

Revista **de** Direita **UPIS**

2011 v. 09

EDITOR

Carlos Aureliano Motta de Souza

CONSELHO

Antonio Pedro da Silva Machado

Beatriz Emilia Bartoly

Esdras Neves de Almeida

Ives Gandra da Silva Martins

Ivo Montenegro

Jairo Bisol

João Maurício Leitão Adeodato

Luiz Antonio Borges Teixeira

Magda Montenegro

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello

Orival Grahl

Pietro Lemos Costa

Zilah Maria Callado Fadul Petersen



Faculdades Integradas

Diretor-Presidente

Diretor Administrativo

Diretor Financeiro

Diretor de Ensino

Diretora de Avaliação

Diretor de Pós-Graduação

Vicente Nogueira Filho

José Rodolpho Montenegro Assenço

Ruy Montenegro

Benito Nino Bisio

Andrezza Rodrigues Filizzola Bentes

José Ronaldo Montalvão Monte Santo

A **Revista de Direito UPIS** é publicação anual das Faculdades Integradas da União Pioneira de Integração Social – UPIS.

SEP/ Sul - EQ. 712/912 - Conjunto “A”
CEP 70390-125 - Brasília-DF

As informações e opiniões expressas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos respectivos autores.

Revista de Direito UPIS / União Pioneira de Integração Social. v. 1 (2003) –
Brasília, DF/ UPIS, 2011.

v. 9.

ISSN 1678-3107

Publicação anual

1. Direito – Periódicos

União Pioneira de Integração Social – UPIS

CDU 34 (03)

Revisão de Originais

Ruy Davi de Góis

Revisão Final

Ruy Davi de Góis

Geraldo Ananias Pinheiro

Magda Montenegro

Tradutor

Pietro Lemos Costa

Capa

Marcelo Silva Alves

Diagramação, editoração eletrônica e impressão

Gráfica e Editora Inconfidência

SUMÁRIO

- 5** Apresentação
- 9** A necessidade do poder e o constitucionalismo moderno
Ives Gandra da Silva Martins
- 15** ISSQN sobre serviços bancários
Magda Montenegro
- 37** Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar
Luiz Rodrigues Wambier
Evaristo Aragão Santos
- 61** A proteção das minorias nos Sistemas Regionais, Europeu e Interamericano de defesa dos direitos humanos
Pietro Lemos Costa
- 87** O Direito Econômico e o direito da sustentabilidade na nova perspectiva da economia global
Antonio Fernando Monteiro Garcia
- 105** Retórica jurídica, filosofia do direito e ciência não-ontológica
João Maurício Adeodato
- 111** Terminação de tratado no Brasil por iniciativa do Poder Legislativo
Márcio P. P. Garcia
- 123** Demandas jurídicas do Pré-Sal e a plataforma continental brasileira
Jorge Fontoura
- 133** A genuína contribuição da ciência do direito para um discurso interdisciplinar
Stephan Kirste
- 145** Normas para colaboradores

SUMMARY

- 5** **Presentation**
- 9** **The need for power and modern constitucionalism**
Ives Gandra da Silva Martins
- 15** **ISSQN on banking**
Magda Montenegro
- 37** **About the balance between judicial preliminary investigation activities and burden of proof by parts**
Luiz Rodrigues Wambier
Evaristo Aragão Santos
- 61** **Protection of minorities in european and inter-american human rights regional systems**
Pietro Lemos Costa
- 87** **Economic law and sustainability law in global economy's new perspective**
Antonio Fernando Monteiro Garcia
- 105** **Legal rhetoric, philosophy of law and science non-ontological**
João Maurício Adeodato
- 111** **Termination of the Treaty at the initiative of the Legislative branch**
Márcio P. P. Garcia
- 123** **Legal demands of the Pre-salt and the Brazilian continental shelf**
Jorge Fontoura
- 133** **The genuine contribution of science of law for an interdisciplinary discourse**
Stephan Kirste
- 145** **Guidelines for contributors**

APRESENTAÇÃO

Em 5 de dezembro de 2011, a UPIS completou seu quarto decênio. São quarenta anos de dedicação ao ensino com qualidade. Milhares de alunos passaram pelos diversos cursos da Instituição. Muitos retornaram para completar seus quadros.

Nesses 40 anos, dos primeiros cursos ativados pelos seus idealizadores e pioneiros, a IES foi crescendo, agregando novos cursos, conquistando novos espaços, firmando-se com respeitabilidade, grangeando a admiração e o respeito da sociedade em área contaminada pela ambição comercial e, nos dias atuais, descompromissada com a qualidade.

A UPIS, ao revés, sempre apostou na qualidade como fator preponderante para aperfeiçoamento contínuo do processo ensino-aprendizagem. A qualificação pela ISO 9001 é a pedra de toque de todos os seus cursos, sejam de graduação ou de pós-graduação.

Hoje, com dois *campi* principais, um deles voltado exclusivamente para os cursos da terra (medicina veterinária, zootecnia e agronomia), dedica-se ao ensino superior de treze cursos, com variado grau de reconhecimento de mérito pelo MEC, além de cursos de pós-graduação e MBA.

O Hospital Veterinário da UPIS, no *campus* 2, conta com as mais modernas instalações do Centro-Oeste, oferecendo serviços ambulatoriais e de clínica médica e cirúrgica, com infraestrutura e equipamentos para atendimento de animais de pequeno, médio e grande portes, sendo referência nacional.

O curso de Direito, um dos mais novos, criado em 1999, já formou diversas turmas e logrou, em dois semestres consecutivos posicionar-se em primeiro lugar na temível e respeitada prova de Exame da Ordem, à frente, inclusive da universidade federal local.

No esporte, a UPIS, mantém-se como uma das lideranças do esporte brasiliense: campeã de futebol dos Jogos Universitários de Brasília, campeã brasileira de futsal, vicecampeã brasileira de futebol universitário. E, ainda, pertence aos seus quadros aluno campeão panamericano de jiu jítu.

Nesta edição a Revista de Direito da UPIS conta, mais uma vez com a colaboração de ilustres juristas.

A proteção dos direitos humanos das minorias étnicas e nacionais é abordada de forma abrangente pelo Professor Pietro Costa, especialmente sob o enfoque dos diversos Sistemas de proteção: Interamericano, Europeu e Regionais. Trata-se de um alentado estudo envolvendo as diversas situações em que os direitos de tais minorias são protegidos em maior ou menor grau.

Ives Gandra nos brinda, mais uma vez, com artigo em que aborda a questão do Poder como *uma necessidade inerente ao homem vivendo em sociedade*. O tema tem como moldura com o moderno constitucionalismo, mas traz diversas reflexões que permitem, em rápida síntese, identificar as raízes e os atributos do Poder.

Magda Montenegro trata, de forma irreparável, a questão da incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), em face dos serviços bancários. O estudo mergulha no âmago da questão, desde a origem remota do imposto, em nossa primeira constituição republicana, passando pelas demais e esgotando com uma análise crítica das normas infraconstitucionais, da doutrina e da jurisprudência.

Em todo processo, civil ou penal, o juiz, para decidir, precisa estar convencido de que as provas carreadas aos autos são suficientes para sentenciar. Todavia, a precariedade da instrução do processo pode induzir o juiz a exercer poderes instrutórios, que, de forma exacerbada, podem comprometer a sua imparcialidade. Luiz Rodrigues Wambier e Evaristo Aragão Santos dissecam a questão do *ponto de equilíbrio* entre a atividade instrutória exercida pelo juiz e o ônus da prova que cabe à parte. O artigo comenta, no que pertine ao assunto, as alterações que foram introduzidas no CPC e analisa as diversas situações em que a atividade instrutória do juiz é recomendada.

As diversas nações do planeta, até meados do século passado, nunca tiveram preocupação maior com a agressão sistemática e desordenada do meio ambiente, na busca incessante de promover o desenvolvimento dos respectivos povos. A necessidade de alavancar a economia a níveis

sempre maiores do que em anos precedentes acumulou prejuízos tão graves aos diversos ambientes que fizeram por despertar a consciência ecológica de que alguma coisa teria que ser feita para frear uma catástrofe anunciada, dando início à formação de grupos e movimentos que passaram a forçar o reconhecimento dessa necessidade. Sabemos que o direito nasce do caldo de cultura de cada povo, da sua consciência ética e moral e do respeito a esses valores. Normal, portanto, a evolução do direito em sua quarta geração, carreando para dentro dos ordenamentos dos diversos países a preocupação dos povos com novo conceito de economia: a *sustentabilidade*. Antonio Fernando Monteiro Garcia, em primoroso artigo, expõe as conclusões de investigação realizada na Universidade de Alicante, as quais apontam a relação entre a Economia e o Meio Ambiente.

Merecedor de atenta leitura é o artigo do Professor Doutor João Maurício Adeodato, cujo desafio centra-se na construção de uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo. Nessa busca, o artigo traz à baila o problema da massificação do ensino jurídico, apontando que a produção doutrinária atual resvala *por transcrições no estilo “recortar” e “colar”*. Contrariando a tradição aristotélica, o autor propõe que a retórica não consiste apenas em persuasão, mas embute a ideia de que ela não está necessariamente ligada ao “bem”, ao “bom ethos”. O artigo pretende, ao final, demonstrar um novo *conceito próprio de retórica, defendendo a ideia de que verdade e justiça únicas, corretas, são ilusões altamente funcionais*.

Márcio Garcia, em artigo didático, aborda as hipóteses em que o Poder Legislativo tem iniciativa para determinar a terminação de tratado no Brasil, apontando a forma de participação do Parlamento na política externa, exemplificando com alguns precedentes na prática republicana.

As imensas jazidas de petróleo prospectadas em águas extremamente profundas – a chamada camada do “pré-sal” – mereceu notável aproximação do Dr. Jorge Fontoura ao ressaltar a importância do direito do mar para o Brasil, em particular na demarcação da plataforma continental. O artigo inclui breve relato histórico concernente à tradição e à participação do Brasil no direito do mar e em suas variantes, em particular na cria-

ção da concepção jurídica dos conceitos de mar territorial e da plataforma continental, à luz da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Um tema recorrente no ensino jurídico na atualidade é a capacidade de expressão dos discentes. Com alunos egressos de um ensino médio cada vez mais deficiente, as dificuldades de entendimento do linguajar jurídico são maiores, prejudicando o raciocínio lógico e a compreensão do nexos de causalidade em determinadas relações jurídicas. Stephan Kirste, em acurado artigo, analisa a importância do discurso interdisciplinar na ciência do direito, por ser necessário e precário ao mesmo tempo: *necessário porque o conteúdo da ciência do direito afeta muitos outros sistemas sociais; precário porque seus métodos diferem substancialmente daquelas das outras ciências*. Partindo dessa premissa, seu artigo aborda assuntos como método, linguagem, variação, inovação, concentrando-se sobre o problema na ciência do direito.

O Editor

Ives Gandra da Silva Martins

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIFMU, UNIFIEO, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado Maior do Exército (ECEME) e Superior de Guerra (ESG), Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomércio-SP.

A necessidade do poder e o Constitucionalismo Moderno

Neste breve artigo, para a Revista da Faculdade de Direito da UPIS, dirigida por Carlos Aureliano Motta de Souza, retorno a considerações que, no curso de meus escritos sobre teoria do Estado e Direito Constitucional, tenho realizado centrado no poder e, principalmente, na figura do detentor do poder.

O poder fascina sempre. Sem poder não há organização social, e sem os homens que o ambicionam não há poder. Em meu livro “O Estado de Direito e o Direito do Estado”, lembrando Wells, em seu “História Universal”, mostro que, nas primeiras tribos, o poder era sempre exercido pelos mais capazes. Essa necessidade social para a organização das comunidades, de um lado, e a ambição daqueles que o almejavam, de outro, já era uma realidade, que o passar dos séculos apenas amplificou¹.

Na atualidade, o poder é fundamentalmente fonte de riquezas para os que o detêm. Na queda do Muro de Berlim, verificou-se que os principais e mais ortodoxos defensores da igualdade do povo eram milionários e gozavam de benesses muito acima do que seria de desejar-se, para os que deveriam dar exemplo, mesmo se comparados com os políticos de regimes liberais. Mao e Ceausescu foram exemplos desse fascínio acompanhado de fantásticas benesses que se autopermitiram. E assim ao longo da história.

A revista “Veja”, na semana do Carnaval de 2009, mostra como o poder é fonte de riqueza no Brasil, sendo impressionante como todos se enriqueceram, legal ou ilegalmente, por terem ambicionado e alcançado o poder, muito mais ilegal que legalmente.

A fortuna que o Presidente Clinton, após deixar o governo dos Estados Unidos, angariou proferindo conferências milionárias demonstra como o poder é fonte de riquezas, tanto para os que o detêm e como para aqueles que o exerceram. E, até mesmo, para aqueles que o ambicionam indiretamente, mediante acordos celebrados seja para apoiar governantes com “contribuições”, seja para lutar contra os próprios detentores do poder².

O drama é que a humanidade precisa daqueles que exercem o poder, pois este permite a sua organização. Infelizmente, nas democracias, ele se lastreia nesse tipo de “contribuições” que conformam a luta por mandar.

Aliás, o fenômeno de surgimento do constitucionalismo moderno decorre desta fantástica realidade: um texto supremo que permite um mínimo de estabilidade nas regras de condução da comunidade e da ascensão do poder.

No meu “Roteiro para uma Constituição”, elaborado a pedido de um grupo de parlamentares para o processo constituinte de 1987, mostro que toda a Constituição, teoricamente, objetiva, de um lado, organizar o Estado, como prestador de serviços públicos à sociedade, assim como definir os mecanismos para que os três Poderes se autocontrolem, e, de outro lado, para definir como a sociedade deve ser organizada, com regras de convivência, assim como os comandos, que lhes permitam fiscalizar os Poderes³.

No Brasil, com todas as deficiências próprias de um texto supremo composto, não a partir de um anteprojeto, mas de discussões em vinte e quatro Sub-Comissões separadas e autônomas, que pouco se comunicavam, a tripartição dos Poderes, tornou-se uma realidade, o que, por exemplo, a Venezuela desconhece, numa Constituição que consagra um poder só (Executivo) e dois poderes acólitos e subordinados aos humores do quase ditador, que governa o país há 10 anos. É que, ao permitir as leis habilitantes, a Constituição permite também que o Poder Executivo governe sem necessidade do Poder Legislativo.

Qualquer que seja o regime (democrático, semidemocrático ou ditatorial), o certo é que o poder impõe-se como necessidade, como, de resto, Bertrand de Jouvenel demonstrou, no seu livro “Du Povoir”⁴.

Numa sociedade moderna e organizada, em que o povo mais preparado faz-se ouvir, suas chances de fiscalizar o poder são maiores, principalmente por meio das ONGs criadas com essa finalidade, o que, à evidência, só é possível nas democracias.

Essa é a razão pela qual o constitucionalismo moderno busca sempre realçar o papel do povo, como no modelo americano (1787) ou no francês (1791), muito embora nem sempre teoria corresponda à prática do exercício de governo.

Como demonstrei no meu estudo “A legitimidade do poder e uma teoria de alcance”, acredito haver ainda um longo caminho a trilhar até chegarmos a uma real democracia, em que se possa, mais do que escolher líderes (democracia de acesso), controlar o exercício do poder com mecanismos não apenas teóricos, mas eficazes⁵.

O Presidente Obama, candidato à reeleição, começa a admitir que, mesmo nas ditaduras, o poder é necessário e, de acordo com as culturas dos povos, nem

sempre o modelo mais evoluído do regime organizativo é aquele viável ou de preferência da população.

Reconhece, em última análise, o que Gene Roddenberry apresentava, em sua série de ficção científica “Jornadas nas Estrelas”: segundo “as regras da Federação”, sempre que as naves chegassem a qualquer nova civilização galáctica, tinha como “primeiro comando” não interferir em seus costumes e em sua maneira de ser⁶.

Em meus artigos para a Folha de São Paulo e Jornal do Brasil a respeito da invasão do Iraque e, principalmente, no intitulado “Terrorismo oficial de Bush”, escrito logo após a invasão, previa seu fracasso absoluto, pelos erros fundamentais da percepção da cultura do povo iraquiano, que, embora dominado por um ditador, tinha a ordem social que desejava, seguindo tradição milenar de obediência àqueles que assumiam sua liderança, desde as tribos nômades até os tempos atuais. Essa postura foi forjada também à luz da convicção de que, para preservar os ensinamentos de Maomé, seria necessário um intérprete permanente na terra e de que este necessitaria – para comandar a expansão da fé islâmica – da devida obediência do povo, até à morte por martírio. Tanto é assim que, após a primeira Cruzada – única bem sucedida, pois durou quase 200 anos – que se encerrou com a conquista de Jerusalém por Saladino, todas as demais Cruzadas fracassaram⁷.

O certo é que o Poder é uma necessidade inerente ao homem vivendo em sociedade. Inerente a sua vocação gregária. Inerente à necessidade de organização social, que evolui através dos tempos e abre espaço para regras convencionais, somente afastadas quando alguém de algum grupo com força imponha, traumáticamente, uma ditadura.

O homem no poder não é confiável. Mas o homem sem poder vive pior, pois o caos é o preço de sua inexistência. Não sem razão, nos piores governos, quando não há opções de alternativa, o refrão popular permanece. “Ruim com os que governam, pior sem eles”.

Notas

¹ Escrevi: “Admitindo-se, por mais lógica, a teoria que assemelha as primeiras sociedades humanas às das tribos conhecidas, atualmente, parece-nos também lógica aquela que explica o surgimento das cidades, pelo crescimento dessas sociedades primitivas, as quais, à medida que evoluem, no conhecimento e na técnica de defesa, tendem a procurar conquistar o meio ambiente, conscientes da sua maior arma sobre as demais formas de vida, ou seja, a inteligência. Nessas comunidades iniciais, racional se nos afigura que lideranças naturais surgissem, onde a destreza física e a perspicácia pessoal seriam os talentos mais peculiares de seus condutores, compreendendo-se que a própria evolução da espécie fosse fazendo com que os dirigentes primeiros tendessem a transmitir seus conhecimentos e experiências aos membros de suas

próprias famílias, com quem um amor mais definido e uma confiança mais clara tornaria a convivência mais suportável.

Deve-se acrescentar que a mortalidade não pequena, apenas permitia a sobrevivência dos fortes e, entre os fortes sobreviventes, os mais diretamente ligados aos líderes eram os que, naturalmente, os sucediam.

Parece-nos fundamental compreender esse ponto, pois o respeito decorrente que os liderados das primeiras sociedades tinham pelos seus líderes só poderia ser entendido, numa transferência de poder, na medida em que os novos líderes dispusessem da mesma habilidade, inteligência, força e conhecimento de seus maiores” (O Estado de Direito e o Direito do Estado”, ob. cit. p. 14).

² Não sem razão, Simone Goyard-Fabre lembra nesse choque entre o ideal e o real que: “Nem por isso devemos concluir que o direito político deve ser tributário integral dos acontecimentos e da resposta da comunidade à atualidade “hic et nunc”. Certamente, compete-lhe regular os comportamentos políticos, aqui e agora, em contextos determinados e mesmo tendo em conta “consequências factuais” que ele é suscetível de provocar. Mas a validade de suas regras não reside na empiria; transcende os lugares e as épocas, pois no direito político se efetua, segundo a expressão de K. O. Apel, “o entrecruzamento das comunidades real e ideal de comunicação”. Sem dúvida a coesão entre o real e o ideal é das mais difíceis na argumentação que a razão processual tem de desenvolver e, em consequência, a discussão é com mais frequência “poluída” do que “depurada” (Os princípios filosóficos do direito político moderno, Ed. Martins Fontes, p. 484).

³ Escrevi: “O Estado Moderno terminou consagrando as teses de Montesquieu mais do que as de Hegel, seu discípulo intelectual, mas que, por excesso de idealismo, colocava o ser humano em patamar de integridade que não pertence à sua natureza decaída ou, pelo menos, inconfiável. Qualquer Constituição deve, pois, de início, regular o exercício do poder, como forma de garantir a governantes e governados idênticos direitos e tornar ambos escravos da lei e não apenas estes” (Roteiro para uma Constituição, Forense, vol. 1, 1987, p. 31/2).

⁴ Bertrand de Jouvenel procurou no seu clássico livro sobre poder analisar dois aspectos de relevância para a compreensão de seu exercício. De um lado, a história do poder (real) e de outro as teorias sobre o poder (ideal), concluindo, todavia, ao final por formulação própria mais otimista do que a minha neste breve estudo.

⁵ Escrevi no referido estudo: “É evidente que tal formulação reduz o problema das oposições entre regimes democráticos e regimes de força, cujas alternâncias na existência dos países é de espantosa rotina e regularidade, a uma questão formal. Apenas a oposição será superável, na medida em que a legitimidade se fizer baseada em uma educação popular no conhecimento mais profundo das imutáveis normas do direito natural e dos governantes para que a sua exteriorização, em direito positivo, se faça o mais perto possível daquela realidade anterior e duradoura. Claro está que preferimos – por formação liberal que nos levou inclusive presidência do extinto Partido Libertador na capital paulista – que a conjunção de legitimidade do poder e aspirações nacionais conduzidas, luz do direito natural, se faça com o acesso ao poder por vias democráticas. Entendemos, todavia, não ser essa a única forma de legitimação do poder, em termos de conteúdo real, somente possível, na medida em que a referida conjunção se concretizar. Ora, no mundo atual em que os problemas, como já vimos nos estudos anteriores e nas páginas passadas, são de gravidade maior que no passado e o instrumental de soluções menor, evidente que apenas uma urgente busca da conjunção acima pode permitir a adequação necessária para que seja o poder exercido de forma legítima. Em face do exposto, podemos concluir, afirmando que o exercício do poder será tanto mais duradouro quanto mais se fizer a conjunção entre as formas de condução dos governantes e as aspirações populares, na medida em que essas forem orientadas para a vivência de valores e

normas maiores, de forma perene, encontráveis apenas no Direito Natural” (Estudos sobre o amanhã, Caderno n. 2, ano 2000, co-ed. IMEPA Inst. Metropolitano de Estudos e Pesquisas Aplicadas-FMU/Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1978, p. 56).

⁶ Foram 726 episódios nas cinco séries “Star Trek”, “The next generation”, “Deep Space Nine”, “Voyager” e “Enterprise”, além dos 11 longas-metragens.

⁷ Excelente é o terceiro volume da “História da Igreja” de Daniel Ropps intitulado “A Igreja das Cruzadas e das Catedrais”, em que a saga das Cruzadas é analisada em perspectiva histórica.

Resumo

O artigo de Ives Gandra traz algumas reflexões sobre o *poder* e os *detentores do poder*, fazendo rápida viagem desde a forma de tomada do poder nas tribos primitivas até as diversas *formas de poder* nos dias atuais. A partir de uma perspectiva de que, na atualidade, o poder é fonte de riquezas, o autor apresenta exemplos que auxiliam a compreensão de que a fiscalização do poder pelo povo só é possível, em grau máximo, nas sociedades organizadas e democráticas. Finaliza sinalando que *o poder é uma necessidade inerente ao homem vivendo em sociedade*.

Palavras-chave: Poder – Detentor do Poder – Constitucionalismo – Democracia.

Abstract

The article by Ives Gandra brings some reflections about the *power* and *those in power*, making quick trip since the seizure of power in the primitive tribes until the various forms of power today. From a perspective that, in actuality, the power is a source of wealth, the author presents examples that help the understanding of the supervision by the people’s power is only possible at maximum extent, in organized and democratic societies. Ends pointing out *that power is an inherent need to man living in society*.

Keywords: Power – Holder of power – Constitutionalism – Democracy.

Magda Montenegro

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. MBA em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada do Banco do Brasil S.A.

ISSQN sobre serviços bancários

O tema relativo à incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN em face dos serviços bancários tem sido imensamente debatido na jurisprudência dos tribunais pátrios e foi apreciado em sede de recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, em setembro de 2009.

Neste artigo, comentamos o julgado da Corte Superior, destacando os aspectos que devem ser abordados no âmbito de uma discussão judicial a respeito do tema. Antes, porém, fazemos um histórico da regra matriz de incidência do mencionado imposto no direito brasileiro, salientamos a necessidade de uma interpretação sistemática na análise dos casos concretos e, a partir daí, resgatamos a definição do fato gerador para estabelecer a natureza da lista de serviços anexa à legislação de regência do imposto, em conformidade com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

1. Regra-matriz de incidência do ISSQN - histórico

O Imposto sobre Serviços surgiu com status constitucional já no início da República, com a Constituição de 1891, sob o nome de “Imposto de Indústrias e Profissões”. Tinha como fato gerador o exercício de atividade econômica com os objetivos de remuneração ou lucro, sendo que a competência para instituí-lo pertencia aos Estados-Membros. Essa competência foi mantida pela Constituição Federal de 1934, com a determinação de sua repartição com Município onde fosse exercida a atividade.

Foi na vigência da Constituição Federal de 1946, com a reforma tributária implementada pela Emenda nº 18, de 1º.12.1965, que o imposto se tornou adstrito à hipótese de serviços.

Com a Emenda nº 1 de 1969 à Constituição de 1967 repartiu-se o imposto incidente sobre bens destinados ao consumo (produção e circulação) entre União e Estados, relegando aos Municípios a competência para hipóteses que não pertenciam aos outros membros. Seu art. 18, § 1º, determinou caber à lei complementar dispor sobre normas gerais de direito tributário, regular as limitações constitucio-

nais ao poder de tributar e dispor sobre conflitos de competência entre pessoas políticas e, a partir daí, foi editado o Decreto-Lei 406, de 31.1.1968, que trouxe uma lista de serviços tributáveis pelo ISS, com 29 itens¹.

Em 8.9.1969, o Decreto-Lei 834 deu nova redação ao § 2º do art. 8º e à lista anexa do DL 406/68, com novo agrupamento e desmembramento de alguns itens da lista anterior, passando para 66 itens.

Uma outra lista foi adotada pela Lei Complementar 56, de 15.12.1987, com 101 itens, com destaque para os itens 95 e 96, pertinentes aos serviços bancários².

A Constituição Federal de 1988 consagrou a generalidade do fato jurídico social e econômico da prestação de serviços aos Municípios, à exceção dos serviços de comunicação e de transportes extramunicipais, que deferiu aos Estados e Distrito Federal, recepcionando a Lei Complementar 56/87.

Finalmente, nova lista foi editada com a Lei Complementar nº 116, de 31.7.2003, com itens e subitens, num total efetivo de 170 situações previstas como geradoras da incidência do imposto sobre serviços. A técnica usada pela novel legislação foi definir no item um determinado serviço genericamente, detalhando em subitens as espécies que ingressariam naquela classificação. Nela se observa, contudo, a presença de itens com apenas um subitem que os repete, o que leva à conclusão de que quem estabelece efetivamente os serviços são os subitens.³

Em conclusão, tem-se que a regra matriz de incidência do ISSQN hoje é a seguinte: art. 156, inciso III e § 3º; incisos I, II e III, da Constituição Federal; Lei Complementar 116, de 31.7.2003; Lei Complementar Municipal e Lei Municipal específicas. Em consequência, o contribuinte apenas deverá recolher o ISS – Imposto sobre Serviços nos exatos termos dessa legislação, que devem, necessariamente, definir todos os critérios que compõem a regra de incidência do tributo. Do contrário, haverá violação ao princípio da legalidade (arts. 5º., II e 150, I, CF), sobre o qual se fundamenta a estrutura do direito tributário.

2. A interpretação sistemática na análise dos casos concretos

A interpretação consiste numa mediação entre o que está posto abstratamente na norma e os destinatários do objeto interpretativo; é uma construção do conteúdo, sentido e alcance da comunicação legislada. A própria etimologia da palavra interpretação conduz a esta assertiva: *inter* e *pars*, ou seja, entre partes.

O Direito Tributário assenta-se no princípio da legalidade estrita, consoante se extrai do inciso I, do art. 150, da Constituição Federal⁴, que veda a criação ou

aumento de imposto sem lei que o estabeleça. Em outras palavras, nenhum dos entes políticos de direito constitucional interno poderá descrever a regra-matriz de incidência de um tributo, ou aumentar os existentes, majorando sua base de cálculo ou alíquota, senão mediante a expedição de lei.

Também é a Constituição Federal que, em seu art. 156, inciso III⁵, atribui competência aos Municípios para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, consignando, todavia, expressamente, devam ser tais serviços definidos em lei complementar. Considerando que a Constituição utilizou a expressão “serviços de qualquer natureza” sem explicar o que seria “serviço”, esta definição, a ser feita pelo legislador infraconstitucional, não pode distorcer o conceito de serviços oriundo do Direito Privado, que é vinculante, nem alargar seu campo de incidência para abranger o que não é serviço no sentido que o sistema constitucional tributário confere a tal termo⁶. Com efeito, qualquer alteração desse conceito implicaria alteração da norma constitucional na qual está albergado, como alerta Hugo de Brito Machado.⁷

A interpretação sistemática do direito positivo visa evitar a desconfiguração de conceitos de direito privado com finalidade meramente arrecadatória, fazendo cumprir o postulado sistêmico da coerência e, em consequência, efetivando o princípio da igualdade⁸, além, é claro, de conferir certeza e segurança ao sistema jurídico. Ainda que possível a adoção da chamada consideração econômica na interpretação das leis tributárias, tal possibilidade não pode acarretar a criação de tributos.

O conceito de serviços oriundo do direito privado é o de um bem imaterial, de conteúdo econômico, prestado a terceiros. Consagra uma obrigação de fazer e não de dar, traço característico este que auxilia na distinção de outros impostos que possuem a mesma gênese do ISS, como o IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados e o ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

Para fins de tributação pelo ISS, “serviço” consiste numa atividade humana, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado, que não constitua relação de emprego e não esteja dentro da esfera de competência de outro ente tributante.

Como existem serviços mistos, que abrangem o fornecimento de mercadoria, optou o legislador, já no art. 8º, §1º do Decreto-Lei 406/68⁹, para afastar conflitos com outros impostos, por sujeitar ao imposto sobre serviços aqueles incluídos na lista, ainda que sua prestação envolvesse fornecimento de mercadoria. Essa regra foi mantida pelo art. 1º, § 2º, da Lei Complementar 116/2003¹⁰.

Outro aspecto a ser considerado refere-se àqueles serviços que não constituem atividade preponderante do prestador, mas que com ela coexistem. É o caso,

por exemplo, de uma loja que revela filmes e, além disso, oferece serviços de fotocópia de documentos. Ainda que a revelação de filmes seja sua atividade preponderante, o serviço de fotocópia de documentos também será tributado pelo ISS. Essa questão envolveu bastante polêmica na jurisprudência, tendo a Lei Complementar 116/2003 resolvido a disputa ao fixar, logo em seu primeiro artigo, que o ISS incide na prestação de serviços, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Importante distinguir, ainda, as chamadas atividades-meio, que são aquelas necessárias ao cumprimento do contrato original de prestação de serviços, daquelas atividades que representam uma nova modalidade de serviço que se agrega àquele. No primeiro caso, que se pode exemplificar com os serviços de datilografia, secretaria e expediente, prestados pelos bancos, não há que se falar em tributação pelo ISS. Isso porque tais serviços representam uma etapa de intermediação, necessária para se chegar ao fim, ao objeto do contrato formulado pelas partes; consistem num autosserviço, não configuram prestação a terceiro de uma utilidade. Trata-se de atividades desenvolvidas no benefício do próprio prestador de serviços e não do contratante. No segundo caso, por exemplo, o fornecimento de cartão para dependentes de um correntista, tem-se um serviço integralmente considerado e passível de tributação pelo ISS.

3. Definição do fato gerador

Fato gerador é aquela situação definida em lei como necessária e suficiente para criar a obrigação tributária, conforme conceituação contida no art. 114 do Código Tributário Nacional. Tem como núcleo uma ação ou situação específica que identifica sua materialidade. Portanto, além da antecedente previsão legal, é necessário o implemento do fato para que surja a obrigação.

Após a Emenda Constitucional nº 18/65, consolidou-se o entendimento de que o fato meramente jurídico que não repercute economicamente na vida do contribuinte não pode ser tributado. Trata-se da chamada interpretação econômica do fato gerador, defendida por Amílcar de Araujo Falcão¹¹, e que voltou à pauta de discussão com a edição da Lei Complementar 104/2001, que inseriu o parágrafo único no art. 116 do Código Tributário Nacional, conferindo ao Fisco a possibilidade de privilegiar a realidade econômica em detrimento da forma jurídica, desconsiderando negócios jurídicos praticados por empresas com a suposta finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

O fato gerador é de extrema relevância na medida em que é ele que identifica quando nasce a obrigação tributária (art. 114, CTN); define a lei aplicável (art. 144, CTN) e distingue as espécies tributárias (art. 4º., CTN).

Possui vários aspectos, a saber: **a)** material, que é expresso por um verbo e um complemento (prestar serviço); **b)** subjetivo, que identifica os sujeitos ativo e passivo; **c)** espacial (o lugar onde ocorre), relevante para determinar qual ente da Federação será competente para a tributação; **d)** temporal (quando ocorre), importante para solucionar conflitos temporais de lei; **e)** quantitativo, composto do elemento base de cálculo e da alíquota.¹²

Nem sempre o fato gerador se perfaz num momento único e específico do tempo; pela configuração de um ato ou negócio jurídico singular, como a transmissão de um bem imóvel, e ao que se chama de fato gerador instantâneo. Há casos em que o fato gerador se configura com base no desenrolar de diversos fatos ao longo de um determinado período, sendo o que se denomina fato gerador periódico. É o exemplo clássico do imposto sobre a renda, em que os ganhos auferidos ao longo de um determinado lapso de tempo, no seu conjunto, realizam o fato gerador. Diversamente, classifica-se o fato gerador em continuado quando representado por uma situação que se mantém no tempo, mas que é mensurada em cortes temporais. Tome-se o exemplo do imposto sobre a propriedade territorial. O fato gerador – propriedade do bem imóvel – não ocorre e se esgota a cada instante de tempo, como a transmissão de bens; ao revés pode manter-se estável ao longo do tempo.¹³

O fato gerador pode abranger uma situação de fato ou uma situação jurídica, eleitas pela lei como suficientes para originar uma obrigação tributária, independentemente de sua regularidade jurídica. É o que se chama de interpretação objetiva do fato gerador tributário, permitindo sejam tributados atos viciados de nulidade ou de ilicitude de seu objeto ou de seus efeitos. A justificativa moral para se tributar um ato ilícito está em não tratar de forma menos gravosa aqueles que o praticam do que aqueles que agem licitamente. Aplica-se o princípio de que o tributo *non olet* (não cheira), frase esta atribuída ao Imperador Vespasiano, em resposta à censura de seu filho quanto à decisão de se cobrar tributo sobre o uso de banheiros públicos.¹⁴

Para que ocorra a tributação, o enquadramento do fato à hipótese normativa tem de ser completo, ocorrendo, assim, a subsunção. É a chamada tipicidade, que exige sejam satisfeitos todos os critérios identificadores tipificados na norma geral e abstrata.

Conquanto autorizado pela Constituição a definir os serviços a serem tributados (fato gerador do ISS), optou o legislador complementar por elaborar uma lista

de serviços, o que ensejou discussões na doutrina e jurisprudência sobre seu caráter taxativo ou exemplificativo.

4. Natureza da lista de serviços

São duas as teorias a respeito da natureza da lista de serviços anexa à lei complementar.

A corrente que defende o caráter exemplificativo da lista de serviços argumenta com o princípio da autonomia dos Municípios. Considera que, como os Municípios fazem parte da Federação, possuem autonomia para legislar sobre os tributos para os quais a Constituição lhes atribuiu competência, não podendo uma lei complementar limitar tal competência estabelecendo, previamente, quais serviços poderiam ser por eles tributados.

A competência para tributar os serviços seria, como regra, municipal e, excepcionalmente, estadual. Daí que a norma complementar exigida destinar-se-ia a definir aqueles serviços tributáveis pelos estados, que são exceção, haja vista que a regra já estaria posta com toda clareza na Constituição, ao permitir aos Municípios tributar serviços de *qualquer* natureza, termo abrangente, universal.¹⁵ Com efeito, se os serviços são de qualquer natureza, não precisam de definição. Se forem definidos, não serão de qualquer natureza.

Admitir que a lei complementar possa definir os serviços tributáveis pelos Municípios implicaria reconhecer que ela seria necessária, portanto, intermediária entre a outorga constitucional e o exercício atual da competência pelo legislador municipal, de modo que sua eventual ausência importaria inibição do Município, ferindo o princípio constitucional fundamental da autonomia municipal.¹⁶

Por sua vez, a corrente que defende a natureza *numerus clausus* da lista de serviços o faz com base no princípio da rigidez normativa do nosso sistema tributário e do sistema de distribuição de competências estabelecido pela Constituição, o qual se constitui em elemento de segurança jurídica e controle dos atos da administração pública. Considera que a autonomia dos Municípios, conquanto princípio basilar, deve ser exercida nos termos postos na própria Constituição, não significando uma independência absoluta¹⁷. Se a Constituição, ao atribuir competência para tributar aos Municípios, utilizou-se da expressão “serviços definidos em lei complementar”, é o legislador complementar federal e não os Municípios quem deverá definir o que seja serviço para tal fim. Com efeito, dispõe o art. 146 da Constituição Federal caber à lei complementar definir os elementos essenciais de cada tributo, trazendo a lume seu aspecto material, pessoal e quantitativo.

Entre os defensores da natureza taxativa da lista de serviços, o mestre Hugo de Brito Machado alerta que não é a lei complementar que impõe limitação aos Municípios, mas sim a própria Constituição que, ao lhes atribuir competência para tributar os serviços de qualquer natureza, desde logo, já traz o seu desenho a depender de lei complementar.¹⁸

Os Tribunais Superiores há muito firmaram o entendimento pelo caráter taxativo da lista de serviços, fazendo-o, em muitos casos, a propósito do exame de pretensas tributações sobre serviços bancários não previstos nas listas de serviços.

Colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os seguintes precedentes, *verbis*:

“Tributário. Imposto Sobre Serviços. A lista que acompanha o Dec.-lei 406/68, com a redação do Dec.-lei 834/69, define os serviços tributáveis, em caráter taxativo, não se compadecendo à simples indicação facultativa. Serviços não definidos na lista não podem ser tributados. Recurso conhecido e provido.”¹⁹

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES BANCÁRIAS. A lista de serviços anexa à lei complementar n. 56/87 é taxativa. Não incide ISS sobre serviços expressamente excluídos desta. Precedente: RE n. 361829, Segunda Turma, DJ de 24.2.2006. Agravo regimental a que se nega provimento.”²⁰

“Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Prequestionamento. Inexistência. Tributário. Imposto sobre Serviços. Lei Complementar. Lista de Serviços. Caráter taxativo. 1. O Tribunal a quo não se manifestou explicitamente sobre os temas constitucionais tidos por violados. Incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. A lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 56/87 é taxativa, ou limitativa, e não simplesmente exemplificativa. Agravo regimental a que se nega provimento.”²¹

Ante a reiteração de casos da espécie, a Suprema Corte, em face do reconhecido caráter taxativo da lista de serviços, editou a Súmula 588, segundo a qual *o imposto sobre serviços não incide sobre os depósitos, as comissões e taxas de desconto, cobrados pelos estabelecimentos bancários.*

Na mesma linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em antigos precedentes, assim se manifestou:

“Tributário. ISS. Serviços acessórios prestados por bancos. Não incidência. Lista anexa ao Dec.-lei 406/68. Taxatividade. Os serviços de datilografia, estenografia, secretaria, expediente etc. prestados pelos bancos não possuem caráter autônomo, pois inserem-se no elenco das operações bancárias ordinárias, executadas, de forma acessória, no propósito de viabilizar o desempenho das atividades-fim inerentes às instituições financeiras. A lista de serviços anexa ao Dec.-lei 406/68 é taxativa, não se admitindo, em relação a ela, o recurso à analogia, visando a alcançar hipóteses de incidência diversa das ali consignadas. Recurso improvido, sem discrepância.”²²

“Tributário. ISS. Serviços bancários de custódia de valores mobiliários (ações). Não incidência. Decreto-lei 406/68. Decreto-lei 834/69. 1 – Não há incidência de ISS sobre os serviços bancários de custódia de valores mobiliários. 2 – Não se admite interpretação analógica da lista de serviços que acompanha o DL 406/68, alterado pelo DL 834/69, visto que a mesma é taxativa e não exemplificativa. 3 – Precedentes desta Corte e do STF. 4 – Recurso improvido.”²³

“Tributário e Processual Civil. Agravo regimental. ISS. Serviços bancários. Não-incidência. Lista de serviços do DL n. 406/68, alterado pelas LCS 56/87 e 116/03. Taxatividade. Não-cabimento de aplicação analógica. Precedentes desta Corte Superior e do Colendo STF. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento, a fim de afastar a incidência do ISS. 2. O acórdão a quo entendeu pela não-incidência do ISS nos serviços bancários do recorrente. 3. Pacífico o entendimento nesta Corte Superior e no colendo STF no sentido de que a ‘lista de serviços’ prevista no DL n. 406/68, alterado pelo DL 834/69 e pelas LCs ns. 56/87 e 116/03, é taxativa e exaustiva e não exemplificativa, não se admitindo, em relação a ela, o recurso da analogia, visando a alcançar hipóteses de incidência distantes das ali elencadas, devendo a lista subordinar-se à lei municipal. Vastidão de precedentes. 4. Agravo regimental não-provido.”²⁴

Portanto, a hipótese de incidência do ISS pressupõe, além de configurar um serviço, esteja assim definido como tributável em lei complementar, cuja lista de serviços possui caráter taxativo.

5. Uso da analogia e da interpretação extensiva da lista

É cediço que o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil²⁵ e o art. 126 do Código de Processo Civil²⁶ autorizam o recurso à integração, já que o juiz não pode se eximir de julgar sob alegação de ausência de lei aplicável ao caso concreto. Também é certo que o art. 108, inciso I, do Código Tributário Nacional²⁷ autoriza o uso da analogia. Contudo não menos certo é que seu § 1º²⁸, expressamente, veda que dele resulte a exigência de tributo não previsto em lei.

Há casos em que o próprio legislador complementar autoriza a interpretação analógica, mesmo nas hipóteses de definição de quando incide o tributo, como na situação prevista no item XII, da lista anexa ao DL 406/68, que prevê a tributação sobre agenciamento, corretagem ou intermediação de seguros, da compra e venda de bens móveis ou imóveis, e quaisquer atividades congêneres ou semelhantes, exceto o agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos ou valores mobiliários praticados por instituição que dependa de autorização federal. Rejeitar-se a integração por analogia nestes casos em que o próprio legislador complementar se refere a atividades congêneres seria tornar inútil a expressão contida na própria lei.

A lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003 traz alguns exemplos, entre os quais: item 1 – serviços de informática e congêneres; item 4 – serviços de saúde, assistência médica e congêneres.

Contudo, embora mantendo o caráter taxativo da lista de serviços, passou a jurisprudência a admitir sua interpretação extensiva, de modo a evitar que a simulação ou alteração de nomenclatura de um serviço contido na lista por outro não previsto pudesse afastar a configuração do fato gerador. Essa foi a razão pela qual o legislador complementar inseriu, logo no § 4º do art. 1º da Lei Complementar 116/2003, que a incidência do imposto não depende da denominação dada ao serviço. Tal não equivale, porém, a uma interpretação econômica do direito tributário.

A interpretação não pode se restringir tão somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas limitações para bem exprimir o direito. É que, por mais hábeis que sejam os elaboradores das leis, a infinitude das situações da vida não poderia ali se compreender por completo. Embora fixado o direito positivo, a vida continua, desdobrando-se em diversas atividades, manifestando-se sob múltiplos aspectos: sociais, morais, econômicos. Aquelas situações, interesses e aqueles negócios que as normas visaram regular sofrem transformações, surgem fenômenos imprevistos, novas ideias se espalham, a técnica revela coisas cuja existência não foi possível prever no momento de elaboração do texto legal. Assim, embora a

letra da lei permaneça, o sentido há de se adaptar às mudanças que a evolução opera na vida social.

A tarefa de interpretar consiste em concretizar a lei em cada caso, sendo que esta concretização ocorre no presente e não ao tempo em que a norma foi produzida.

Como diz Karl Larenz, as palavras da lei devem revelar o Direito àqueles a quem se dirige no presente. Daí que, embora o legislador histórico as tenha usado com base no contexto linguístico do tempo em que as editou, o seu sentido literal só poderá ser determinado segundo a compreensão linguística das pessoas a quem elas falam agora e não daquelas a quem falaram no passado.²⁹

Contudo a criatividade que se preconiza para o intérprete não significa possa adotar critérios de justiça pessoal imotivadamente distanciados do direito positivo e dos princípios gerais de direito, orientadores do ordenamento jurídico. Ao contrário, é com esses dados em mente que deverá o intérprete considerar as exigências do caso concreto. Por tal razão é que se sustenta que essa criatividade não exclui ou afasta a segurança jurídica, na medida em que a solução encontrada deverá ter amparo no ordenamento jurídico, não podendo dele se dissociar.

Nosso direito tributário prevê que a definição do fato gerador ou “fato imponível”, nas palavras de Geraldo Ataliba, é a materialização da hipótese de incidência. Trata-se de matéria que se sujeita expressamente à reserva legal. Assim, a interpretação extensiva admitida pela jurisprudência das Cortes Superiores só pode ser usada para aclarar a norma tributária emissora da lista de serviços e não para criar novos fatos geradores. Não se pode incluir na lista categoria que não esteja nela prevista, sob pena de malferimento ao princípio da legalidade. Contudo o que nela existe admite interpretação extensiva.

Interpretação extensiva, ou analógica, não se confunde com analogia, forma de integração do direito que corresponde à aplicação, com base em uma razão semelhante, de uma norma certa a hipótese não abrangida no tipo de determinada disposição normativa. A analogia acrescenta fatos novos; pressupõe a inexistência de norma específica regulando determinado caso concreto; extrai norma de dispositivo legal que disciplina caso semelhante. Já a interpretação extensiva não cria fatos novos, busca, isto sim, o alcance de previsão existente, amparando-se no conceito nuclear consagrado no tipo normativo e não apenas na sua literal expressão linguística. Para fins de tributação, vale o conteúdo do serviço prestado e não o rótulo que se lhe dá. Essa é uma forma de enfrentar os artifícios que o contribuinte poderia criar para fugir à aplicação da lista de serviços.

Celso Ribeiro Bastos faz clara distinção entre analogia e interpretação extensiva e conclui pela incompatibilidade da primeira com o princípio da legalidade:

“A analogia diferencia-se claramente da interpretação extensiva. Esta consiste em distender a abrangência da norma no maior grau possível, para abarcar, dentro dela, todas as hipóteses passíveis de subsunção. É dizer, pela interpretação extensiva, aplica-se a norma a situações ainda por ela enquadráveis. Já na analogia, isso não ocorre. O fato é reconhecido como fora da abrangência da norma. Acaba por receber a incidência do preceito por força da sua aparência ou semelhança. Como observa Ruy Barbosa Nogueira: ‘Na chamada interpretação por analogia fica patente: a) que o caso não está compreendido no quadro da lei; b) mas pretende que deve ser tratado como se estivesse, por ser concretamente análogo.’ (...) Depois de se ter enfatizado tanto o princípio da legalidade, poderia parecer estranho que fosse cabível a cobrança de um tributo por mera analogia.”³⁰

Diversa não é a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que já cuidou de explicitar que

“não se pode confundir analogia com interpretação analógica ou extensiva. A analogia é técnica com integração, vale dizer, recurso de que se vale o operador do direito diante de uma lacuna no ordenamento jurídico. Já a interpretação, seja ela extensiva ou analógica, objetiva desvendar o sentido e o alcance da norma para então definir-lhe, com certeza, a sua extensão.”³¹

Com mais detalhamento, em outro precedente, destacou o STJ que:

“Realmente, é importante que não se confunda, quando se interpreta a lista dos serviços anexa ao DL 406/68, sucedido pela da LC 116/03, as seguintes situações: (a) a interpretação extensiva que importa a ampliação do rol de serviços, com inclusão de outros de natureza diferente dos indicados, com (b) a interpretação extensiva da qual resulta simplesmente a inclusão, nos itens já constantes da lista, de serviços congêneres de mesma natureza, distintos em geral apenas por sua denominação. A primeira é que ofende o princípio da legalidade estrita. A segunda forma interpretativa é legítima.”³²

É remansosa a jurisprudência do STJ no sentido de reconhecer a possibilidade de interpretação extensiva da lista de serviços. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO AMPLA. POSSIBILIDADE. NULIDADE DA CDA. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ reconhece que a Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/1968, para efeito de incidência de ISS sobre serviços bancários, é taxativa, mas admite uma leitura extensiva de cada item, a fim de se enquadrarem serviços idênticos aos expressamente previstos. Precedentes.
2. É necessário o exame de matéria fática para aferir a presença dos requisitos essenciais à validade e à regularidade da CDA, o que encontra óbice no disposto na Súmula 7/STJ.
3. Agravo regimental não provido.”³³

“TRIBUTÁRIO. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. SERVIÇOS BANCÁRIOS. ENQUADRAMENTO. REEXAME FÁTICO. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência majoritária desta Corte firmou-se no sentido de que a lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68 comporta interpretação extensiva, a fim de abarcar os serviços correlatos àqueles previstos expressamente.
2. O enquadramento das atividades prestadas pela recorrente, aos lindes da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68, demanda a análise do contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a este Tribunal em vista do óbice da Súmula 07/STJ.
3. Agravo regimental improvido.”³⁴

“TRIBUTÁRIO. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

1. A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS sobre serviços bancários, é taxativa, mas não veda a interpretação extensiva, sendo irrelevante a denominação atribuída.
2. Recurso especial não provido.”³⁵

6. O recurso repetitivo julgado pelo STJ

A Lei 11.672, de 8.5.2008, regulamentada pela Resolução nº 8, de 7.8.2008, do Superior Tribunal de Justiça, estabeleceu um regime de julgamento de recursos especiais que abordam matérias repetitivas. Por este mecanismo, inserido no art. 543-C, do Código de Processo Civil, destaca-se um recurso especial representativo da controvérsia, cujo julgamento é afetado a uma das Seções do STJ, conforme a matéria se insira no âmbito de sua competência, ou à Corte Especial daquele Tribunal, caso exista questão de competência de mais de uma Seção. Os demais recursos que versem sobre a mesma questão jurídica ficarão suspensos até o pronunciamento definitivo do STJ. É admitida a participação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia e se colhe parecer do Ministério Público Federal.

Publicado o acórdão com a tese fixada pelo STJ acerca da controvérsia, os demais recursos especiais que estavam suspensos, na origem, serão inadmitidos, se a tese do acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo STJ; ou serão novamente apreciados pelo tribunal de origem, se o acórdão divergir da posição do STJ. Neste último caso, mantida a decisão divergente, far-se-á o exame da admissibilidade do recurso especial. Trata-se de um filtro para reduzir o número de recursos no Superior Tribunal.

Ao analisar, sob o regime de recurso repetitivo, o Recurso Especial nº **1.111.234/PR**, o STJ ratificou a tese da taxatividade da lista de serviços, admitida, porém, sua interpretação extensiva. O acórdão, publicado em 8.10.2009, recebeu a seguinte ementa:

“TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS BANCÁRIOS. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres. 2. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.”

Considerando que o acórdão não retratou a riqueza dos debates ocorridos na assentada de julgamento, foram opostos embargos de declaração. É que, durante o julgamento, se destacou a necessidade de o STJ, sobretudo em sede de recurso repetitivo, não se limitar à simples reedição de sua tese sobre a taxatividade da lista de serviços e de sua possível interpretação extensiva, sem estabelecer, conco-

mitantemente, a necessidade de que, tanto a autoridade fiscal como os órgãos judiciais, procedam a um cotejo analítico que demonstre que os serviços prestados, mesmo com nomenclatura diversa, possuem a mesma substância daqueles previstos na mencionada lista de serviços. E isso porque, curiosamente, naquele caso sob julgamento, o Tribunal de origem, afirmando aplicar a jurisprudência do Superior Tribunal, chegou a conclusão diversa da adotada por aquela própria Corte em precedentes outros que enfrentaram a discussão sobre a incidência do ISS em face dos mesmos serviços bancários.

Para o Tribunal estadual de Curitiba, nada obstante o caráter taxativo da lista de serviços prevista em lei complementar, mas admitida sua interpretação ampla e analógica, resultaria ser possível a incidência do ISS sobre todas as atividades bancárias que não tenham característica financeira tributada pelo IOF, pois configurariam espécies do gênero serviços bancários, perfeitamente enquadráveis nos itens 95 e 96 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 56/87, vigente à época dos fatos geradores do caso concreto.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Tribunal estadual, sob o fundamento de aplicar a jurisprudência do STJ, admitiu a incidência do ISS, por exemplo, nos casos de contas não movimentadas; contratação de operações ativas; e compensação de cheques e outros papéis. Todavia, ao examinar a incidência do tributo sobre essas mesmas hipóteses, o próprio STJ cuidou de afastá-la, adotando, para tanto, a seguinte fundamentação:

Contas não movimentadas: *“tratam-se de mero ressarcimento referente aos custos operacionais correspondentes à manutenção de contas de clientes que não as movimentam normalmente. Nesse sentido, não há que se dizer que em contas inativas, ou seja, sem movimentação, por longo período de tempo, não possa gerar despesas para a Instituição Financeira que a mantém”*.³⁶

Contratação de operações ativas: *“trata de uma tarifa correspondente às operações financeiras de abertura de crédito, realizadas entre o Banco e o cliente. A tarifa prende-se à exigência do Banco Central e, portanto, não pode ser confundida como preço do serviço, pois está ligada a típica operação financeira de abertura de crédito. Não pode ser confundida com cobrança de preço de serviços, isto porque inexistente serviço. Além disso, a elaboração de fichas que identifiquem o cliente, é trabalho acessório, inerente às operações de crédito. Quando o cliente contrata com o Banco, seja para a obtenção de empréstimo,*

financiamento, abertura de conta corrente ou poupança, é necessário que sejam analisadas as informações fornecidas pelo cliente. Neste caso, diversas pesquisas deverão ser efetuadas, em especial as que informem se o cliente possui algum impedimento no mercado: SPC, Serasa, Cartório de Protestos. Deverão ser verificadas, ainda eventuais garantias oferecidas pelo cliente, dentre elas avais e bens. Note-se que a atividade em questão não é independente da operação de crédito, está vinculada à contratação da operação ativa, tornando-se um componente deste. Evidente que trata-se de ressarcimento de custos e não cobrança por preço de serviço.”³⁷

Compensação de cheques e outros papéis: *“tampouco aplica-se o ISS à atividade de compensação de cheques e de títulos, por não se tratar de prestação de serviço e nem de cobrança e recebimento por conta de terceiros, prevista no item 95, não encontrando atividade similar na lista anexa ao Decreto-lei n. 406/68.”³⁸*

Os embargos de declaração foram acolhidos, embora sem efeitos modificativos, mas com a explicitação de que “o exame de compatibilidade dos serviços efetivamente prestados com aqueles previstos abstratamente na referida Lista deve ser levado a termo pelas instâncias de origem, sendo inviável de ser analisado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ”.

Diante de tal posicionamento, é importante que, numa demanda judicial em que se discuta a incidência do tributo sobre determinados serviços bancários, se busque a expressa manifestação das instâncias ordinárias quanto à efetiva natureza dos serviços tributados e sua submissão aos itens previstos na lista de serviços anexa à lei de regência. Isso porque, o Superior Tribunal de Justiça não analisará o mérito de um recurso especial sobre a matéria, se tiver que, ele próprio, efetuar o cotejo analítico entre os serviços tributados e aqueles previstos na lista. Nestas circunstâncias, aplicará o óbice sumular retromencionado, o que poderá permitir, como ocorreu no caso do recurso sob comento, a tributação em confronto com sua própria jurisprudência.

Assim, se deverá buscar a manifestação expressa das instâncias de origem, no sentido de procederem a um cotejo analítico entre cada serviço tributado e o item da lista em que se pretende enquadrá-lo, sob pena de, não o fazendo, alegar-se violação ao art. 535, inciso II, do CPC, em preliminar do recurso especial.

É importante ressaltar que a *ratio essendi* da jurisprudência do STJ, nas palavras do Ministro Luiz Fux, extraídas das notas taquigráficas do julgamento do

recurso repetitivo 1.111.234/PR, é no sentido de “evitar que, pelas denominações delegadas a particulares, se pudesse eximir da tributação, porque seria muito simples que os bancos dessem o nome que quisessem para aquele serviço, que estariam eles completamente fora da lista”. Portanto a interpretação extensiva objetiva alcançar os serviços que se distingam dos previstos na lista anexa à lei de regência apenas pela nomenclatura, mas que, em sua essência, correspondam àqueles listados expressamente.

Se mal compreendida sua *ratio essendi*, a jurisprudência da Corte Superior servirá, ainda nas palavras do Ministro Luiz Fux, de “*carta de alforria para tributar qualquer serviço*”.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi cristalizado na Súmula 424, da 1ª Seção, publicada no DJe de 13.5.2010, com o seguinte teor: “*É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987*”.

Todavia e na linha do que dissemos, não se pode olvidar que o exame da adequação da situação concreta de congeneridade a que se refere a mencionada Súmula, segundo entendimento do STJ, não envolve juízo sobre lei federal, mas sobre os fatos da causa, o que é insuscetível de reexame por aquela Corte Superior, em sede de recurso especial, a teor do que dispõe sua Súmula 7. Nesse sentido, foi o pronunciamento expresso do Tribunal, no recente julgamento do AgRg no RESP 1.165.167/MG, 1ª Turma, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe de 2.6.2011. Assim e para que se possa levar a discussão, se necessário, ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, será imprescindível buscar que as instâncias ordinárias realizem o cotejo analítico entre os serviços que se pretende tributar e aqueles efetivamente prestados.

Por fim, cumpre fazer o registro de que a questão sobre o caráter taxativo da lista de serviços teve sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em 13.8.2010, no Recurso Extraordinário 615.580/RJ, em que o UNIBANCO – União de Bancos Brasileiros S/A litiga com o Município de Niterói.³⁹

Notas

¹ “Art. 8º - O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa. § 1º - Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadoria. § 2º - Os serviços não especificados na lista e cuja prestação envolva o fornecimento de mercadorias ficam sujeitos ao imposto de circulação de mercadorias.”

² *Item 95 – cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos não pagos, manutenção de títulos vencidos, fornecimento de posição de cobrança ou recebimento e outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento (este item abrange também os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central).*

Item 96 – Instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central, fornecimento de talão de cheques, emissão de cheques administrativos, transferência de fundos, devolução de cheques, sustação de pagamento de cheques, ordens de pagamento e de créditos, por qualquer meio, emissão e renovação de cartões magnéticos, consultas em terminais eletrônicos, pagamento por conta de terceiros, inclusive os feitos fora do estabelecimento, elaboração de ficha cadastral, aluguel de cofres, fornecimento de segunda via de avisos de lançamento de extratos de contas, emissão de carnês (neste item não está abrangido o ressarcimento, à instituição financeira, de gastos com portes do correio, telegramas, telex e teleprocessamento, necessários à prestação dos serviços).”

³ MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do imposto sobre serviços*. 6. ed. atual, rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 151.

⁴ “*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.*”

⁵ *Compete aos Municípios instituir impostos sobre: III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.”*

⁶ “*Art. 110, do CTN – A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.*”

⁷ *O ISS e a Locação ou Cessão de Direito de Uso*, in *O ISS e a LC 116*. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2003, p. 132.

⁸ HILÚ NETO, Miguel. *Importação e Exportação de serviços: uma análise a partir da constituição*. In *ISS LC 116/2003*. Ives Gandra da Silva Martins e Marcelo Magalhães Peixoto (orgs), 1ª ed (2004), 2ª tir, Curitiba: Juruá, 2005, p. 357-359).

⁹ “*Art. 8º O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa. § 1º Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias”.*

¹⁰ “*Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. (...) § 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.”*

¹¹ NOVELLI, Flavio Bauer. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 27-48.

- ¹² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 11. ed. atual. até a publicação da EC n. 44, de 30.06.2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, PP. 249 e seg.
- ¹³ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p.268-269.
- ¹⁴ FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 2. ed. anotada por Geraldo Ataliba. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 91.
- ¹⁵ BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 40.
- ¹⁶ Idem, ibidem, p. 41.
- ¹⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do imposto sobre serviços*. 6. ed., atual., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 65.
- ¹⁸ *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 370-371.
- ¹⁹ RE 100.858/PE, 2ª Turma, j. 12.11.85 – RTJ 117/214.
- ²⁰ AgRg no AI 590.329/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU 08.09.06.
- ²¹ AgRg no AI 627.046/MG, Rel. Min. Eros Grau, DJU 15.06.07.
- ²² RESP 69.986/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 30.10.95.
- ²³ RESP 102.291/SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU 18.11.96.
- ²⁴ AgRg no AG 933.436/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU 01.02.08.
- ²⁵ “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”
- ²⁶ “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”
- ²⁷ “Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada: I – a analogia.”
- ²⁸ “O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.”
- ²⁹ *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p.389.
- ³⁰ *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.188.
- ³¹ RESP 586.439/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJU 19.9.05.
- ³² RESP 920.386/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJU 17.2.09.
- ³³ AgRg no AG 824.609/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJU 24.3.09.

³⁴ AgRg no RESP 1079341/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJU 18.12.08.

³⁵ RESP 937.111/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 4.11.08.

³⁶ RESP 1.008.130/GO, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU 25.6.08.

³⁷ RESP 1.008.130/GO, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU 25.6.08.

³⁸ RESP 325.344/PR, 2ª Turma, Rel. p/ac. Min. Franciulli Netto, DJU 8.9.03.

³⁹ Entendeu o Plenário Virtual do Supremo, na linha do voto da Relatora, Ministra Ellen Gracie, que: “... se trata de questão com repercussão geral, porquanto o caráter taxativo da lista de serviços sujeitos ao ISS já foi diversas vezes discutido no âmbito deste Tribunal e prosseguir sendo alçado em sede de recursos extraordinários. Ademais, a definição da interpretação do art. 156, III, da CF quanto ao ponto servirá de referência tanto para o julgamento de casos antigos, regidos pelo DL 406/1968, como de casos novos, regidos pela LC 116/2003, sendo certo que a discussão extrapola os interesses subjetivos da causa”.

Referências bibliográficas

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. São Paulo: Dialética, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.

_____. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.

_____. Emenda Constitucional 18, de 1º de dezembro de 1965. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e dá outras providências.

_____. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário, aplicáveis à União, Estados e Municípios.

_____. Decreto-lei 406, de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências.

_____. Decreto-Lei 834, de 8 de setembro de 1969. Dispõe sobre a entrega das parcelas, pertencentes aos Municípios, do produto da arrecadação do im-

posto sobre circulação de mercadoria, estabelece normas gerais sobre conflito da competência tributária, sobre o imposto de serviços e dá outras providências.

- _____. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.
- _____. Lei 5.925, de 1º de outubro de 1973. Código de Processo Civil.
- _____. Lei Complementar 56, de 15 de dezembro de 1987. Dá nova redação à Lista de Serviços a que se refere o art. 8º do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, e dá outras providências.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.
- _____. Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, RESP 69.986/SP, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJU 30.10.95.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, RESP 102.291/SP, Relator Ministro José Delgado, DJU 18.11.96.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, AgRg no AG 933.436/RJ, Relator Ministro José Delgado, DJU 1.2.08.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, RESP 586.439/SC, Relator Ministro Teori Zavascki, DJU 19.9.05.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, RESP 920.386/SC, Relator Ministro Teori Zavascki, DJU 17.2.09.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, AgRg no AG 824.609/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, DJU 24.3.09.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, AgRg no RESP 1.079.341/MG, Relator Ministro Humberto Martins, DJU 18.12.08.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, RESP 937.111/PB, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJU 4.11.08.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, RESP 1.008.130/GO, Relator Ministro José Delgado, DJU 25.6.08.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, RESP 325.344/PR, Relator Ministro Franciulli Netto, DJU 8.9.03.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, RESP 1.111.234/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJU 8.10.09.
- _____. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 100.858/PE, RTJ 117/214.
- _____. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, AgRg no AI 590.329/MG, Relator Ministro Eros Grau, DJU 8.9.06.

- _____. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, AgRg no AI 627.046/MG, Relator Ministro Eros Grau, DJU 15.06.07.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 2. ed. anotada por Geraldo Ataliba. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- HILÚ NETO, Miguel. *Importação e Exportação de serviços: uma análise a partir da constituição*. In ISS LC 116/2003. Ives Gandra da Silva Martins e Marcelo Magalhães Peixoto (orgs), 1. ed. (2004), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2005.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989.
- MACHADO, Hugo de Brito. *O ISS e a Locação ou Cessão de Direito de Uso, in O ISS e a LC 116*. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2003.
- _____. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do imposto sobre serviços*. 6. ed. atual, rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.
- NOVELLI, Flavio Bauer. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 11. ed. atual. Até a publicação da EC n. 44, de 30.6.04. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Resumo

O artigo trata de uma questão bastante debatida na jurisprudência dos tribunais pátrios, qual seja, ISSQN sobre serviços bancários. A matéria já foi apreciada em recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça. Faz um relato histórico da regra matriz de incidência do referido imposto no direito pátrio e defende uma interpretação sistemática na análise dos casos, resgatando a definição de fato gerador para estabelecer a natureza da lista de serviços anexa à legislação do imposto.

Palavras-chave: ISSQN – Lista de serviços – Fato gerador – Caráter taxativo – Interpretação extensiva.

Abstract

The author deals with a matter of considerable debate in brazilian courts jurisprudence – the ISSQN in banking services – appreciated by the Superior Court of

Justice in repetitive appeal. In addition, she reports the story of ISSQN's principal rule of incidence in Brazilian law, and supports the need for systematic interpretation in the analysis of cases in order to recover taxable event's definition and establish the nature of the list of services attached to the ISSQN legislation.

Keywords: ISSQN – List of services – Taxable event – Clear-cut character – Broad interpretation.

Luiz Rodrigues Wambier

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina-PR. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC de São Paulo. Professor nos Programas de Mestrado da UNIPAR/PR.

Evaristo Aragão Santos

Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC do Paraná. Doutorando em Direito pela PUC de São Paulo.

Sobre o Ponto de Equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar

1. Nota introdutória: o objeto e rumos deste ensaio. **2.** Brevíssima visão do papel do juiz no Estado liberal e na passagem para o Estado social. **3.** A peculiar tensão entre os princípios *dispositivo* e *inquisitório* em nosso sistema processual: o porquê da busca pelo equilíbrio. **4.** Os principais argumentos lançados no sentido de restringir a postura ativa do juiz. **4.1.** Exercer poderes instrutórios não significa, por si só, quebra da imparcialidade. **4.2.** O juiz também não “advoga” para uma das partes, quando investiga fatos: todos (inclusive o órgão judicial) têm o dever de colaborar para o descobrimento da verdade. **4.3.** A *disponibilidade* do direito material em jogo não é o critério discriminador da postura ativa ou passiva do juiz. **5.** O ônus (subjetivo e objetivo) da prova e a relação com os poderes instrutórios genericamente prescritos no art. 130 do CPC. **6.** O exercício dos poderes instrutórios não pode ser considerado como mera *faculdade* do órgão judicial. **7.** Primeiro traço no sentido do equilíbrio: o exercício dos poderes instrutórios deve ser *complementar* à atividade das partes. Segundo traço: quando há o *dever* de o órgão judicial exercer seus poderes instrutórios. **8.** Alguns limites *materiais* ao exercício desses poderes: o âmbito de aplicação do ônus objetivo da prova. **9.** O exercício dos poderes instrutórios deve ser *excepcional* e motivado por inconsistências objetivas verificadas no material probatório: o terreno perigosíssimo de servir para supressão de eventuais desigualdades, material ou cultural, de uma das partes.

1. O movimento legislativo voltado a conferir mais poderes ao juiz, como forma de dar maior efetividade às decisões judiciais, não é recente. Vê-se, passo-a-passo, nas sucessivas reformas pelas quais tem passado o Código de Processo Civil, franca tendência no sentido de aumentarem-se os poderes do juiz. Não apenas os poderes instrutórios (cujas feições permeiam este estudo), mas os poderes gerais do órgão

judicial, no sentido de municia-lo a propiciar a efetiva proteção dos interesses que lhe são confiados a exame. Exemplo emblemático e ainda relativamente recente dessa tendência, para além do campo probatório, é a possibilidade de o órgão judicial lançar mão das medidas coercitivas que entender adequadas, com o objetivo de concretizar, no plano dos fatos, a tutela específica então concedida (CPC, art. 461, § 5º)¹.

Dentro do segmento estrito da atividade cognitiva do juiz, no entanto, a parcela mais sensível dessa sua atuação é, certamente, a instrutória. Excepcionalíssimos são os casos que se resolvem puramente a partir de questões de direito e, por isso, lembrando aqui BARBOSA MOREIRA, pode-se dizer que “o nó vital do processo civil [no âmbito cognitivo, complementamos nós] localiza-se quase sempre na prova”.²

Por isso, a mesma postura ativa do juiz, que se espera na satisfação dos direitos, reflete-se, em igual medida, no campo probatório. Aliás, já mesmo na versão original de 1973, nosso ordenamento processual estabelecia que cabia ao juiz, fosse de ofício ou por requerimento da parte, determinar a produção das provas necessárias para apuração de todo e qualquer fato que entendesse pertinente para o deslinde do litígio (CPC, art. 130).

Apesar de o nosso sistema ser até relativamente pródigo em dispositivos do gênero³ e do esforço contínuo e consistente de parcela da doutrina nacional nessas últimas três décadas⁴, notadamente preocupada em pavimentar os caminhos dogmáticos que permitiriam essa atuação *proativa* do órgão judicial, ainda convivemos no dia a dia forense com uma significativa resistência a essas ideias, que encontra seu principal ponto de apoio numa interpretação um tanto quanto sectária (e privatista) das regras de distribuição do ônus probatório (CPC, art. 333). Isto é, continua perceptível a existência de dois pólos bastante distintos: a de um juiz interessado em encontrar aquilo que se costuma designar por “verdade real”, em oposição àquele que se satisfaz com a versão “formal” dos fatos, tal qual foram reconstituídos pelas partes dentro dos autos do processo.

O correto não parece ser a adesão pura e simples a um ou a outro desses extremos, mas encontrar-se a *justa medida* entre ambos. Isto é, o *ponto de equilíbrio* (não necessariamente equidistante) que, ao mesmo tempo, permita, no plano empírico, não transferir para o órgão judicial toda a tarefa de apurar os fatos relevantes ao julgamento, mas que também não o mantenha com aquela velha postura do mero expectador do embate entre as partes.

Esboçar esse ponto de equilíbrio é o nosso objetivo neste texto. Faremos isso, porém, de maneira absolutamente despretensiosa. Partiremos dos traços essenciais dos poderes instrutórios do juiz, para, em seguida, analisarmos como nosso

sistema trata o ônus das partes de provar os fatos que alegam. Dessa base, então, procuraremos traçar alguns dos contornos essenciais do que nos afigura ser o tal ponto de equilíbrio já antes referido. Primeiro, para apresentar as linhas de harmonização entre o ônus das partes e os poderes do juiz, dentro do nosso sistema positivo. Depois, para também avaliarmos se o órgão judicial teria apenas mera *faculdade* para exercer de ofício seus poderes instrutórios (como, com certa frequência, se costuma afirmar) ou, para além disso, seria possível afirmar-se ter mesmo o *dever* de exercer de ofício esses poderes caso em que, não o fazendo, cometeria violação, a começar, ao art. 130 do CPC (ilegalidade essa, por sua vez, passível de correção tanto por meio de recurso de estrito direito quanto de ação rescisória).

Vale registrar, ainda, que o interesse nessa harmonização ultrapassa alguma curiosidade a respeito da atividade do juiz no plano estrito do primeiro grau de jurisdição. Sabermos até onde o órgão judicial pode (ou, melhor dizendo, *deve*) exercer seus poderes instrutórios é algo, hoje, também com marcante relevância na atuação dos Tribunais, especialmente após a Lei 11.276/2006 e o reforço que, de maneira geral, representou na adoção do mecanismo de conversão do julgamento do feito em diligência (antes previsto apenas no art. 560, parágrafo único e, agora, também no art. 515, §4º).

2. O ponto de partida desse nosso roteiro, porém, é um tanto quanto longínquo: a formação do Estado liberal, na Revolução Francesa. Partimos daqui porque nos parece essencial termos presente e fixada a ideia de *ruptura* (com o chamado *antigo regime*) prevalecente naquele período. Algo, em nosso juízo, de importância vital para compreensão do tema aqui versado.

No plano do direito, essa ruptura significou, em linhas muitíssimo amplas, o rompimento com o caráter essencialmente *repressivo* e *parcial* do direito do Estado absolutista. Na época, por exemplo, garantias hoje, tão óbvias quanto fundamentais, como a *imparcialidade* do juiz ou o tratamento *isonômico* das partes, simplesmente não existiam. O cargo de magistrado, por exemplo, era *propriedade* do seu titular (ou seja, podia ser comprado, vendido e herdado) e aqueles com títulos nobiliárquicos tinham clara vantagem (inclusive no plano jurídico) sobre os demais (especialmente camponeses e burguesia). A magistratura não era mais do que um segmento da aristocracia (conhecida como a “aristocracia de togas”) e apoiava abertamente os interesses da nobreza contra os camponeses, a classe média e os trabalhadores urbanos. Justamente em razão dessa vinculação, era comum que os tribunais se negassem a aplicar leis novas ou mesmo as interpretassem de maneira claramente incompatível com seu teor⁵.

Nesse contexto, não é de espantar que, na doutrina do liberalismo, o Estado sempre tenha sido apresentado como o fantasma que assombrava o indivíduo⁶. Era preciso, portanto, impor limites ao Poder Estatal (inclusive àquela parcela que se ocupava da função judicante) e isso ocorreria por meio do próprio Estado (mediante a tripartição dos poderes etc.). A lei funcionaria como esse mecanismo de *proteção do indivíduo* (isto é, das liberdades individuais). O Estado se transformaria “na armadura de defesa e proteção da liberdade”⁷, exercendo o papel de verdadeiro “guardião das liberdades individuais”⁸.

Em linhas gerais, a ideia era a de que o Estado deveria limitar-se a *fornecer as regras do jogo* e a *instituir um árbitro* para aplicá-las. Surgiram ou foram resgatadas nesse ambiente várias limitações da atividade jurisdicional, com algumas das quais, em maior ou menor grau, convivemos até hoje. Como maneira de garantir ao máximo as liberdades individuais, por exemplo, o juiz deveria se limitar a aplicar a letra da lei (atuar como a “boca inanimada” da lei)⁹. Também deveria manter-se equidistante (isto é, na prática, *indiferente*) frente ao embate protagonizado pelas partes dentro do processo. Ou seja, o juiz não apenas deixaria de ter poderes para instaurar de ofício o processo, como, de maneira geral, para conduzi-lo também no que se referisse à introdução de elementos probatórios¹⁰.

É interessante verificar que essa ideologia permeia aquilo que, no plano processual, ao menos num primeiro olhar e sem maiores rigores, imediatamente costumamos identificar como manifestação do *princípio dispositivo* (seja em sentido amplo ou estrito)¹¹. Circunscrever-se a atividade jurisdicional, o quanto possível, ao âmbito de *disposição* dos interesses da parte, era não apenas uma maneira de romper com um modelo jurídico de caráter marcadamente *inquisitorial* (e com profundas influências canônicas etc.), mas como e principalmente a manifestação concreta, também dentro do ambiente processual, do poder de disposição característico da autonomia privada defendida pelo liberalismo.

O Estado liberal se consolida e se espalha pela maior parte da Europa (lembramos dos Códigos Civil e de Processo Civil napoleônicos, que inspiraram diversos outros). Algum tempo depois, porém (e esse nosso passo tem aproximadamente cem anos), já foi possível notar os lampejos da formação de uma nova concepção a respeito da função estatal: o Estado (e conseqüentemente, a própria lei) passa a ser visto não mais como o instrumento de *proteção* das liberdades individuais, mas sim de *promoção* da justiça e minimização das desigualdades: é a passagem do Estado liberal para o social (ou pós-liberal)¹².

No âmbito do processo civil e para aquilo que nos interessa neste ensaio, essa transição teve significativa influência nos poderes instrutórios do juiz. Talvez

tenha sido o Código de Processo Civil Austríaco (1895) o primeiro a se pautar em valores peculiares ao que se poderia chamar de um “Estado Social de Direito”. Nele sobrepõe justamente o papel mais ativo do órgão judicial, que deixa de figurar como mero expectador do embate entre as partes e passa a atuar *ativamente* no sentido de proteger os interesses que lhe são confiados a apreciação. Consagra-se o impulso oficial, o dever de veracidade das partes, bem como e principalmente, a *participação ativa do juiz na apuração dos fatos*¹³.

3. Nossa legislação processual encampa tanto manifestações do princípio *dispositivo* (propositura da demanda, julgamento nos limites do pedido, proibição da *reformatio in pejus* etc.) quanto de seu oposto, o *inquisitório* (leia-se: a possibilidade de o juiz atuar de ofício, sempre dentro de determinados limites). Aliás e como lembra CALAMANDREI, apenas no plano da teoria seria possível construir sistemas que se pautem, com exclusividade, segundo esse ou aquele princípio. Na prática, os sistemas processuais adotam ambos, privilegiando, em maior ou menor grau, essa ou aquela orientação¹⁴.

A situação entre nós, porém, é peculiar, pois, numa ponta, convivemos com o *onus* conferido às partes de trazerem aos autos do processo a prova dos fatos necessários ao julgamento da causa (CPC, art. 333). Algo que, visto isoladamente, conferiria a nosso sistema acentuada orientação pelo princípio dispositivo. Ao mesmo tempo, na outra ponta, confere ao juiz o poder de produzir, de ofício, toda e qualquer prova que entenda necessária à instrução do processo (CPC, art. 130). Regra em si muito afeita a sistemas que privilegiam o princípio inquisitório.

A peculiaridade referida no parágrafo anterior reside justamente na circunstância de nosso ordenamento não fixar, explicitamente, a prevalência de uma dessas diretrizes sobre a outra¹⁵. Ou seja, entre nós, é delegada à jurisprudência a tarefa de assinalar esse ponto de equilíbrio entre os poderes de iniciativa do juiz e das partes na instrução do processo. Ponto esse que, na realidade, nem poderia mesmo ser fixado sobre a base de considerações de pura técnica processual, já que está em constante *mutação*. Lembrando mais uma vez as palavras de PIERO CALAMANDREI, esse ponto de equilíbrio é mutável porque fica historicamente situado entre o *interesse público* e a *autonomia privada do direito substancial* do qual o processo é o instrumento¹⁶.

4. Não temos dúvida de que o *interesse público* se sobrepõe em relação ao privado, dentro do processo, para a busca desse equilíbrio¹⁷. Apesar disso, é alarmante a resistência que boa parte da doutrina e dos Tribunais ainda têm em relação a essa

atuação do órgão judicial, voltada a buscar a chamada “verdade real”, no âmbito do processo civil.

Embora mais de dois séculos nos separem do contexto que permitiu (ou, melhor dizendo, tornou praticamente inevitável) a ascensão do liberalismo e a formação do Estado Liberal, com a conseqüente limitação da atuação estatal em relação ao âmbito privado, além da nítida inserção, tanto aqui quanto no estrangeiro, de mecanismos processuais que deem destaque à função *promocional* (isto é, de promover a justiça) do Estado por meio da atuação do Judiciário, na prática, ainda resistimos a admiti-la no dia a dia da atividade forense.

Numerosas razões concorrem para isso. Desde uma postura marcadamente *privatista* do processo, que muitas vezes se manifesta de maneira até inconsciente no momento da interpretação da lei, como se estivesse entranhada em nosso “DNA jurídico”, até motivações um tanto quanto mais prosaicas, que vão do excesso de serviço à própria falta de iniciativa do julgador.

Seja como for, o principal argumento alinhavado contra a atuação oficiosa do órgão judicial na instrução do processo parece ser o da *parcialidade*: o juiz atuaria de maneira parcial ao buscar, no lugar da parte interessada, a elucidação deste ou daquele fato que entenda necessário para aplicação da lei ao caso concreto. Como decorrência dessa postura (e esse é outro argumento muito utilizado contra a atuação *proativa* do juiz), acabaria por “advogar” para uma das partes. Como nosso sistema confere às partes o ônus de provar nos autos os fatos necessários ao julgamento, ignorar essa regra obrigaria muitas vezes o juiz a suprir deficiências técnicas do advogado de uma das partes. A atuação mais ou menos hábil ou diligente dos representantes das partes é algo que estaria completamente fora do âmbito de preocupações do juiz. Por último, mas não menos importante, é o argumento de que atuar de ofício em matéria probatória violaria o *princípio dispositivo*, cuja diretriz orientaria de maneira prevalecte nosso sistema processual: apenas naquelas situações em que o bem jurídico envolvido no litígio tivesse natureza indisponível, é que se poderia admitir a atuação *ativa* (ou com feições mais *inquisitoriais*) do órgão judicial. Fora dessa situação, deveria prevalecer a regra que distribui (e atribui) às partes o ônus da prova.

4.1. Em si mesma, a postura mais ativa na apuração dos fatos não compromete a imparcialidade e neutralidade do órgão judicial, nem mesmo na esfera *psicológica*, ao contrário do que certa vez sugeriu LIEBMAN em texto já clássico¹⁸. Primeiro, deve-se ter presente que, se assim o fosse (ao atuar de ofício o juiz, ao menos

intimamente, estaria preferindo uma parte em detrimento da outra), toda e qualquer iniciativa oficial em matéria de prova deveria ser banida de nosso sistema: o juiz seria parcial toda a vez que atuasse de ofício, inclusive naquelas situações específicas em que a lei assim expressamente o permite.

De todo modo, talvez o argumento com maior potencial de persuasão nesse ponto seja o de que, ao perquirir sobre fatos que lhe pareçam indispensáveis para o julgamento, o juiz não tem como saber, de antemão, qual das partes será beneficiada por essa diligência¹⁹. Por isso, aliás, não há parcialidade (nem mesmo psicológica) ao determinar a produção de prova cuja apuração do fato poderá beneficiar uma das partes. Justamente porque esse resultado (constatação ou não do fato) não tem como ser previamente conhecido pelo juiz.

Aliás, sob essa perspectiva, o argumento da parcialidade do juiz que atua de ofício em sede probatória revela toda a sua incoerência. E é justamente por questão de *coerência lógica* que, se enxergarmos na postura ativa do juiz o comprometimento de sua imparcialidade (na medida em que tal atividade beneficiaria um dos litigantes etc.), necessariamente teremos de admitir, também, que agirá com igual “parcialidade” o julgador que, mesmo sendo (*objetivamente*) perceptível a necessidade de melhor apuração de fato essencial para o julgamento, prefere recolher-se à sua postura passiva, “lavando as mãos” em relação aos interesses que lhe foram confiados à apreciação²⁰. Não há como negar que, tanto num quanto noutro caso, estará o juiz agindo com alguma “*parcialidade*”: ou beneficiará a parte cuja apuração do fato determinou de ofício ou aquela que acabará por tirar proveito justamente dessa *perceptível* falta de melhor apuração. Como, no plano empírico, é inevitável que um desses resultados prevaleça, não temos dúvida em optar por aquele (resultado) comprometido com a apuração da verdade dos fatos. Mesmo porque a *neutralidade* do órgão judicial é algo substancialmente diverso de sua *indiferença* em relação ao desfecho *justo* do processo²¹.

O que não pode faltar, isto sim, é o estrito respeito às garantias constitucionais do *contraditório* (a ser observado na produção de qualquer prova) e da *motivação da decisão judicial* (indicando-se com precisão as razões de convencimento a respeito dos fatos). Esses, aliás, talvez sejam os únicos remédios realmente eficazes contra o sempre presente risco de parcialidade do juiz, algo, em si, inafastável, sobretudo por força da própria condição humana.

4.2. Também não “advoga” para uma das partes o juiz que atua de ofício na apuração de fatos indispensáveis ao correto julgamento. Esse é outro dos “mitos”, por assim dizer, decorrentes da necessidade de imparcialidade e que, com muita frequência,

costuma aparecer no cotidiano forense, tanto na boca de juízes quanto de advogados, especialmente.

Não há dúvida de que o mais correto é realmente concentrar nas partes a tarefa de reconstituir, nos autos, os fatos que deverão ser levados em consideração pelo órgão judicial no julgamento da causa. Especialmente para o autor ou, excepcionalmente, para o réu, nas situações em que a lei opte por inverter esse ônus. Várias razões concorrem para isso, em especial as circunstâncias de que as partes (sobretudo aquela que formula pedido em juízo) têm todo interesse nessa reconstituição e, mais do que isso, podem se concentrar nessa tarefa com muito mais atenção do que o poderia o Estado-juiz, caso tal incumbência, por hipótese, lhe fosse transferida.

Isso, porém, não quer dizer que a atividade instrutória deva ficar concentrada com exclusividade nas mãos das partes. Isto é, que o órgão judicial não possa atuar nesse terreno, ainda que em caráter *suplementar*.

Em nosso sistema, que, a um só tempo, concentra nas partes o ônus da prova, mas não retira do juiz a tarefa de produzi-la de ofício sempre que entender necessário, o que precisa existir, como única forma de interpretação harmônica dessas regras, é a *colaboração* entre partes e juiz dentro do processo, na apuração dos fatos²².

As partes trazem aos autos os fatos, e o juiz, *eventualmente, complementar* essa atividade, com vistas à recomposição mais fidedigna possível do quadro fático. O fará sempre que perceber alguma incongruência *objetiva* nessa reconstituição. Isto é, quando do próprio material trazido aos autos pelas partes, seja aferível alguma deficiência de demonstração em relação a fatos cujo esclarecimento se mostra essencial, porque passível de influir decisivamente no julgamento.

Ao assim agir, de maneira alguma poderá ser tachado com a marca da *parcialidade* ou, como alguns eventualmente possam dizer nos corredores do fórum, de estar “advogando” para uma das partes. Sem a recomposição correta do quadro fático ou estando o juiz impossibilitado de conduzir a instrução do feito com esse objetivo, seria o mesmo, *mutatis mutandis*, que o impedir de encontrar, por si só, a norma aplicável²³. Sim, porque aplicar a norma ao caso concreto nada mais é, *grosso modo*, do que subsumir os fatos reconstituídos nos autos ao comando abstrato da lei.

Não podemos esquecer, também, a diretriz expressamente adotada por nosso sistema processual, no sentido de que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (CPC, art. 339). Ainda que admitamos não ser o juiz o destinatário imediato dessa regra, o pronome inde-

finido *ninguém*, lançado no início do texto, bem dá o tom de que, ao menos *moralmente, nenhuma pessoa*, isto é, *nem mesmo a pessoa do juiz*, pode se furtar do *dever* de *colaborar* com a tarefa de encontrar a verdade.

Mesmo porque, a correta reconstituição dos fatos se inclui entre as tarefas inerentes à jurisdição e não se subordina a circunstâncias particulares²⁴. Por isso, o juiz não “advoga” quando participa ativamente da instrução do processo, ainda que a prévia deficiência na recomposição dos fatos tenha se devido à atuação pouco hábil ou diligente de um dos advogados. Além do mais e lembrando mais uma vez BARBOSA MOREIRA, nessa seara da apuração da verdade, “há um terreno de responsabilidade sua [do juiz], intransferível, em que não lhe é lícito invocar, como causa justificativa, qualquer comportamento alheio.”²⁵

4.3. O terceiro argumento por nós selecionado e que normalmente é trazido contra essa participação ativa do juiz é aquele que admite tal postura apenas quando o órgão judicial estiver diante de direitos de caráter *indisponível*. Seria, então, a disponibilidade ou não do direito discutido nos autos o critério definidor da postura ativa ou passiva do juiz. Isto é, apenas nesse contexto, portanto, é que seria defensável a aplicação do art. 130 do CPC.

A essência desse argumento (e aproveitamos o trabalho de LIEBMAN para resumi-lo) é o de que concentrar exclusivamente nas partes essa tarefa, quando esteja em jogo direito disponível, não seria mais do que a aplicação do princípio geral que reserva à vontade privada a livre disposição de seus interesses. Como cabe às partes a disposição das suas relações jurídicas privadas, dessa estrita perspectiva pareceria natural que também toda a iniciativa processual deveria depender dessa mesma liberdade. Não apenas com relação à propositura do processo e definição de seu objeto, mas também na apresentação dos elementos e dos demais meios destinados a formar o convencimento do juiz e a preparar a sentença²⁶.

Em nosso sentir, porém, o critério definidor da postura ativa do juiz *não é a disponibilidade* do direito envolvido no processo, mas sim *o interesse público* na obtenção de resultado, tanto correto quanto efetivo, na composição do litígio por meio do processo (o que na prática corresponderia, sem maiores rigores filosóficos, a um resultado *justo*).

A ideia, em resumo, aparece ilustrada em exemplo de BARBOSA MOREIRA, que, vendo “no litígio uma enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo”, raciocina “analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não

pode impor ao seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição de remédios adequados. Não lhe agradando o tratamento, resta-lhe, de certo, a qualquer tempo, a possibilidade de retirar-se, mesmo sem alta, para tentar curar-se por outros métodos; enquanto, porém, queira utilizar os serviços do estabelecimento, há de respeitar-lhes a disciplina, que tem suas exigências próprias de racionalidade.”²⁷

Em outras palavras, isso quer dizer que *a disponibilidade do direito não é da essência do princípio dispositivo*, muitas vezes invocado indevidamente como forma de justificar a postura passiva do juiz. Se o fosse, frise-se rapidamente, a *coerência lógica*, já outras vezes lembrada neste texto, cobraria, mais uma vez, seu preço: se para os direitos disponíveis a atuação de ofício do juiz seria proibida, deveria, de outro lado, representar a regra quando estivesse diante de direitos indisponíveis. O problema é que nosso sistema não se orienta dessa forma. Há situações as quais permitem a atuação de ofício do órgão judicial em relação a direitos nitidamente disponíveis (como para instauração do inventário – CPC, art. 989) e o mesmo não ocorre para com direitos inegavelmente indisponíveis (como a vida ou a liberdade, por exemplo): admite-se aí, no máximo, que o Estado, mas por meio do Ministério Público, inicie o processo.

5. Desse entrelaçamento entre o interesse das partes em trazer aos autos a prova de suas alegações e os poderes instrutórios do juiz, percebe-se que a noção da prova como um *ônus* imputado às partes é algo que fica *relativizado*. Tradicionalmente, ter para si o *ônus* em relação a algo, significa, *grosso modo*, ter de adotar determinada conduta, por meio da qual o onerado poderá obter uma vantagem ou impedir uma situação que lhe seja desfavorável²⁸ (p. ex., como ocorre com quem tem o *ônus* de contestar ou de recorrer: a não apresentação de contestação sujeitará o réu aos efeitos da revelia, assim como a não interposição do recurso consolidará os efeitos da decisão que se poderia por meio dele impugnar).

No âmbito probatório, porém, o *ônus* conferido à parte não tem essa configuração. Ou seja, não provar determinado fato não significará, *necessariamente*, que a parte a quem incumbia fazê-lo suportará os efeitos negativos dessa sua inação. Por isso, costuma-se dizer que, então, se de *ônus* realmente se trata, seria, no máximo, um *ônus imperfeito*.

Assim, do art. 333 do CPC se extrai dupla orientação. A primeira e mais evidente é a de que se trata de *regra de conduta para as partes*. Isto é, o dispositivo indica, num primeiro momento, o *ônus da demonstração* atribuído a cada uma

das partes. Determina a qual delas incumbe o ônus da apresentação dos *meios de prova*²⁹. Em outras palavras: *como* os litigantes devem se *comportar* à luz das expectativas que o processo lhes enseja na organização da atividade probatória³⁰. Já a segunda diretriz ali fixada é a de que serve de *regra de julgamento* para o órgão judicial. Indica qual das partes suportará o risco pela eventual ausência de prova a respeito de determinado fato, quando do momento do julgamento^{31 e 32}. Esses dois aspectos são identificados pela doutrina como os lados *subjetivo* e *objetivo* do ônus da prova, respectivamente.

Mas isso nos diz muito pouco (ou, na prática, nada) a respeito dos poderes instrutórios do juiz e seus correlatos limites. Mesmo porque a aplicação pura e simples das regras do ônus da prova pode, tranquilamente, continuar deixando o juiz na posição de “Pilatos”: julga a partir do convencimento extraído do material probatório formado nos autos exclusivamente pela iniciativa das partes, apenas lhe sendo indiferente de quem era o ônus *subjetivo* de provar este ou aquele fato.

A pergunta que nos interessa aqui, porém, é sabermos, de um lado, se em algum momento poderia ser tido como *inaceitável* ao juiz valer-se da ferramenta do ônus da prova para julgar ou, em outros termos, se, ao deparar-se com determinado contexto, o órgão judicial teria mesmo o *dever* (e não a *faculdade*, como muitas vezes se afirma) de atuar de ofício no sentido de apurar fatos, independentemente das regras do ônus da prova, estando, portanto, *obrigado* a exercer os poderes que, em nosso sistema, lhe são conferidos pelo art. 130 do CPC.

6. A leitura isolada desse dispositivo, para nós, revela, já em sua literalidade, que a postura do juiz, na instrução do processo, está longe de ser meramente passiva e inerte (dependente da iniciativa das partes). Lê-se, ali, que “*cabará ao juiz [...] determinar [a produção de todas] as provas necessárias à instrução do processo [...]*”. Por esse ângulo, parece inexorável a conclusão de que, tenham sido ou não requeridas pelas partes, está no âmbito das atribuições do juiz determinar a produção de toda e qualquer prova.

Mas em quais situações? Sempre? Embora o juiz inegavelmente tenha *liberdade* para produção probatória, isso nos parece algo sensivelmente diferente da *faculdade jurídica* de determinar ou não, em qualquer contexto, a produção de provas.

Em nosso sentir, o exercício dos poderes instrutórios está bem longe de se revelar, juridicamente, uma *faculdade* do órgão judicial. Isto é, a mera potencialidade de agir; aquele genuíno poder de ação cujo exercício depende *apenas* da *vontade* de seu titular³³. O Juiz, ao contrário, segundo pensamos, tem o *dever* de atuar de

ofício, inclusive no âmbito instrutório, na exata medida em que tem o dever de conduzir o *procedimento* da maneira mais idônea a seu alcance, sempre com vistas a obter a efetiva tutela do direito material³⁴. O exercício dos poderes instrutórios não pode depender do *humor* do magistrado ou da simples constatação de que, em seu *íntimo*, não teria percebido a necessidade de exercê-los. Aliás e a partir da leitura do artigo 130 do CPC, é de todo oportuno lembrar que também está no âmbito da responsabilidade civil do juiz ressarcir os danos decorrentes de recusa, omissão ou retardamento, sem justo motivo, de providência que deveria ter sido ordenada de *ofício* (CPC, art. 133, inc. II). Para nós, registre-se, não parecem existir razões suficientemente consistentes para desse âmbito excluir-se a inação relacionada com o exercício dos poderes genericamente fixados do art. 130 do CPC (ou seja, aí aparece a correlata possibilidade *sanção* pelo não exercício do *dever*).

Essas constatações, porém, apenas robustecem as nossas dúvidas: quando, então, se manifestaria esse *dever* de atuar *de ofício* na investigação de fatos? Sempre? Mais ainda: o exercício inadequado desses poderes caracterizaria contrariedade ao disposto no art. 130 do CPC, a ponto de configurar ilegalidade passível de correção tanto por meio dos recursos de estrito direito quanto da ação rescisória?

7. A resposta a essas indagações, em nosso sentir, decorre, essencialmente, da harmonização dos princípios encampados pelos arts. 130 e 333, ambos do CPC (os princípios inquisitório e dispositivo).

De acordo com nosso direito positivo, cabe primeiramente às partes o ônus de provar os fatos que alegam. Com especial prevalência ao autor, para demonstrar a consistência do direito que postula e, em seguida, subsidiariamente ao réu, na tentativa de desconstituir esse mesmo direito. Como vimos ao longo do texto, a atividade probatória, porém, não se encerra aí. Não fica restrita às partes. O juiz não assiste *indiferentemente* a esse embate. Mas nem por isso se coloca à frente de autor e réu. Sua atividade, dessa perspectiva, continua sendo, sim, *complementar*. Ou seja, tem plenos poderes para atuar de ofício, mas sempre *depois da iniciativa das partes* (ou, pelo menos, do autor, no caso de revelia). O órgão judicial depende dessa iniciativa e, por isso, atuará sempre *suplementando* tal atividade, naquilo que lhe parecer necessário para, por meio dessa suplementação, obter o retrato consistente e verossímil dos fatos indispensáveis ao julgamento³⁵.

Mas a nossa trajetória ainda continua circular: depois de afirmados os fatos, sob alguma circunstância o juiz teria o *dever* de atuar de ofício? Cometeria alguma ilegalidade se assim não o fizesse?

A resistência é praticamente inexistente quando a relação jurídica material submetida ao processo envolva direitos *indisponíveis*, como, por exemplo, nas causas associadas ao estado ou à capacidade das pessoas (investigação de paternidade, interdição, guarda de filhos, suspensão ou destituição de pátrio-poder etc.)³⁶. Também admite-se tal atuação, sem maiores restrições, no *processo coletivo*, especialmente por força da gama de interesses ali envolvidos³⁷.

Mas a maior dificuldade está justamente em se traçar os limites dessa atuação oficiosa do juiz, quando se lhe é postulada pretensão envolvendo direitos genuinamente *disponíveis*. Uma disputa patrimonial qualquer entre agentes maiores, capazes etc., por exemplo.

Mesmo aqui, segundo pensamos e a partir daquilo que já antecipamos acima, o juiz tem o *dever* de atuar de ofício, *mas quando se depare a específico contexto*.

Em nosso sentir é independente da natureza do bem jurídico postulado (se disponível ou não), sempre que nos autos existam elementos a apontar, *objetivamente*, no sentido da verossimilhança da versão afirmada por uma das partes (ou da falta dela), a ponto de influenciar de maneira determinante o julgamento da causa, o juiz tem o dever de apurá-los de ofício³⁸. Caso não o faça, isto é, caso não exercite os poderes que lhe são genericamente fixados no art. 130, cometerá uma ilegalidade.

O que queremos significar talvez seja melhor compreendido a partir de exemplos coletados na jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Em processo no qual se buscava o pagamento de indenização securitária em decorrência de invalidez, considerou-se admissível ter por provado o fato constitutivo do direito do autor (a invalidez) com base no resultado da perícia médica realizada pelo INSS, a qual havia fundamentado a concessão de aposentadoria e nesse segundo processo foi adotada por empréstimo. No entender do STJ, porém, a circunstância de a invalidez ter sido provada pela moléstia denominada *leucopenia* (diminuição dos glóbulos brancos, a qual pode ser causada por agentes externos) e, *em razão dessa específica circunstância*, tornava “*necessária* a realização de [outra] perícia para comprovar a invalidez permanente do segurado”³⁹, por força “*das peculiaridades que envolvem esse mal, entre elas a de que pode diminuir ou desaparecer quando afastado o fator externo que a determina*”⁴⁰. Em razão disso se entendeu não apenas que a produção da nova perícia era necessária, mas que sua não realização pela deliberada adoção dos resultados da perícia médica do INSS contrariava tanto o art. 130 do CPC quanto o próprio texto constitucional⁴¹.

Também no plano do STJ, considerou-se lícita a postura do juiz que exerceu de ofício seus poderes instrutórios, para realização de nova perícia com o objetivo de fixar o preço de indenização pela desapropriação de terras, pois no contexto dos autos havia fortes indícios de que “a área expropriada estivesse superavaliada”. Tal circunstância, além disso, se apresentava de maneira *objetiva* na situação sob exame, não apenas por força do valor (em si mesmo muito elevado), mas também em razão de tal fraude já ter “ocorrido em processos semelhantes e que levaram a processos e punições administrativas no INCRA/GO”⁴².

Ainda da jurisprudência do STJ e “tendo admitido expressamente o magistrado singular que as provas colacionadas aos autos não seriam suficientes para a verificação da alegada violação de cláusulas contratuais, deveria ter determinado, *ex officio*, sua realização”⁴³.

Os exemplos são numerosos e o espaço aqui muito curto para listá-los de maneira mais exaustiva. De todo modo e a partir dos acima descritos, o que significamos por *elementos objetivos* constantes dos autos (os quais impõem a atuação de ofício do juiz na seara instrutória), é a formação de contexto fático um tanto quanto semelhante, porém não tão restrito, ao do *erro de fato* autorizador da rescisão (CPC, art. 485, inc. IX). Nessa hipótese, como um dos pressupostos da rescisão, o órgão judicial precisa ter ignorado fato (leia-se aqui, *elemento* de fato) constante dos autos (que de tão evidente seria percebido por *qualquer* juiz), sobre o qual não houve controvérsia e, o que é mais importante, *em si mesmo capaz de alterar o resultado do julgamento da demanda*, caso tivesse sido levado em consideração.

Existindo nos autos quaisquer elementos (dados em geral ou, mesmo, *indícios*, enquanto *fato provado*) que apontem de maneira *objetiva* (isto é, que não dependam da avaliação *subjéctiva* do juiz, mas surjam nos autos de maneira perceptível a qualquer julgador), para desdobramentos capazes de alterar o rumo do convencimento, sua apuração é medida que se impõe ao órgão judicial. Mesmo porque, não podemos esquecer, está no seu estrito âmbito de atuação a avaliação das provas a partir de todos os “fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes” (CPC, art. 131).

Esses elementos muitas vezes são descritos como formadores de uma situação de *perplexidade* do juiz diante do material probatório formado nos autos. O problema é que tal vocábulo acaba passando a impressão de que se trataria de situação *esdrúxula*, *aberrante* mesmo e que, apenas assim, autorizaria sua correção de ofício. Em nosso sentir, no entanto, a existência desses *elementos objetivos* inexplorados (ou desconsiderados) no contexto fático dos autos, até não deixa de

ser gerador de alguma perplexidade. Porém, para tê-la por configurada (a tal perplexidade), bastará que o julgador se veja “diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas”⁴⁴. Nada mais exorbitante do que isso.

Parte respeitada da doutrina admite essa atuação de ofício, em termos que entendemos muito próximos aos aqui expostos. Fale-se, com propriedade, ser *dever* do magistrado atuar de ofício sempre que os próprios elementos de prova já produzidos evidenciem ou insinuem, de modo idôneo, a existência de outros inexplorados pelas partes⁴⁵, ou, mesmo quando se lhe revelar perceptível, com acentuado grau de convicção, o risco de perda de direito e/ou atribuição de bem jurídico indevidamente a uma das partes⁴⁶.

Embora amplíssima, a iniciativa probatória não representa um dever *ilimitado*, obviamente. É algo, como dissemos acima, essencialmente *complementar*: as partes apresentam os fatos e as provas que tiverem para atestá-los e o mosaico formado a partir daí *deverá* ser complementado pelo magistrado, sempre que revele nos autos o contexto (objetivo) acima descrito. Caso contrário, isto é, quando no caso concreto não se perceba a relevância e necessidade dessa atuação instrutória, terá havido abuso de poder, por mais que em seu íntimo (isto é, no seu âmbito de subjetividade) o magistrado afirme ter entendido necessária a produção da prova para a formação de seu convencimento⁴⁷.

8. Seja como for, o posicionamento aqui adotado representa inegável redução do espaço para que o órgão judicial se valha das regras do ônus da prova (e as correlatas presunções daí decorrentes) para julgar. O emprego dessa ferramenta de julgamento se torna cada vez mais excepcional, a partir do entendimento que encampamos aqui. Terá lugar, segundo nos parece, apenas quando seja *materialmente impossível* ao magistrado apurar de ofício determinado dado, constante dos autos e em si mesmo capaz de alterar sua percepção sobre o conjunto fático. Pensemos, por exemplo, na parte que se nega a custear a prova pericial; a submeter-se a inspeção médica ou, mesmo, a ceder material para realização de exame de DNA. Em situações como essas e não restando outra alternativa ao magistrado, senão valer-se dos fatos como aparecem retratados nos autos, não terá outra saída a não ser adotar as regras de julgamento fixadas pelo ônus (objetivo) da prova.

Mesmo aqui, porém, é preciso que se esteja atento para distorções cada vez mais comuns no cotidiano forense: *julgar de acordo com ônus objetivo de cada parte é algo completamente diferente de atribuir a alguém direitos mesmo quando não satisfatoriamente demonstrados*. Explicamos: não é incomum o autor da demanda demonstrar de maneira pouco nítida seu direito. Também não o é a res-

posta do réu vir tão inconsistente quanto a petição inicial (ou nem aparecer, no caso de revelia). Julga-se procedente o pedido, porque, apesar de deficitariamente subsidiado, não encontrou resistência suficiente a abalá-lo. Essa inconsistência por parte das razões do réu ou, mesmo, a falta de defesa, não torna por si só “verdadeira” a versão fática de duvidosa verossimilhança⁴⁸.

Não é demais lembrar que a presunção de veracidade que se franqueia ao magistrado nessa situação, para além de *relativa*, torna-se cada vez mais *restrita* a partir do *dever* de buscar a “verdade” para sobre ela proferir seu julgamento.

Quando o juiz se vê obrigado a lançar mão do ônus objetivo da prova para julgar, isso não pode levá-lo a *conferir direitos a quem não os tenha*. Ao contrário, a ferramenta do ônus objetivo da prova aparece justamente para evitar que considerem existentes fatos sobre os quais não existam provas convincentes⁴⁹. A ideia essencial, portanto, é a de que apenas acolha as razões do autor ou do réu, quando esteja completamente convencido sobre os fatos que aparecem como fundamento de uma ou de outra dessas manifestações⁵⁰.

Em síntese, essa *regra de julgamento* significa que o juiz, primeiramente, deverá identificar quais são os fatos constitutivos da pretensão e se estes aparecem convincentemente provados nos autos⁵¹ (independentemente, lembremos, de quem os tenha provado). Caso estejam, isso, por si só, ainda não ensejará a procedência do pedido. Deverá o juiz, em seguida, verificar se não estariam provados nos autos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos dessa pretensão do autor⁵². Caso existam, a hipótese, então, será a de rejeição da demanda. Caso contrário, de seu acolhimento⁵³.

9. Deve-se ter presente, ainda, ao encerrarmos este nosso ensaio, que a atuação complementar e oficiosa do juiz não deixa de ter certo grau de *excepcionalidade*. Nosso sistema positivo não comporta a figura de um “juiz instrutor”, muito menos tolera aquele que se vale desses seus poderes investigatórios sem fundamentos *objetivos*. Isto é, perceptíveis e justificáveis a partir da situação dos autos. Nesse terreno, a fronteira com a *parcialidade* é extremamente tênue. Por isso, entendemos perigosíssimo o entendimento de que os poderes instrutórios serviriam como instrumento de *calibragem* da relação processual: reequilibraria as forças dos litigantes, quando um deles revelasse acentuada inferioridade material ou cultural.

Em linhas gerais, a ideia seria a de propiciar, *dentro do processo*, ambiente no qual as partes possam litigar em igualdade substancial. Isto é, que qualquer vantagem de uma sobre a outra decorra, exclusivamente, da superioridade de seu direito⁵⁴. Essa seria a expressão de um processo *socialmente* efetivo⁵⁵,

na exata medida em que não deve servir apenas às partes, mas também à sociedade⁵⁶.

Por mais altruísta e bem intencionado que possa ser esse entendimento (alinhado a valores do Estado-provedor; da função social do processo etc.) e, mais ainda, por mais autorizados que possam ser seus defensores, sem elementos *objetivos* (isto é, sem dados constantes do conjunto fático retratado nos autos, como procuramos descrever acima) que exijam a intervenção do juiz, para nós, ficará comprometida sua *imparcialidade*.

Por mais mal representada que a parte possa se apresentar nos autos, não será essa sua condição o fator determinante a autorizar a atuação de ofício do juiz. Talvez, mesmo a partir da deficitária atuação no processo, seja perceptível ao órgão judicial a existência de elementos que exijam, objetivamente, melhor investigação. Aí sim, como dissemos acima, surgirá o dever de exercer seus poderes instrutórios. Mas o *discrimen* continua relacionado aos elementos constantes dos autos que exijam melhor apuração e não à condição peculiar da parte.

Qualquer vantagem processual que se der a um dos litigantes nesse plano, seja a que título for, resvalará, inexoravelmente, na perda da imparcialidade (ainda que apenas psicológica) do magistrado. Os valores que inspiram essa ou aquela diferenciação são apenas os vigentes em determinado momento histórico (não nos esqueçamos, por exemplo, das hoje impensáveis distinções entre cidadãos e não-cidadãos [mulheres, estrangeiros e escravos] no direito grego antigo⁵⁷, ou, mesmo, do papel destacado [e deletério] que os *privilégios* exerceram na vida jurídica da Baixa Idade Média⁵⁸). O tratamento imparcial, para o bem da segurança jurídica, deve ser sempre um só e contar, também, sempre, com o mesmo rigor.

Notas

¹ Aliás, há nessa evolução sensível correlação com o recrudescimento dos poderes instrutórios do juiz, embora não tenham se manifestado de maneira contemporânea em nosso ordenamento processual. Na versão original, o CPC se orientava, nesse aspecto, pelo princípio da incoercibilidade da pessoa humana (*nemo ad factum preacise cogi potest*). Isto é, no âmbito das relações civis nenhum homem poderia ser forçado pelo Estado (no caso, o Judiciário) a prestar qualquer obrigação. Esse preceito estava claramente embebido nos valores do Estado Liberal implantado a partir da Revolução Francesa e logo em seguida aparece estratificado no art. 1.142 do Código de Napoleão, cujo texto estabelecia que “toda a obrigação de fazer e de não fazer se resolve em perdas e danos no caso de inexecução por parte do devedor”. Essa mesmíssima ideia de se limitar a atuação estatal em relação à liberdade individual que se vê aí, na coerção pessoal, também aparece na limitação dos poderes do órgão judicial em outros segmentos dentro do processo. Mais especificamente, relacionado ao poder de sua instauração (que ficaria à *disposição* das partes) ou à própria participação do juiz na apuração dos fatos necessários ao julgamento. O objetivo, típico do ideário liberal, era limitar ao máximo, também aí, a atuação estatal.

² BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Correntes e Contracorrentes no processo civil contemporâneo, in *Temas de Direito Processual – nona série*, n. 1, p. 56. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

³ Não nos esqueçamos que, para além do art. 130, que figura como o vetor geral de orientação da postura ativa do juiz na instrução do processo, nosso CPC também permite de maneira mais especificada que o juiz determine, de ofício: a) o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre fatos da causa (art. 342); b) a exibição de documento e ou coisa (art. 355); c) a exibição de livros e documentos, extraindo-se deles o que puder interessar ao julgamento (art. 382); d) a inquirição ou acareação de testemunhas (art. 418); e) inspecionar pessoas ou coisas em qualquer fase do processo (art. 440).

⁴ Especialmente do pensamento de BARBOSA MOREIRA, cujos textos bem demonstram seu persistente esforço nos últimos trinta anos e cujos trabalhos serão recorrentemente citados por nós, neste texto, os quais também podem ser consultados com extremo proveito: As bases do Direito Processual Civil, in *Temas de Direito Processual*, primeira série, 2. edição, Saraiva: São Paulo, 1988; Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil, in *Temas de Direito Processual*, terceira série, Saraiva: São Paulo, 1984; A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo, in *Temas de Direito Processual*, terceira série, Saraiva: São Paulo, 1984; Breves reflexões sobre la iniciativa oficial en matéria de prueba, in *Temas de Direito Processual*, terceira série, Saraiva: São Paulo, 1984; Sobre a “participação” do juiz no processo civil, in *Temas de Direito Processual*, quarta série, Saraiva: São Paulo, 1989; O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos, in *Temas de Direito Processual*, quarta série, Saraiva: São Paulo, 1989; Os poderes do juiz na instrução do processo, in *Temas de Direito Processual*, quarta série, Saraiva: São Paulo, 1989; Dimensiones Sociales del Proceso Civil, in *Temas de Direito Processual*, quarta série, Saraiva: São Paulo, 1989; Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, in *Temas de Direito Processual*, sétima série, Saraiva: São Paulo, 2001; O processo, as partes e a sociedade, in *Temas de Direito Processual*, oitava série, Saraiva: São Paulo, 2004; Por um processo socialmente efetivo, in *Temas de Direito Processual*, oitava série, Saraiva: São Paulo, 2004.

Do mesmo modo e com igual proveito, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Os Poderes Instrutórios do Juiz*, São Paulo: Ed. RT, 3. edição, 2001; JOÃO BATISTA LOPES, *A Prova no Direito Processual Civil*, São Paulo: Ed. RT, 3. edição, 2006.

Concentrando a atenção no ônus da prova, LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO – *O ônus da prova no direito processual civil*, Ed. RT: São Paulo, 2001; RODRIGO XAVIER LEONARDO – *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.

⁵ A esse respeito, consultar, com proveito, o texto já clássico de JOHN HENRY MERRYMAN, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, cap. III, págs. 38-46, Fondo de Cultura Económica: México, 2ª edición, 9ª reimpresión, 2004.

⁶ Cfr. BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, cap. I, n. 1, p. 40, São Paulo: Malheiros, 7. ed., 2004.

⁷ Idem, op. cit. n. 2, p. 41.

⁸ Idem, op. cit. n. 3, p. 42.

⁹ É célebre a passagem de MONTESQUIEU, para quem os juízes não deveriam ser mais do que “a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados, que não podem moderar nem sua força, nem seu vigor.” (*O Espírito das Leis*, Livro XI, cap. VI, p. 175, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005).

¹⁰ Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil, in *Temas de Direito Processual*, terceira série, n. 3, p. 6, São Paulo: Saraiva, 1984.

¹¹ Cfr. VERDE, Giovanni, *Profili del Processo Civile*, v. 1, cap. IV, n. 3, p. 111, Jovene Editore: Napoli, 2002. E, como observa esse autor, tanto tomado em seu sentido amplo (o que corresponderia, basicamente, ao poder da parte de propor a demanda) quanto estrito (já mais relacionado ao ambiente interno do processo, com o poder da parte de produzir provas e de a partir delas estabelecer os limites da decisão judicial).

¹² Cfr. BOBBIO, Norberto, A Função Promocional do Direito, in *Da Estrutura a Função*, n. 6, p. 13, Ed. Manole: São Paulo, 2007.

¹³ Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil, n. 3, p. 7.

¹⁴ *Direito Processual Civil*, vol. 1, § 49, p. 286. Campinas: Ed. BookSeller, 1999.

¹⁵ Diferentemente do que ocorre, por exemplo, na legislação processual civil italiana, de acordo com a qual o juiz, salvo exceções previstas em lei, deve se ater às provas trazidas pelas partes ou pelo ministério público (*art. 115 – salvi i casi previsti della legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero*).

¹⁶ Op. e loc. cit.

¹⁷ Na jurisprudência do STJ, tem-se que a “iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da justiça” (AgRg no REsp 738576-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.8.2005, DJ 12.9.2005). Em sentido semelhante, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER anota que “se o processo é direito público, toda a questão ligada ao interesse das partes fica, sob essa ótica, esmaecida. Não tem sentido, assim, falar-se em que o juiz teria “favorecido” uma das partes. Ao magistrado interessa a busca da verdade, e, se casualmente, com essa busca, indiretamente, estiver ‘favorecendo uma das partes’, isso importa nada ou muito pouco” (*Reflexões sobre o ônus da prova*, in REpro 76, p. 143, São Paulo: Ed. RT, 1994). Do mesmo modo, BARBOSA MOREIRA anota que “o interesse do Estado na atuação *correta* do ordenamento, por meio do aparelho judiciário, sobre põe-se ao interesse privado do litigante, que aspira acima de tudo a ver satisfeitas as suas próprias pretensões” (As bases do Direito Processual Civil, in *Temas de Direito Processual*, primeira série, n. 7, p. 11, 2. edição, São Paulo: Saraiva, 1988).

¹⁸ Fundamento del Principio Dispositivo, in *Problemi del Processo Civile*, n. 9, p. 15, Morano, 1962.

¹⁹ Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, in *Temas de Direito Processual*, Tomo 7, n.3, p. 23, São Paulo: Saraiva, 2001.

²⁰ Como lembra DINAMARCO, “o processo civil moderno repudia a ideia do juiz *Pílatos*, que, em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo falha aos litigantes”. (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, n. 88, p. 224, São Paulo: Malheiros, 3. edição, 2003).

²¹ Lembrando, também, das palavras de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, “quando os fatos a serem esclarecidos fazem com que emerja a verdade, no sentido de que B, e não A, tem direito, não se pode dizer que o juiz esteja perdendo sua neutralidade, deixando de ser imparcial

ou 'pendendo' para uma das partes." (*Reflexões sobre o ônus da prova*, in REpro 76, p. 143, São Paulo: Ed. RT, 1994).

Nesse aspecto, aliás, é interessante a observação de CÂNDIDO DINAMARCO, para quem "o juiz *mudo* tem também algo de *Pilatos* e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça" (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, n. 88, p. 225). *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, n. 88, p. 224, São Paulo: Malheiros, 3. edição, 2003. Do mesmo modo, para BARBOSA MOREIRA é inexorável que "ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito". Assim e da perspectiva do acerto e daquilo que se poderia identificar como a *justiça* da decisão, "ao juiz não apenas é lícito preferir a vitória da parte que esteja com a razão, seja ela qual for, senão que lhe cumpre fazer tudo que puder para que a isso realmente se chegue – inclusive, se houve necessidade, pondo mãos à obra para descobrir elementos que lhe permitam reconstruir, com a maior exatidão possível, os fatos que deram nascimento ao litígio, pouco importando que, afinal, sua descoberta aproveite a um ou a outro litigante." (*Reflexões sobre a imparcialidade do juiz*, in *Temas de Direito Processual*, Tomo 7, n.6, p. 29-30, São Paulo: Saraiva, 2001).

²² A esse respeito, vale consultar, BARBOSA MOREIRA, Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en matéria de prueba, in *Temas de Direito Processual*, Tomo 3, n.2, p. 83-84, São Paulo: Saraiva, 1984; Desse mesmo autor, também, Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, in *Temas de Direito Processual*, Tomo 7, n.6, p. 29-30, São Paulo: Saraiva, 2001.

²³ Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Os poderes do juiz na instrução do processo, in *Temas de Direito Processual*, Tomo 4, n.3, p. 47, São Paulo: Saraiva, 1989.

²⁴ Idem, Dimensiones Sociales del Proceso Civil, in *Temas de Direito Processual*, Tomo 4, n.4.2, p. 33, São Paulo: Saraiva, 1989.

²⁵ Idem, Sobre a "participação" do juiz no processo civil, in *Temas de Direito Processual*, Tomo 4, n.10, p. 66. São Paulo: Saraiva, 1989.

²⁶ Fundamento del Principio Dispositivo, in *Problemi del Processo Civile*, n. 1, p. 3, Morano, 1962.

²⁷ Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Os poderes do juiz na instrução do processo, in *Temas de Direito Processual*, Tomo 4, n.1, p. 46. São Paulo: Saraiva, 1989.

²⁸ Conforme um dos autores deste texto já teve a oportunidade observar em outro espaço: LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLAVIO ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1, n. 31.10, p. 415. São Paulo: Ed. RT, 9. edição. 2007.

²⁹ Cfr. JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil*, § 50, n. II, 25. edição, p. 272. Coimbra: Almedina, 2002.

³⁰ Cfr. ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, n.187, 9. edição, p. 407. São Paulo: Ed. RT, 2005.

³¹ Cfr. JAUERNIG, Othmar, op. e loc. cit.

³² Como um dos autores desde texto já anotou em outro espaço, "o ônus da prova é de fundamental importância quando *não há prova* de determinado fato no processo. (...) Se *há prova* nos autos (ou seja, se ela foi produzida, não importando por quem), as regras do ônus da prova são

totalmente desnecessárias.” (LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLAVIO ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1, n. 31.10, p. 415, São Paulo: Ed. RT, 9. edição. 2007).

³³ Cfr. RÁO, Vicente, *O Direito e a Vida dos Direitos*, n. 390, p. 527. 5. edição. São Paulo: Ed RT, 1999.

³⁴ Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria Geral do Processo*, n. 7.26, p. 133. São Paulo: Ed. RT, 2006.

³⁵ Nesse mesmo sentido (da complementariedade), entre nós, LUIZ FUX, *Curso de Direito Processual Civil*, parte IV, n. 1, p. 691. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2. edição, 2004. Também, JOÃO BATISTA LOPES, *A Prova no Direito Processual Civil*, n. 30.7.8, p. 199.

³⁶ STJ – 4ª Turma, REsp 222445/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 7.3.2002, DJ 29.4.2002. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, n. 784, p. 55. 3. edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

³⁷ STJ – 2ª Turma, REsp 507167/SC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 8.11.2005, DJ 5.12.2005. Na doutrina, mais uma vez, DINAMARCO, Cândido Rangel, op. e loc. cit.

³⁸ Para BEDAQUE, por exemplo, “parece correto afirmar que a necessidade de produção de prova deve ser aferida pelos elementos dos autos. Para concluir pela realização de determinada diligência instrutória, o julgador leva em conta, exclusivamente, dados obtidos no processo.” (*Os Poderes Instrutórios do Juiz*, n. 3.8, p. 154).

³⁹ STJ – 3ª Turma, AgRg no Ag 363.969/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 5.4.2001, DJ 28.5.2001.

⁴⁰ STJ – 4ª Turma, REsp 248297/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 25.4.2000, DJ 5.6.2000.

⁴¹ STJ – 3ª Turma, REsp 822.207/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 16.11.2006, DJ 18.12.2006.

⁴² STJ – 2ª Turma, REsp 651.294/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 15.12.2005, DJ 6.3.2006.

⁴³ STJ – 4ª Turma, REsp 629.312/DF, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 27.3.2007, DJ 23.4.2007.

⁴⁴ STJ – 3ª Turma, REsp 345.436/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 7.3.2002, DJ 13.5.2002. Em trecho da ementa desse Acórdão está consignado que “não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas”.

⁴⁵ Cfr. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, n. 784, p. 56.

⁴⁶ Cfr. ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, n.190, p. 410. 9. edição. São Paulo: Ed. RT, 2005.

⁴⁷ Afirmamos isso também a partir de exemplo coletado na jurisprudência do STJ, já citado linhas acima e no qual discutia-se a legalidade da posição adotada pelo Tribunal *a quo*, ao converter o

feito em diligência para produção de prova pericial. Como o STJ percebeu que o fato constitutivo do direito do autor (rompimento ou não de contrato de distribuição) não seria influenciado pela perícia, ainda mais diante de outras provas constantes dos autos, entendeu incabível a dilação probatória, mesmo sob o argumento do órgão de segundo grau de que tal avaliação seria indispensável para a correta formação de seu convencimento (STJ – 3ª Turma, REsp 345.436/SP, Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 7.3.2002, DJ 13.5.2002).

⁴⁸ No plano da revelia, MARIA LÚCIA L. C. DE MEDEIROS observa, ainda, que isso “significa dizer que, realmente, o efeito da revelia de que trata o art. 319 do CPC não equivale à presunção nem mesmo relativa, pois, na presunção relativa, há a inversão do ônus da prova e, no caso da revelia, essa inversão não acontece necessariamente: ao autor continua cabendo a prova do fato constitutivo do seu direito.” (*A Revelia sob o Aspecto da Instrumentalidade*, n. 3.1., p. 107. São Paulo: Ed. RT, 2003).

⁴⁹ Aliás e analisando justamente o perfil *objetivo* do ônus da prova, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, percebe que, ao se valer dessa ferramenta, “o magistrado como que olhará para trás, para a fase em que todos terão produzido provas: autor, réu e ele mesmo. Apesar disso, não restou provado o direito do autor. Segundo o art. 333 a quem teria incumbido demonstrar esse direito? Ao autor. Então, e só então, deverá o juiz extinguir o processo, com uma sentença de mérito, dando o pedido formulado pelo autor por improcedente.” (*Reflexões sobre o ônus da prova*, in REpro 76, p. 143. São Paulo: Ed. RT, 1994).

⁵⁰ Cfr. VERDE, Giovanni, *Profili del Processo Civile*, v. 1, cap. IV, n. 5, p. 121.

⁵¹ Idem, op. cit., p. 122.

⁵² Idem, op. e loc. cit.

⁵³ Idem, op. e loc. cit.

⁵⁴ Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Dimensiones Sociales del Proceso Civil*, in *Temas de Direito Processual*, Tomo 4, n.4.1, p. 31. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁵⁵ Idem, Por um processo socialmente efetivo, in *Temas de Direito Processual*, oitava série, n.1, p. 15. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁵⁶ Idem, op. cit., n.7, p. 40.

⁵⁷ A respeito, CYNTHIA PATTERSON, Athenian Citizenship, n. 14, págs 267-289, in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. New York: Cambridge University Press, 2005.

⁵⁸ A respeito, JOHN GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, segunda parte, cap. 1, aliena ‘c’, n. 2, p. 291. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 4. edição, 2003.

Resumo

Os autores propõem estudar as implicações entre a atividade instrutória do órgão judicial e o ônus da parte de provar. Destarte, analisam os traços essenciais dos poderes instrutórios do juiz, para, em seguida, avaliar como o sistema positivo

pátrio vislumbra o ônus das partes de provar os fatos que alegam. Com isso, procuram demonstrar o ponto de equilíbrio entre o ônus das partes e os poderes do magistrado.

Palavras-chave: Atividade instrutória do juiz – Ônus da parte de provar.

Abstract

The authors propose to study the implications of judicial preliminary investigation activity and burden of proof by parts. Thus, they analyse the essential powers of judge's investigation and evaluate how the legal system conceives burden of proof about facts alleged by parts, in order to demonstrate the balance between burden of proof by parts and magistrate's powers.

Keywords: Judicial preliminary investigation activity – Burden of proof by parts.

Pietro Lemos Costa

Professor de Direito da UPIS. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Público. Analista Processual do MPU/MPM.

A Proteção das Minorias nos Sistemas Regionais, Europeu e Interamericano de defesa dos direitos humanos

Intenta-se neste artigo propor que os instrumentos dos Sistemas Regionais, Europeu e Interamericano de defesa dos direitos humanos, devem ser empregados para asseverar e promover os direitos das minorias étnicas e nacionais, todavia devem ser mantidos e aprimorados seus aspectos positivos e supridas as suas limitações.

Introdução

Historicamente, os Estados relutam em ratificar os direitos das minorias, porquanto tentam evitar riscos que comprometam sua integridade territorial e política¹.

A luta das minorias pela consecução de seus direitos tem propiciado o incremento de conflitos armados. Essa realidade preocupante torna a proteção das minorias um dos desafios mais tensos do direito internacional². Diversos Tratados e Instituições têm sido criados com o propósito de organizar a proteção dos grupos minoritários.

O que se objetiva nesse trabalho é uma exposição das linhas fundamentais do sistema europeu e interamericano de defesa dos direitos humanos, no que tange à salvaguarda das minorias étnicas e nacionais, acentuando seus aspectos positivos e limitações.

1. Definição do termo “Minorias”

Muitos Estados possuem minorias no bojo de suas fronteiras. Malgrado inexistam estatísticas seguras, há estimativas de que 10% a 20% da população mundial compreenda minorias étnicas e nacionais³.

Ou seja, entre 600 milhões e 1,2 bilhão de pessoas necessitam de medidas especiais para a tutela de seus direitos, tendo em mira que as minorias se situam, frequentemente, entre os grupos mais frágeis da sociedade, e seus integrantes são sujeitos à discriminação e à injustiça social, e excluídos da atuação na vida pública e política.

Entretanto o termo “minorias” pode gerar entendimentos equivocados. Fora da Europa e, sobretudo, na África, os países são constituídos por uma ampla quantidade de grupos étnicos e nacionais, sendo que nenhum deles formam a maioria.

A definição de um grupo minoritário pode variar, de acordo com cada contexto cultural específico, mas, via de regra, alude a um grupo o qual, ainda que não seja, em termos numéricos, uma minoria, encontra-se em situação de vulnerabilidade ou desvantagem, de modo a ostentar menos poder (político ou econômico) do que o grupo dominante⁴.

Assim, a condição de uma minoria é estabelecida por uma relação política. As minorias étnicas e nacionais são grupos que se distinguem da maioria da população, em decorrência de sua língua, religião, nacionalidade e/ou cultura⁵.

Algumas minorias desenvolvem relações com territórios específicos e isso contribui para a consolidação de sua identidade cultural coletiva. Todavia, definir as minorias segundo um critério territorial é insuficiente, visto que há minorias étnicas e nacionais, como o povo cigano e alguns povos indígenas nômades, que estão dispersas geograficamente.

O artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁶ tem balizado a atuação do Comitê de Direitos Humanos⁷:

Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, às pessoas pertencentes a essas minorias não deve ser negado o direito de, em comunidade com outros membros de seu grupo, desfrutar de sua própria cultura, professar e praticar sua própria linguagem.

O direito à identidade, em muitos aspectos, representa a bandeira principal na luta pela defesa dos direitos das minorias. Os elementos que perfazem tal identidade podem ser de natureza étnica, religiosa ou linguística, ou mais de um, em combinação⁸.

O Direito Internacional, como acentuam Kälin e Künzli⁹, tem adotado três diferentes níveis para a proteção das minorias. No nível individual, os membros de minorias étnicas, religiosas ou linguísticas possuem o direito de fruir de sua própria cultura, de professar e praticar sua própria religião, e de usar sua linguagem com outros adeptos de seu grupo (artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos). No nível coletivo, há instrumentos regionais para a proteção de minorias nacionais e minorias linguísticas perfileados pelo Conselho da Europa em 1992 e 1995, respectivamente. Em arremate, no nível global, o Direito Internacional tem se

incumbido da proteção de povos indígenas, especialmente com a Convenção Internacional nº 169 das Organizações de Trabalho dos Indígenas e Povos Tribais¹⁰, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007.

Pertine advertir que os direitos das minorias, no enfoque contemporâneo dos direitos humanos, têm sido reconhecidos como direitos dos indivíduos, e não como direitos coletivos ou de grupos¹¹.

Há que se distinguir, pois, entre os direitos coletivos dos indivíduos em face de participarem ou de serem vistos como membros de um grupo especial (coletivo como adjetivo) e direitos coletivos decorrentes de uma concepção corporativa. Destarte, o artigo 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos notadamente evita a abordagem corporativa, ao aduzir que os direitos são para as pessoas pertencentes às minorias¹².

Os direitos das pessoas que participam de grupos minoritários diferem do direito dos povos à autodeterminação¹³. Os primeiros são individuais, ainda que na ampla maioria das situações possam apenas ser desfrutados em conjunto com os outros.

O direito dos povos, ao revés, é coletivo. Embora o direito dos povos à autodeterminação esteja sedimentado pelo Direito Internacional, mormente pelo artigo 1º¹⁴, comum aos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos, quais sejam, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁵, ele não alcança as pessoas que constituem minorias.

Entretanto isso não exclui a possibilidade de que as pessoas que integram grupos nacionais e étnicos possam, em determinados contextos, apresentar demandas calcadas nos direitos individuais de pessoas que compõem minorias e, em outras situações, quando atuando coletivamente, nortear as suas reivindicações no direito à autodeterminação¹⁶.

Crucial observar que, tanto no plano das Nações Unidas, como no da OEA, há uma diferenciação entre os direitos de pessoas pertencentes a minorias e os daqueles dos povos indígenas. Os povos indígenas possuem demandas específicas (essencialmente coletivas) que não são bem atendidas pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos de Pessoas que Pertencem a Minorias Nacionais, Étnicas, Religiosas e Linguísticas¹⁷, a qual será abordada adiante.

Preconiza Heintze¹⁸, a propósito, que os direitos dos povos indígenas, sob o prisma técnico do Direito Internacional, ao contrário dos direitos humanos e da proteção das minorias, não cabem ser analisados pela esfera de regulação dos direitos individuais. Por conseguinte, a disciplina jurídica dos povos indíge-

nas insta recair sobre o plano dos direitos coletivos, eis que trata-se aqui de direitos de grupos, e não de indivíduos considerados singularmente. Sublinha o autor, ademais, que se consolidou a posição de que minorias étnicas, linguísticas, culturais ou religiosas não podem requerer o *status* de povos indígenas, haja vista que estes já antes da colonização povoavam uma área e ali viviam de maneira continuada, e a sua identidade foi reconhecida pelos Estados em que se encontravam¹⁹.

Observe-se que as pessoas pertencentes aos povos indígenas podem buscar a proteção de seus direitos mediante o recurso a todos os instrumentos internacionais de proteção às minorias e aos direitos humanos em geral.²⁰

2. O Sistema Europeu de proteção dos Direitos Humanos e seus principais instrumentos de defesa das minorias

2.1 A Convenção Europeia para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e a corte europeia de direitos humanos

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais²¹ inaugurou o primeiro sistema regional de direitos humanos. Ela já foi revista por vários protocolos. Em 1998, a Corte Europeia de Direitos Humanos se tornou o primeiro tribunal permanente de direitos humanos do mundo.

Com a entrada em vigor do Protocolo nº 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em 1º/11/1998, foi instaurada a Corte Europeia de Direitos Humanos permanente.

Todos os Estados que perfazem o Conselho da Europa²² são parte da Convenção, mas alguns ratificaram com reservas a Convenção e os seus Protocolos. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, ademais, prevê mecanismos de petição/reclamação de indivíduos ou grupos contra violações de suas disposições por Estados-partes.

A Corte Europeia de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional responsável pelo julgamento de violações dos direitos previstos na Convenção e em seus protocolos, e todos os seus julgamentos são vinculantes para os Estados-partes. Entretanto cabe ressaltar que a Corte não atua como tribunal de apelação para as decisões judiciais internas. Ela julga somente se o Estado cumpriu as suas obrigações estipuladas na Convenção e dificilmente julga se este poderia ou deveria ter perfilhado políticas mais consentâneas para a promoção dos direitos estipulados na Convenção Europeia.

A Convenção Europeia prevê um rol restrito de direitos, essencialmente civis e políticos, não fazendo menção explícita aos direitos das minorias.

A Corte não considera a situação geral das minorias dentro de um país, limitando-se a julgar casos isolados.

A única alusão expressa às minorias na Convenção Europeia está no art. 14: “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, o pertencimento a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.

Apesar do termo “minorias nacionais” não estar definido na Convenção Europeia, a jurisprudência da Corte tem se manifestado que tratar “qualquer pessoa, organização não-governamental ou grupo de indivíduos” de forma discriminatória, por qualquer dos motivos aduzidos no art. 14, e sem uma justificativa objetiva e razoável, implica a violação da Convenção²³.

O rol de formas de discriminação (por sexo, raça, cor, língua etc) desse artigo não é taxativo, portanto não exclui outras formas de discriminação não expressamente previstas.

O direito à não-discriminação deve ser sempre invocado em relação a uma suposta violação de outro direito protegido pela Convenção. Por conseguinte, quem recorre à Corte Europeia utilizando a alegação de ter sido vítima de discriminação necessita comprovar a violação de algum direito específico, previsto em outro artigo da Convenção. À guisa de exemplo, pode ocorrer a discriminação contra uma minoria nacional no tocante ao gozo do direito à liberdade de expressão, que consta no art. 10 da Convenção, ou ao gozo do direito à liberdade de associação, previsto no art. 11.

2.1.1 O Protocolo N° 12 à Convenção Europeia

O Protocolo n° 12 à Convenção Europeia, promulgado pelo Conselho da Europa no dia 4/11/2000, e em vigor desde 1º/1/2004, passou a prever um direito à não-discriminação independente de outros direitos previstos na Convenção Europeia, bem como a proibir a discriminação no exercício de quaisquer “direitos estabelecidos em lei”, mesmo quando tais direitos não são protegidos pela Convenção Europeia, sendo apenas pelas leis nacionais.

Os Protocolos à Convenção Europeia de Direitos Humanos podem ser divididos em dois grupos: os que modificam os mecanismos da Convenção e aqueles

que acrescem novos direitos aos já protegidos pela Convenção. Os primeiros reclamam ratificação unânime para entrar em vigor, ao passo que os últimos são protocolos opcionais que só entram em vigor nos Estados que os ratificaram (após terem sido ratificados por um certo número de países)²⁴.

O Protocolo nº 12 estende a proteção contra a discriminação aos casos em que esta se opera, ou é perpetrada: no gozo de qualquer direito assegurado a um indivíduo pela legislação nacional; no gozo de um direito que possa ser inferido de uma obrigação clara de uma autoridade pública prevista na legislação nacional, isto é, quando a autoridade pública está obrigada, pela legislação nacional, a se comportar de uma maneira específica; por uma autoridade pública no exercício de seu poder discricionário, como na concessão de subsídios; por qualquer outra ação ou omissão de uma autoridade pública, como, por exemplo, o comportamento de agentes incumbidos da execução da lei no controle de um motim²⁵.

Muitos países europeus, no entanto, não ratificaram o Protocolo nº 12 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, como Andorra, Bulgária, Dinamarca, França, Lituânia, Suécia, Suíça, Reino Unido, entre outros. Tal posição limita as decisões da Corte Europeia em casos de discriminação, pois os Estados mais populosos da Europa – incluindo o Reino Unido – não ratificaram o Protocolo.

2.2 A Recomendação Nº 1134

Na Recomendação nº 1134, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa criou a base para a distinção entre os direitos individuais e coletivos das minorias²⁶.

Enquanto prevê o direito de todo cidadão ter acesso igualmente aos tribunais, e conclama à introdução de um princípio geral da não-discriminação na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a supramencionada Recomendação afirma ainda que as minorias nacionais têm o direito de serem reconhecidas pelos Estados em que vivem; de manter suas próprias instituições educacionais, religiosas e culturais, e de participar plenamente na tomada de decisões sobre assuntos que afetam a preservação e o desenvolvimento da sua identidade, bem como na implementação dessas decisões²⁷.

2.3 A Convenção-Quadro para a proteção das minorias nacionais

Em 1995, o Conselho da Europa adotou a Convenção-Quadro²⁸ para a Proteção das Minorias Nacionais, que entrou em vigor em 1998. Foi o primeiro e mais

completo instrumento multilateral legalmente vinculante que se prestou à salvguarda das minorias nacionais²⁹.

A Convenção-Quadro converte em obrigações legais ou compromissos políticos assumidos em 1990 no Documento do Encontro de Copenhague da Conferência sobre a Dimensão Humana da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa (seção IV, parágrafos 30 e 40)³⁰.

A Convenção-Quadro pode ser ratificada por Estados que integram o Conselho da Europa, e os Estados que não o integram podem aderir por convite do Comitê de Ministros. A adesão à Convenção é obrigatória, ao menos em termos políticos, para os Estados que almejam integrar o Conselho da Europa³¹.

A Convenção-Quadro contém disposições programáticas, que relacionam princípios e objetivos que devem balizar os Estados na proteção das minorias existentes em seus territórios. Expõe, também, um amplo conjunto de obrigações dos Estados. A concretização de tais princípios e objetivos deve se processar no âmbito nacional, por meio da adoção de legislação e políticas internas³².

A Convenção-Quadro é uma iniciativa louvável, mas não se pode deixar de indicar, entre suas deficiências, a de não contemplar nenhum dispositivo de petição de grupos ou indivíduos contra violações perpetradas por Estados-partes. O principal mecanismo de seu monitoramento é a submissão, pelos Estados-partes, de relatórios periódicos. A responsabilidade definitiva pela análise de tais relatórios incumbe ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

A Convenção não dispõe de uma definição de “minorias nacionais”, sendo que muitos Estados-partes consignaram as suas próprias definições quando ratificaram a Convenção, como a Áustria, Estônia, Alemanha, Dinamarca, Polônia, Eslovênia, Suíça, Suécia e a antiga República Iugoslava da Macedônia³³. Muitas das declarações feitas pelos países excluíram aqueles que não são cidadãos e os imigrantes da proteção da Convenção, e outros identificam os grupos específicos a quem a Convenção se aplica, o que tem culminado em muitas controvérsias. Liechtenstein, Luxemburgo e Malta, por exemplo, são Estados-partes da Convenção que declaram não haver minorias nacionais no âmbito de seus territórios³⁴.

Dois princípios basilares da Convenção-Quadro estão dispostos no artigo 1º, que declara que a proteção das minorias nacionais é parte integrante da proteção dos direitos humanos; e no artigo 22, que explicita que essa Convenção não pode ser utilizada para encurtar os parâmetros existentes de proteção. Destarte, a Convenção-Quadro, para atender satisfatoriamente ao fim de fortalecer a proteção

aos direitos das minorias, necessita de ser lida e interpretada em cotejo com outros instrumentos de direitos humanos, como a Convenção Europeia.

O artigo 4º da Convenção-Quadro apregoa os princípios fundamentais da não-discriminação e da igualdade, elucidando que as obrigações de um Estado podem também requerer ações afirmativas por parte do governo e não somente a abstenção de discriminar. Os Estados devem adotar, sempre que indispensável, medidas voltadas à promoção da igualdade plena e eficaz entre as pessoas pertencentes a uma minoria nacional e aqueles que perfazem a maioria, tendo em conta as condições específicas das minorias nacionais.

As providências adotadas para garantir a igualdade efetiva não devem ser tidas como discriminatórias em si mesmas.

Nessa esteira, a Convenção-Quadro reconhece que a discriminação não se circunscreve aos casos em que a pessoa ou grupo é tratado de maneira pior do que outro grupo semelhante.

Ora, há discriminação quando se trata grupos diferentes de forma igual: tratar uma minoria e a maioria igualmente significa discriminar a minoria.

Os Estados-partes dessa Convenção têm, ainda, as obrigações de³⁵:

- promover as condições necessárias para que as minorias mantenham e desenvolvam a sua cultura e identidade;
- encorajar a tolerância, o respeito mútuo e o entendimento entre todas as pessoas que vivem no seu território;
- proteger os direitos de liberdade de associação, expressão, pensamento, consciência e religião;
- facilitar o acesso à mídia dominante e promover a criação e uso de mídia minoritária;
- reconhecer o direito de uso de uma língua minoritária na vida particular e pública e exibir informação na língua minoritária;
- reconhecer oficialmente sobrenomes e os primeiros nomes na língua minoritária;
- esforçar-se para assegurar o direito de usar a língua minoritária diante de autoridades administrativas e de exibir indicações topográficas bilíngues na língua minoritária em áreas habitadas por minorias nacionais “tradicionalmente” ou “em números substanciais”;
- fomentar o conhecimento da cultura, história, língua e religião tanto da maioria como da minoria;

- reconhecer os direitos das minorias de estabelecer e administrar os seus próprios estabelecimentos de ensino e de aprender a sua língua;
- esforçar-se para assegurar que haja oportunidades adequadas para se ensinar na língua minoritária, em áreas tradicionalmente habitadas por minorias nacionais ou onde elas vivam em “números substanciais”;
- criar as condições necessárias para a participação efetiva de integrantes de minorias nacionais na vida econômica, social e cultural, bem como nas questões públicas, em particular aquelas que os afetem;
- abster-se de adotar medidas que alterem a proporção da população em áreas habitadas por minorias;
- não impedir o exercício do direito de manter contatos do outro lado das fronteiras e de participar de atividades de organizações não-governamentais nacionais e internacionais.

3. Casos da jurisprudência da Corte Europeia envolvendo o Povo Cigano, o Povo Indígena Sami e minorias nacionais como os Macedônicos e Eslovenos

3.1 O Povo Cigano

Diversos casos envolvendo o povo cigano (“Roma people”, no singular – “Rom”, também chamados de “gypsies”) têm sido julgados pela Corte Europeia, respaldando-se na Convenção-Quadro sobre a Proteção das Minorias³⁶.

Os ciganos formam um grupo étnico muito diversificado, cujas divisões internas são assentadas em diferenças linguísticas, culturais e territoriais. Uma parte significativa desse povo é oriunda das regiões de Punjab e Rajastão, na Índia, que começou a migrar para a Europa e para a África Setentrional através do planalto iraniano por volta de 1050. Hodiernamente, há a estimativa de que existe, no mundo, de 8 a 10 milhões de ciganos³⁷.

Muitos desses casos envolvem a resistência das autoridades locais em conceder permissão aos ciganos para estacionar as caravanas nas suas terras. A Corte já considerou que as caravanas representam parte integrante da identidade étnica do povo cigano, tendo em vista a sua longa tradição de seguir um estilo de vida nômade³⁸.

A Corte admitiu que não pode delimitar parâmetros gerais de conduta para os Estados, porquanto esses deverão avaliar cada situação específica. Em contrapartida, considerou que “*a posição vulnerável dos ciganos, como uma*

minoria, significa que devem ser consideradas as suas especiais necessidades e estilos de vida”³⁹.

3.2 O Povo Indígena Sami

O povo indígena Sami é um dos maiores da Europa e encontra-se na Noruega, Finlândia, Suécia e Rússia. Os Sami possuem sua própria língua, que apresenta muitas variações, e também uma peculiar identidade étnica e cultural, usos, costumes e tradições.⁴⁰ Vivem, tradicionalmente, da caça, pesca, criação de renas, agricultura e artesanato. Essas atividades têm sido afetadas pela mineração, desmatamento e construção de hidrelétricas.

Atualmente, existem organizações políticas e culturais Sami nos quatro países, e um Parlamento Sami em cada um dos três países escandinavos (Noruega, Suécia e Finlândia). Os governos desses três países assinaram a Convenção Nórdica Sami, reconhecendo a esse povo o direito à autodeterminação; há medidas especiais para a promoção de sua cultura, língua, costumes e tradições; direito à terra, à água, aos recursos naturais etc⁴¹.

Alguns componentes dos Samis da Noruega veicularam denúncias às instituições do sistema regional europeu de direitos humanos (Comissão Europeia de Direitos Humanos, caso G. e E. v. Noruega), argumentando que a construção de uma usina hidrelétrica inundaria terras utilizadas como pastagens para os seus rebanhos de renas e veados.

Por derradeiro, a Comissão considerou que, naquele caso específico, a construção da usina hidrelétrica seria justificável em face de ser importante para o bem-estar econômico do país, e que não havia transgressão do direito à vida privada (artigo 8º da Convenção), vez que as terras que seriam inundadas eram muito pequenas em relação à vasta extensão territorial no norte da Noruega usada pelos Sami para a criação de renas e para a pesca.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU também já recebeu denúncias do povo Sami atinentes ao impacto de atividades madeireiras sobre terras utilizadas para a criação de renas⁴², atividade que é observada tradicionalmente por esse povo indígena. Os Samis argumentaram que seu direito de usufruir de sua cultura, garantido pelo artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, estava sendo descumprido pela veemente devastação ambiental protagonizada pelas madeireiras. Em momento ulterior, argumentaram que as atividades madeireiras em suas terras estariam destruindo a vegetação necessária à alimentação das renas no inverno, comprometendo a sustentabilidade econômica dessa atividade.

Ressalte-se, por ora, as minorias macedônicas e eslovenas.

3.3 As Minorias Macedônicas e Eslovenas

Os peticionários do caso *Sidiropoulos v. Grécia* aderiram a minoria macedônica do norte da Grécia. Fundaram uma associação denominada “O lar da civilização macedônica”. As autoridades gregas se recusaram a promover o registro da associação, sustentando que essa tinha intenções separatistas. Nesse viés, a Corte considerou, por unanimidade, que a justificativa das autoridades gregas de que a associação simbolizava uma ameaça à integridade territorial do país se baseava em uma mera suspeita, e que o direito à liberdade de associação havia sido violado⁴³. O caso data de 1998, com sentença proferida no mesmo ano, em 10 de julho⁴⁴.

Existem, ademais, casos de concessão de licenças para estações de rádio e televisão que estão ligados a manifestações culturais e ao direito de liberdade de expressão de minorias. O caso *Informationsverein Lentia e outros v. Áustria*, apesar de ter como foco o monopólio das telecomunicações na Áustria, está associado com a discriminação contra a minoria eslovena no país⁴⁵.

Destarte, os peticionários almejavam transmitir programas de rádio na língua eslovena, precipuamente na região bilíngue do sul da Caríntia, com o escopo de promover a língua e a cultura eslovenas, bem como a cooperação com outras estações de rádio da antiga Iugoslávia e da Itália. A Corte admitiu que houve afronta ao direito de expressão, haja vista que o monopólio da Áustria sobre os meios de comunicação estava obstando os peticionários de apresentar os seus programas de rádio na língua eslovena.

4. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e os seus principais instrumentos de proteção às minorias

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi assinada em San José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, motivo pelo qual é também conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”⁴⁶. Entrou em vigor apenas em 1978. Em 1988, a OEA adotou o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o chamado “Protocolo de San Salvador”.

De acordo com dados da Organização dos Estados Americanos⁴⁷, dos 35 Estados-membros da OEA, 25 são hoje partes da Convenção Americana. O Estado Brasileiro aderiu à Convenção somente em 25 de setembro de 1992⁴⁸, mediante o Decreto 678, de 6 de novembro de 1992⁴⁹.

Em contraste com o sistema regional europeu de direitos humanos, que assegura o acesso imediato de qualquer indivíduo à Corte Europeia de Direitos Humanos, o sistema interamericano permite que apenas a Comissão Interamericana e os

Estados-partes submetam um caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵⁰.

A Comissão tem, entre as suas atribuições, que preparar relatórios acerca da situação dos direitos humanos nos países americanos e investigar denúncias de violações de direitos humanos, previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (que se aplica a todos os países membros da OEA), e na Convenção Americana de Direitos Humanos (que se aplica apenas aos Estados que a ratificaram)⁵¹. A adesão da jurisdição da Corte Interamericana é opcional (artigo 62 da Convenção, n. 3), até mesmo para os países membros da Convenção Americana. Destarte, apenas os países que ratificaram a Convenção e aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana podem ser julgados perante a Corte por violações de direitos humanos, consoante prevê o artigo 61 da Convenção. O Brasil aderiu à Corte em 1998, por intermédio do Decreto Legislativo 89, de 3 de dezembro de 1998⁵².

A Corte Interamericana é o órgão jurisdicional internacional responsável pelo julgamento de violações dos direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

As pessoas que fazem parte de minorias são titulares de todos os direitos garantidos pela Declaração e pela Convenção Americana, mas há alguns que são de maior interesse para as minorias, como o artigo 2º da Declaração, que assegura igualdade perante a lei “sem distinção de raça, sexo, língua, crença ou qualquer outro fator”; o artigo 3º da Declaração, que garante a liberdade de religião; o artigo 4º da Declaração, que garante a liberdade de expressão; o artigo 13 da Convenção, o qual veda qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à violência; o artigo 22 da Declaração, que assegura a liberdade de associação para “promover, exercer e proteger os seus legítimos interesses políticos, econômicos, religiosos, sociais, culturais, trabalhistas ou de outra natureza”, entre outros dispositivos que são destinados essencialmente à proteção de minorias étnicas e nacionais contra a discriminação⁵³.

Todavia não há disposições atinentes aos direitos coletivos das minorias, e às obrigações dos Estados de implementar medidas e políticas públicas direcionadas pontualmente para a proteção e promoção dos usos, costumes e tradições das minorias étnicas e nacionais, de modo a garantir a diversidade cultural como um patrimônio de todos os países.

5. Casos paradigmáticos da Jurisprudência da Corte Interamericana sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Examinando-se a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Huma-

nos sobre os direitos das minorias, é possível constatar que os casos mais significativos são relacionados aos direitos de povos indígenas.

À guisa de exemplo, mencionem-se os casos da comunidade indígena Awa Tingni contra a Nicarágua, e o caso da comunidade indígena Yakye Axa (do povo Enxet-Lengua) contra o Paraguai⁵⁴.

5.1 O Caso Awa Tingni

Em 31 de agosto de 2001, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu uma decisão marcante para o reconhecimento de direitos indígenas e ambientais. A Corte reconheceu direitos coletivos dos povos indígenas aos seus territórios e recursos ambientais e determinou ao governo da Nicarágua que estabelecesse mecanismos legais para demarcar os seus territórios indígenas, em especial o da comunidade Awa Tingni, e de outras comunidades que vivem na costa atlântica⁵⁵.

Condenou ainda a Nicarágua a pagar US\$ 50 mil aos índios Awas Tingni, a título de indenização, além de US\$ 30 mil para cobrir custas processuais e honorários.

Foi o primeiro caso decidido pela Corte acerca de direitos territoriais indígenas, e abriu um importante precedente jurisprudencial internacional para o reconhecimento dos direitos de todos os povos indígenas americanos.

A comunidade Awa Tingni tem uma população de aproximadamente 150 famílias, ou 650 indivíduos. Os membros da comunidade se comunicam entre si quase que exclusivamente na língua Mayagna, apesar de a maior parte também falar espanhol. A principal aldeia da comunidade está situada em uma área de floresta isolada, que fica em torno de 100 km da costa atlântica da Nicarágua.

O caso se ensejou baseado em uma petição encaminhada inicialmente pela comunidade Awa Tingni e por seu líder, Jaime Castillo Felipe, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que destinou o caso à Corte, em virtude da omissão do governo nicaraguense em promover medidas efetivas para proteger os direitos territoriais dos índios Awas Tingni e de outras comunidades indígenas, tornando-os vulneráveis a violações.

Consoante a decisão da Corte⁵⁶:

Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo mas em uma comunidade. Os indígenas têm direito

a viver livremente em seus próprios territórios; a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas, a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

A decisão da Corte Interamericana entendeu que a Nicarágua ofendeu os direitos de propriedade (em sua dimensão coletiva), de proteção judicial adequada e de igualdade perante a lei, previstos na Convenção.

A decisão da Corte exprime a sua compreensão de que a reprodução física e cultural dos povos indígenas só é factível por meio da proteção dos recursos ambientais existentes em seus territórios. A relação dos povos indígenas com a natureza é determinada por seus padrões culturais, estando intimamente ligadas à diversidade biológica e à diversidade cultural.

5.2 O Caso Yakye Axa

Sobre o caso da comunidade indígena Yakye Axa (do povo Enxet-Lengua) contra o Paraguai, acentue-se que, em 10 de janeiro de 2000, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma petição apresentada por Tomás Galeano e Esteban López, líderes dessa comunidade, representados pela Organização Tierraviva para los Pueblos Indígenas del Chaco e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional, contra o Estado paraguaio, por não dispensar assistência integral à comunidade enquanto tramitava o processo de reivindicação do território tradicional; por não finalizar o trâmite administrativo de recuperação de terras e por vedar suas atividades econômicas tradicionais de subsistência: a caça, a pesca e a colheita⁵⁷.

O caso foi encaminhado à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual argumentou que o Estado paraguaio não garantia o direito (coletivo) de propriedade dos membros da comunidade indígena, pois as suas demandas territoriais tramitavam desde 1993 sem resposta adequada do governo.

No dia 17 de junho de 2005, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença de mérito, reconhecendo que o Estado paraguaio violou direitos assegurados à comunidade indígena Yakye Axa pelos artigos 8º (garantias judiciais), 25 (proteção judicial) e 21 (direito de propriedade) da Convenção Americana. A

Corte decidiu, outrossim, que o Estado paraguaio violou o direito à vida, consagrado no artigo 4.1. da Convenção, e que a sentença designa uma forma de reparação.

Conclusões

A Declaração Universal de Direitos Humanos resguarda o direito de todos participarem na vida cultural, científica e artística da comunidade, e de fruírem seus benefícios⁵⁸. Trata-se do princípio da não-discriminação, núcleo dos direitos humanos das minorias.

Esse princípio foi reforçado pela Convenção Internacional pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)⁵⁹. As regras da Convenção são aplicáveis para todos os membros de minorias étnicas. Contudo a Convenção também admite que a adoção de medidas especiais deve ser necessária para assegurar o desenvolvimento de certos grupos étnicos ou raciais.

A “Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos de Pessoas que Pertencem a Minorias Nacionais, Étnicas, Religiosas e Linguísticas” é um reflexo de como a comunidade internacional, nas últimas décadas, tem se engajado na proteção dos direitos das minorias.

Essa supracitada Declaração significou um marco protetivo relevante para os grupos minoritários. Foi proclamada pela Assembleia Geral da Nações Unidas, em 1992, por intermédio da Resolução 47/135, não possuindo força legal vinculante, como a Convenção-Quadro. Sua inspiração foi o art. 27 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, conforme o qual: *“Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”*.

A Declaração referida consigna os direitos das pessoas que pertencem a minorias, sobretudo no art. 2º, e fixa as obrigações dos Estados em relação a elas nos artigos 1º, 4º e 5º. Os direitos são estabelecidos como individuais, as obrigações dos Estados são em parte formuladas como obrigações em relação às minorias quando constituindo grupos. Apesar de que somente os indivíduos podem reivindicar os direitos, os Estados não podem implementá-los integralmente sem assegurar condições adequadas para a existência e a identidade cultural do grupo como um todo.

Se alguns Estados Europeus sustentam que a expressão “minorias nacionais” abrange apenas os seus cidadãos, a Declaração evocada não admite tal

restrição. O seu âmbito de aplicação é tão amplo quanto o do artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁶⁰.

Os Estados-partes assumem a obrigação de respeitar e assegurar a observância do artigo 27 do Pacto a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição, sejam cidadãos ou não daquele país. Logo, as pessoas que não são cidadãos do país em que residem podem pertencer a uma minoria.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos assegura algumas formas de participação, como, por exemplo, na economia, nos sindicatos, na cultura, nas artes, na ciência, nas atividades de pesquisa e literárias. Em anos mais recentes, o primado da identidade étnica cria uma especial preocupação com os direitos de participação das minorias.

É por meio da participação, seja em atividades culturais, educacionais, religiosas e linguísticas, que a pessoa manifesta e protege a sua identidade e assevera a sobrevivência e dignidade do seu grupo.

Todavia o exercício de influência política pode implementar procedimentos, instituições, decisões e mecanismos para, no âmbito dos poderes legislativo e administrativo, marginalizar e restringir os direitos e interesses dos grupos minoritários. Assim, o princípio geral da não-discriminação se revela insuficiente e ineficiente para efetivar a participação das minorias.

Em ampla acepção, a participação engloba várias áreas, tanto no setor público como no privado. São exemplos: a participação na política nacional mediante o alistamento eleitoral, o voto e a atuação em partidos políticos, a mídia, o lobbying, veto legislativo, consultas, negociações, gerenciamento etc.

A propósito, sem a pretensão de aprofundar o assunto, certas disposições de um sistema eleitoral podem ter efeitos favoráveis às minorias⁶¹. Citem-se, como exemplo, a utilização de assentos reservados; a redução do quorum para o registro de um partido político; o financiamento privilegiado para os partidos minoritários etc.

A ênfase na identidade e na participação pública conduziu para o reconhecimento político dos grupos minoritários ou étnicos, e os seus direitos culturais e políticos. Esforços contemporâneos para a proteção das minorias também são influenciados pela adoção da democracia em regiões e Estados que até então possuíam regimes militares ou ditatoriais⁶².

Sobre a democracia, vale dizer que constitui uma amálgama de vários valores, como a tolerância, o pluralismo, a liberdade de expressão, a participação e a responsabilização política. É o regime que permite a participação do povo nos

rumos da vida social. Como os fundamentos da democracia são bastante explorados pela plataforma dos direitos humanos, a relevância dos direitos das minorias é uma condição *sine qua non* para o reconhecimento de qualquer sociedade que se afirme democrática.

Tendo em vista essas colocações preliminares expendidas e tudo o que foi salientado ao longo do trabalho, é possível auferir algumas conclusões.

Com a globalização, a problemática das minorias desperta o interesse da opinião pública contemporânea, pois a defesa dos direitos das minorias é objeto da preocupação de todos os países, tendo em vista que a diversidade cultural representa uma conquista e um bem comum de toda a humanidade.

No Direito Internacional moderno, a proteção das minorias constitui uma parte da proteção dos direitos humanos. O embate pelos direitos humanos individuais também agrega a luta pelos direitos individuais das pessoas que compõem uma minoria.

Os princípios do Direito Internacional da equidade e da proteção da identidade cultural, da participação política efetiva, da autodeterminação interna, combinados, estabelecem a estrutura que permite harmonizar a proteção das minorias com a ideia de soberania. Como corolário, a tarefa de proteção das minorias está sendo demandada num cenário mais amplo e poroso, causando um deslocamento de responsabilidades pela execução dividida por múltiplas entidades não-estatais⁶³.

Os instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos podem ser empregados para asseverar e promover os direitos das minorias, como atestam as decisões das Cortes Europeia e Interamericana evocadas no presente trabalho. Todavia o demasiado enfoque nos direitos individuais na defesa dos direitos dos grupos minoritários, em prejuízo dos direitos coletivos, expressa uma limitação dos sistemas regionais.

Importa que, ao julgar os casos individuais, as Cortes Europeia e Interamericana levem em conta a situação geral das minorias no bojo de um país, expedindo recomendações mais gerais, e não somente adstritas a casos individuais. De tal modo, fomentar-se-á a prática de políticas públicas para as minorias, que enaltecem a sua contribuição para a diversidade cultural do mundo.

Faz-se necessária uma aproximação interdisciplinar, ou seja, que a proteção legal e jurídica das minorias não desconsidere fatores antropológicos, filosóficos e sociológicos, a fim de que possa evitar conflitos derivados da diversidade de culturas e nações.

O consenso internacional acerca das necessidades especiais das minorias, que ocupam uma posição vulnerável, deve culminar em uma preocupação e atua-

ção mais incisivas dos Estados e de entidades não-estatais de salvaguardar a sua identidade étnica, não apenas com o fito de proteger os interesses das próprias minorias, mas também de preservar a diversidade cultural que essas simbolizam.

Considera-se imperioso que haja um reconhecimento mais contundente de direitos coletivos por parte dos sistemas de defesa dos direitos humanos, tratando-se de uma medida útil e edificante, no sentido de proporcionar a construção de condições para uma realização mais efetiva de direitos individuais, mormente para questões delicadas como liberdade religiosa; direitos indígenas; direitos da criança e do adolescente; direitos de pessoas com HIV/AIDS; direitos de lésbicas, transexuais, gays e bissexuais; direitos de minorias raciais, étnicas e linguísticas; direitos de migrantes; direitos dos idosos; direitos dos deficientes; direitos das mulheres.

Adotar tal concepção, em última instância, é valorizar a democracia, pois implica dar condições para que todos se sintam partícipes dos rumos da vida coletiva. Sugere-se, aqui, uma maior criação de leis e instrumentos de garantia a direitos coletivos, para uma justa e democrática incorporação de grupos minoritários no ambiente político-social.

Outrossim, é fundamental o acompanhamento da execução das decisões das Cortes Europeias e Interamericanas de Direitos Humanos, porquanto promover a pressão política no Estado-parte que não cumpre com as decisões é uma iniciativa insuficiente, segundo apregoa Heintze⁶⁴:

a execução de decisões é um fator importante para a credibilidade dos sistemas e para a eficácia das medidas tomadas pelos tribunais. O acompanhamento da execução das decisões deveria, por isso, ser transferido de organismos regionais adicionalmente a um organismo internacional ou a uma organização internacional, como o Banco Mundial. Este último poderia considerar em tornar a concessão de empréstimos dependente da execução das decisões da Corte Europeia, Interamericana ou Africana de Direitos Humanos e da medida de violações dos direitos humanos que ainda acontecem no país. Tais sanções pecuniárias (indiretas) por falta de execução de decisões seriam mais efetivas do que somente apelo moral.

Para finalizar, o sistema interamericano necessita se tornar mais flexível, a fim de propiciar a petição e reclamação de indivíduos ou grupos contra violações de suas disposições por Estados-partes, como se vislumbra no sistema europeu, no qual qualquer indivíduo pode ter acesso à Corte Europeia de Direitos Humanos.

Notas

¹ KUGELMANN, Dieter. *The Protection of Minorities and Indigenous Peoples Respecting Cultural Diversity*. In: Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 11, 2007. p. 241.

² *Ibid.*, p. 241.

³ *United Nation Guide for Minorities*. Disponível em: <<http://www.humanrights.coe.int/minorities>>. Acesso em: 24 ago. 2010.

⁴ SANTILLI, Juliana. As minorias étnicas e nacionais e os sistemas regionais (europeu e interamericano) de proteção dos direitos humanos. In: *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 1, p. 138, junho/2008.

⁵ *Ibid.*, p. 138.

⁶ O PIDCP foi adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16/12/1966, entrando em vigor em 23/03/1976, sendo aprovado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, ratificado em 24 de janeiro de 2002 e promulgado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. In: GOMES, Luiz Flávio & PIOVESAN, Flávia (coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 264. ROCHA, João Carlos de Carvalho. FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques & CAZETTA, Ubiratan. (coord.). *Direitos humanos – desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 347.

⁷ Esse órgão foi destinado para assegurar a proteção dos direitos elencados no PIDCP. O Comitê, com sede em Genebra, é constituído por 18 representantes eleitos, os quais prestam serviços para um mandato de quatro anos independentemente, e não como representantes de seus Estados de origem. Suas atividades são: rever os relatórios apresentados pelos Estados relativos às ações domésticas implementadas para o cumprimento do tratado; considerar as informações prestadas por um dos Estados membros acusando outro Estado membro de violação do tratado de alguma forma; considerar denúncias individuais contra Estados que tenham assinado o tratado, bem como revisar os relatórios elaborados por ONGs; elaborar “Observações Gerais”. Disponível em: <http://www.hrea.org/index.php?doc_id=439>. Acesso em: 6 ago. 2010.

⁸ THORNBERRY, Patrick. An unfinished story of minority rights. In: BIRÓ, Anna-Mária & KÓVACS, Petra. *Diversity in Action, Local Public Management if Multi-Ethnic Communities in Central and Eastern Europe*. Budapest: OpenSociety Institute, 2001. p. 52.

⁹ KÄLIN, Walter; KÜNZLI, Jörg. *The law of international human rights protection*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

¹⁰ WEISSBRODT, David; DE LA VEGA, Connie. *International Human Rights Law: an introduction*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2007. p. 245.

¹¹ THORNBERRY, Patrick. Op. cit., p. 53.

¹² *Ibid.*, p. 53.

¹³ SANTILLI, Juliana. Op. cit., p. 143.

¹⁴ “Artigo 1º – Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.”

¹⁵ Adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966, sendo aprovado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, ratificado em 24 de janeiro de 2002 e promulgado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). Op. cit., p. 381. ROCHA, João Carlos de Carvalho. HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. (coord.) Op. cit., p. 347.

¹⁶ SANTILLI, Juliana. Op. cit., p. 143.

¹⁷ Adotada pela Resolução 47/135 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1992. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho. HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques; CAZETTA, Ubiratan. (coord.) Op. cit., p. 348.

¹⁸ HEINTZE, Hans-Joachim. Direitos Humanos Coletivos: Direitos dos Povos Indígenas. In: *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*/Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos ... [et al.] – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. p. 302.

¹⁹ *Ibid.*, p. 305.

²⁰ SANTILLI, Juliana. Op. cit., p. 147.

²¹ Aprovada pelo Conselho da Europa em 04 de novembro de 1950, entrando em vigor em setembro de 1953. Disponível em: <<http://www.unesco.org/most/lnlaw12.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2010.

²² O Conselho da Europa, com sede em Estrasburgo (França), já abrange praticamente todo o continente europeu, com seus 47 países membros. Fundado em 5 de maio de 1949 por 10 países, o Conselho da Europa pretende desenvolver em toda a Europa os princípios democráticos comuns, com fulcro na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e outros textos de referência acerca da proteção dos indivíduos. Citem-se alguns dos países membros: Albânia, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Grécia, Hungria, Itália, Alemanha, Portugal, França, Suécia, Espanha, Ucrânia, Reino Unido etc. In: WEISSBRODT, David; DE LA VEGA, Connie. Op. cit., p. 312-313.

²³ SANTILLI, Juliana. Op. cit., p. 139.

²⁴ *Ibid.*, p. 139-140.

²⁵ *Ibid.*, p. 140.

²⁶ A Recomendação 1134 sobre o direito das minorias foi criada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, na 42ª Sessão, 2ª parte. In: JOVANOVIĆ, Miodrag A. *Recognizing Minority Identities Through Collective Rights*. Human Rights Quarterly, vol. 27, 2005. p. 629.

²⁷ *Ibid.*, p. 629.

²⁸ Em Maio de 1992, o Comitê de Ministros (órgão responsável no Conselho da Europa pela vigilância da execução dos acordãos, no sentido de verificar se os Estados, relativamente aos

quais foi dito pela Corte terem violado a Convenção, tomaram as medidas necessárias para se conformarem às obrigações específicas ou gerais que resultam dos acórdãos da Corte) solicitou ao CDDH (Comité Diretor dos Direitos do Homem) que elaborasse um estudo sobre a possibilidade de formulação de disposições específicas atinentes à proteção das minorias nacionais. Em 4 de Novembro de 1993, o Comitê de Ministros criou o Comitê *Ad Hoc* para a Proteção das Minorias Nacionais (CAHMIN). Os trabalhos desse Comitê, composto de peritos nacionais dos Estados membros do Conselho da Europa, iniciaram-se em fins de Janeiro de 1994, neles tendo participado representantes do CDDH, do Conselho da Cooperação Cultural (CDCC), do Comitê Diretor sobre os Meios de Comunicação Social (CDMM) e da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito. Participaram igualmente nos trabalhos, como observadores, o Alto Comissário da CSCE para as Minorias Nacionais e a Comissão das Comunidades Europeias. Na reunião de 10-14 de Outubro de 1994, o CAHMIN decidiu apresentar o projeto de Convenção-Quadro ao Comitê de Ministros, que aprovou o texto na 95ª sessão ministerial de 10 de Novembro de 1994. A Convenção-Quadro foi aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa no dia 1º de Fevereiro de 1995. Ela tem por propósito definir os princípios jurídicos que os Estados se comprometem a respeitar para assegurar a proteção das minorias nacionais. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>>. Acesso em: 6 ago. 2010.

²⁹ SANTILLI, Juliana. Op. cit., p. 140.

³⁰ Ibid., p. 140.

³¹ Ibid., p. 140.

³² Ibid., p. 140.

³³ Ibid., p. 140-141.

³⁴ Ibid., p. 141.

³⁵ Ibid., p. 141.

³⁶ Corte Europeia de Direitos Humanos. Casos Chapman v. Reino Unido; Beard v. Reino Unido, Jane Smith v. Reino Unido, Buckley v. Reino Unido. In: Ibid., p. 144.

³⁷ Ibid., p. 143.

³⁸ Ibid., p. 143.

³⁹ Ibid., p. 144.

⁴⁰ Ibid., p. 144.

⁴¹ Ibid., p. 144.

⁴² Ibid., p. 144.

⁴³ Ibid., p. 145.

⁴⁴ VIEYTEZ, Eduardo Javier Ruiz. *Minorías, inmigración y democracia en Europa: una lectura multicultural de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. p. 249.

- ⁴⁵ SANTILLI, Juliana. Op. cit., p. 145.
- ⁴⁶ Ibid., p. 146.
- ⁴⁷ *Organization of American States, basic documents pertaining to Human Rights in the Inter-American System (updates to May 1996)*, Washington: Organization of American States, 1996. p. 53.
- ⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). Op. cit., p. 29-30 e 397.
- ⁴⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 6 ago. 2010.
- ⁵⁰ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Instituições e Procedimentos: Instituições e Procedimentos no Sistema Interamericano. In: *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*/ Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos... [et al.] – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. p. 200.
- ⁵¹ SANTILLI, Juliana. Op. cit., p. 146.
- ⁵² GOMES, Luiz Flávio & PIOVESAN, Flávia (coord.). Op. Cit., p. 437.
- ⁵³ SANTILLI, Juliana. Op. cit., p. 147.
- ⁵⁴ Ibid., p. 148-149.
- ⁵⁵ Ibid., p. 148-149.
- ⁵⁶ Ibid., p. 148-149.
- ⁵⁷ Ibid., p. 149.
- ⁵⁸ GHAI, Yash. *Public Participation and Minorities*. Minority Rights Group International. Disponível em: <www.minorityrights.org>. Acesso em: 24 mai. 2010. p. 5.
- ⁵⁹ KUGELMANN, Dieter. Op. cit., p. 243.
- ⁶⁰ SANTILLI, Juliana. Op. cit., p. 142.
- ⁶¹ FROWEIN, Jochen Abr.; BANK, Roland. *The Participation of Minorities in Decision-Making Processes*. Heidelberg: Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law, 2001. p. 5.
- ⁶² GHAI, Yash. Op. cit., p. 4.
- ⁶³ PENTASSUGLIA, Gaetano. *The EU and the Protection of Minorities: The Case of Eastern Europe*. In: *European Journal of International Law*, vol. 12, n. 1. p. 30.
- ⁶⁴ HEINTZE, Hans-Joachim. Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: os direitos humanos como matéria de direito internacional público – proteção regional dos direitos humanos. In: *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*/Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos ... [et al.] – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. p. 83.

Referências bibliográficas

- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de São José da Costa Rica*). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 6 ago. 2010.
- FRWEIN, Jochen Abr; BANK, Roland. *The Participation of Minorities in Decision-Making Processes*. Heidelberg: Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law, 2001.
- GDDC. *Direitos Humanos. Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. Conselho da Europa*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>>. Acesso em: 6 ago. 2010.
- GHAI, Yash. Public Participation and Minorities. *Minority Rights Group International*. Disponível em: <www.minorityrights.org>. Acesso em: 15 dez. 2009.
- GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000.
- JOVANOVIC, Miodrag A. Recognizing Minority Identities Through Collective Rights. *Human Rights Quarterly*, vol. 27, 2005.
- KÄLIN, Walter; KÜNZLI, Jörg. *The law of international human rights protection*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- KUGELMANN, Dieter. The Protection of Minorities and Indigenous Peoples Respecting Cultural Diversity. In: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, 2007.
- Linguistic Rights: European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Free*. Disponível em: <<http://www.unesco.org/most/lnlaw12.htm>>. Acesso em: 6 ago. 2010.
- NAÇÕES UNIDAS. *O Sistema dos Direitos Humanos das Nações Unidas*. Disponível em: <http://www.hrea.org/index.php?doc_id=439>. Acesso em: 6 ago. 2010.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Basic documents pertaining to Human Rights in the Inter-American System (updates to May 1996)*, Washington: Organization of American States, 1996.
- PENTASSUGLIA, Gaetano. The EU and the Protection of Minorities: The Case of Eastern Europe. In: *European Journal of International Law*, vol. 12, n. 1.

- PETERKE, Sven (coord.). Colaboradores: André de Carvalho Ramos ... [et al.] *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.
- ROCHA, João Carlos de Carvalho. HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. (coord.). *Direitos humanos – desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados* (Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- SANTILLI, Juliana. As minorias étnicas e nacionais e os sistemas regionais (europeu e interamericano) de proteção dos direitos humanos. In: *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 1, junho/2008.
- THORNBERRY, Patrick. An unfinished story of minority rights. In: BIRÓ, Anna-Mária; KÓVACS, Petra. *Diversity in Action, Local Public Management if Multi-Ethnic Communities in Central and Eastern Europe*. Budapest: OpenSociety Institute, 2001.
- United Nation Guide for Minorities*. Disponível em: <<http://www.humanrights.coe.int/minorities>>. Acesso em: 24 ago. 2010.
- VIEYTEZ, Eduardo Javier Ruiz. *Minorías, inmigración y democracia en Europa: una lectura multicultural de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
- WEISSBRODT, David; DE LA VEGA, Connie. *International Human Rights Law: an introduction*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2007.

Resumo

O autor defende que os instrumentos dos Sistemas Regionais, Europeu e Interamericano de defesa dos direitos humanos devem ser direcionados para proteger e garantir os direitos das minorias étnicas e nacionais, sem descuidar da necessidade de manter e aprimorar seus aspectos positivos e suprir suas limitações.

Palavras-chave: Sistemas regionais de defesa dos direitos humanos – Minorias étnicas e nacionais.

Abstract

The author proposes that the instruments of European and inter-American Human Rights Regional Systems should be employed to protect and guarantee the rights

of ethnic and national minorities, without neglecting the need to maintain and enhance its positive aspects and overcome its limitations.

Keywords: Human Rights Regional Systems – Ethnic and National Minorities.

Antonio Fernando Monteiro Garcia
Doutorando da Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Direito. Professor da Faculdade Cenecista de Joinville.

O Direito Econômico e o Direito da Sustentabilidade na nova perspectiva da economia global¹

1. Introdução; 2. Histórico da Intervenção do Estado no Domínio Econômico; 3. A Crise da Modernidade; 4. A Relação entre Economia e Meio Ambiente; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas.

Introdução

A vida em coletividade é indispensável à sobrevivência do homem, enquanto ser sociável que é, uma vez que, individualmente, não teria como suprir todas as suas necessidades, bem como obter todos os bens imprescindíveis para garantir sua sobrevivência.

A convivência em um meio comum pressupõe a busca de interesses gerais, que atendam às necessidades coletivas, bem como à persecução das expectativas individuais. Assim, toda a aglomeração de indivíduos, em que pese objetivar o atendimento do bem-estar social, gera zonas de atritos entre os diversos interesses individuais presentes, que muitas vezes se revelam antagonísticos e colidentes.

Considerando os aspectos presentes na filosofia grega, absorvemos que o estudo da reunião de pessoas em torno de uma mesma base territorial para atendimento de suas necessidades originou-se com o advento do conceito de *polis*. Esta representando o ambiente no qual os indivíduos convivem e buscam a realização de seus interesses, seja em caráter coletivo, seja para fins meramente pessoais.

A determinação da Função Social do Estado, como garantia da convivência e cooperação entre os homens, constitui-se na chave imediata para compreender os fenômenos estatais emergentes no início do século XX e foi determinante para a afirmação do denominado Estado Contemporâneo, sucessor do Estado Moderno.

Importa ressaltar, consultando as ideias desenvolvidas pelo Professor Paulo Márcio Cruz², que “*Desde as constituições Mexicanas, de 1917, e a alemã de Weimar, do mesmo ano, quando pela primeira vez foi admitida a intervenção do Estado em questões até então relegadas ao sabor do capitalismo liberal, até a opção formal pelo estado Social de vários países europeus, escandinavos e da oceania, um longo caminho foi trilhado pelo Estado de Bem Estar.*”

Na constante busca das necessidades gerais e individuais, mister se faz estabelecer um conjunto de normas, permeadas de valores éticos, morais, científicos, entre outros, a fim de garantir o respeito às pessoas e suas opiniões, evitando que a colisão de interesses antagônicos gerem conflitos violentos e irracionais.

Podemos visualizar tais fatos sociais como situações oriundas de avanços científicos, de mudanças de paradigmas de comportamento coletivo, de violência moral e física, entre outras, as quais pedem resposta do Estado, com o fito de promover uma regulamentação eficiente e apta a dar respostas aos anseios e reclamos sociais.

O Direito, enquanto ciência social, é gerado, destarte, em função da necessidade que o homem tem de viver em sociedade, dando ao Poder Público autoridade legítima para manter, inclusive com o uso da força e violência necessária, a estrutura da organização juridicamente constituída, uma vez que não se pode conceber a vida em coletividade sem a existência de um certo número de normas reguladoras entre os indivíduos e de um ente maior e soberano que detém o encargo de zelar pelo cumprimento e respeito destas.

A presença desta constante alteração no contexto social, na tipologia das relações sociais, comprometidas com o fato econômico, leva a uma nova juridicização, a uma nova manifestação reguladora do Direito direcionada a um outro fato novo, a degradação do meio ambiente.

No contexto do presente estudo, preambularmente faremos uma análise da evolução do Estado até os dias atuais, com sua intervenção no domínio econômico para depois propor e expor uma relação sobre o grande tema da sustentabilidade tão recorrente no século XXI e que também é objeto da nossa pesquisa.

A par desse universo de questões, a presente pesquisa embasa-se no estudo teórico, referente à presença do estado na manutenção do interesse econômico, com ênfase no caráter coletivo do meio ambiente, compatibilizando sua interação mediante as ferramentas Políticas do Estado na intervenção da Economia e na Sociedade Moderna por meio do Direito Econômico e do Direito Ambiental, justamente no momento em que a modernidade dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social.

Tal análise é relevante para o postulado da atuação do Estado, no âmbito da relação tridimensional direito-economia-meio ambiente, no qual se manifesta sempre um contexto de relação dialética, em que da oposição criativa de uma tese e de uma antítese surge uma síntese, que é o resultado engendrado pelas posições que lhe deram origem.

2. Histórico da Intervenção do Estado no domínio econômico

Partimos, então, de uma análise da relação entre direito e economia, e constatamos que diversos autores se detiveram na análise da inter-relação desses dois fenômenos, focalizando aspectos a cada um deles pertinente, segundo sua linha de pensamento. Nesse sentido, convém apresentar um esboço das principais teorias, sem qualquer preocupação de sermos completos.

A Inglaterra realiza sua unidade a partir do reinado de Henrique VII [1485-1509], a França consegue a sua unidade nacional a partir do reinado de Luís XI [1461-1483], a Espanha se unifica a partir de 1469, com o casamento de Fernando de Aragão com Isabel de Castela, Portugal consolida sua independência a partir de 1580, quando se separa da Espanha.

O mercantilismo surge como reflexo das concepções ideológicas daquele momento. A ideia de nacionalidade começa a se afirmar, o Estado se propõe a solidificar seu poder perante as nações estrangeiras, o poder central se desenvolve e, com isso, ascendem as despesas públicas, o comércio internacional se desenvolve em busca de riquezas, dando-se ênfase aos metais preciosos como instrumentos de troca, e, ao mesmo tempo, desperta o espírito capitalista.

O capitalismo se define como um sistema econômico baseado na propriedade privada dos meios de produção, propiciadora de acúmulo de poupança com finalidade de investimento de grandes massas monetárias, dentro de uma organização de livre mercado, por meio de uma organização permanente e racional.

Esse modelo econômico pode ser visto sob um prisma jurídico, e significa o estatuto jurídico, que adota o princípio da propriedade privada dos meios de produção.

Visualiza-se, então, o aspecto político, que significa uma ideologia e um regime de livre empresa.

O mercantilismo se revela por princípios básicos, quais sejam a vontade de fortalecimento do poder por meio da busca da riqueza [centralizada no ouro e na prata], o protecionismo pela implantação de fortes barreiras aduaneiras, o favorecimento da exportação e o correspondente desfavorecimento da importação, com a finalidade de estabelecer uma balança comercial favorável.

Esse sistema econômico utilizou, de forma agressiva, a xenofobia, incentivando assim as rivalidades internacionais. Procurou afastar os mercadores estrangeiros e, ao mesmo tempo, como forma de fortalecer o próprio comércio, vinculou os próprios mercadores por meio de concessões de licenças para o exercício da atividade.³

O fortalecimento econômico do Estado, propiciado pelo mercantilismo, trouxe-lhe o poder absoluto, decorrente da centralização total dos poderes nas mãos dos governantes.

A teoria mercantilista é suplantada pela ideia do liberalismo econômico, que se assenta nos princípios do liberalismo filosófico e político trazidos principalmente pelas doutrinas jusnaturalistas do século XVII, em que se exaltam os princípios de liberdade, de valorização do indivíduo, de revolta contra os privilégios e contra o poder absoluto dos reis.

O liberalismo pode assumir variadas formas, mas o que se sucedeu ao mercantilismo caracterizou-se pela defesa do princípio segundo o qual o desenvolvimento econômico deveria fazer-se em conformidade com as leis naturais do mercado, sem os grilhões anteriormente postos pelo Estado.

Defende-se, a partir de então, a teoria segundo a qual a economia está sujeita a leis naturais que a levam fatalmente a uma situação de equilíbrio entre os integrantes do mercado, com frutos positivos para toda a sociedade, que será rica se os seus integrantes o forem. O Estado não deveria, portanto, por lei, interferir no funcionamento do mercado, diz Adan Smith: *“As várias regulamentações do sistema mercantil vêm, necessariamente, perturbar mais ou menos esta distribuição natural e muito vantajosa do capital.”*⁴

O constitucionalismo do século XIX surgiu impregnado de liberalismo, tanto político quanto econômico. As Constituições brasileiras de 1824 e de 1891 basearam-se no princípio básico do liberalismo econômico e que serve de distintivo para o capitalismo: o princípio da propriedade individual dos bens de produção. Esse princípio é fixado como absoluto naqueles dois textos.

Considerando a interpretação contextual dessa norma, deve-se assinalar que esse princípio está contido no título referente às *“garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”*. E o § 22 do art. 179 da Constituição de 1824 determina: *“é garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude”*. Por sua vez, o § 17 do art. 72 da Constituição de 1891 dispõe: *“o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude”*.

Em 1859, Marx⁵ expôs em seu livro intitulado *“Crítica da Economia Política”*, as relações entre a infraestrutura – *“estrutura econômica da sociedade”* – e a superestrutura. Assim diz ele: *“Na produção social da sua própria existência os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade, quais se iam as relações de produção que respondem a um certo estágio do desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto das relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, que é a base real em que*

se ergue uma superestrutura jurídica e política, a que correspondem determinadas formas sociais de consciência”⁶.

Assim a concepção materialista da história leva à indução de que os homens não são determinados pela sua consciência, mas esta é que é determinada pelo modo de produção da vida material.

Fica, assim, evidenciada a influência que as condições materiais da vida humana exercem sobre o pensamento.

Nesse sentido, tive a oportunidade de salientar que *“A concepção do liberalismo, de liberdade do indivíduo no âmbito do mercado, veio a ser desmentida pela realidade histórica.”⁷*

Em 1º.5.1991, para que o *“Centésimo Anus”* de edição da Encíclica *“Rerum Novarum”* fosse comemorado, o Papa João Paulo II⁸ lançou a Encíclica que leva aquele nome, defendendo a tese de que o papel do Estado no setor da economia deve estar alicerçado numa ordem democrática e esta fundamentada numa *“reta concepção da pessoa humana”* e no respeito a seus direitos, sendo certo que o econômico nada mais é do que um aspecto da vida humana.

Afirmou Paulo Márcio Cruz⁹ *“que a incapacidade de auto-regulação cada vez mais crescente da sociedade civil empurrou o Estado a intervir na vida de seus cidadãos de forma direta e institucional”*.

Referida afirmativa aponta para a necessidade de melhor entender o papel desempenhado pelo Estado, ao editar normas para reger o fenômeno econômico, donde deveremos fazer uma abordagem teórica e um acompanhamento da história dessa atuação com a mudança de perspectiva da atuação do Direito Econômico com outros ramos do direito, a exemplo do Direito Ambiental em face da degradação ambiental como um dos aspectos da globalização.

Reconhece-se a necessidade da institucionalização de uma economia de mercado, em que ao Estado toca a tarefa de, por meio de prudentes decisões políticas e de sólido direcionamento jurídico, garantir a segurança aos que participam do mercado, quer como empresas, quer como consumidores.

Nesse sentido, o Estado passa a desenvolver competências para intervir no setor econômico, fecundando a atividade das empresas, principalmente em momentos de crise, quando sua presença é mais importante para garantir a plenitude do exercício dos direitos humanos, sendo a intervenção do Estado no setor econômico necessário para propiciar o equilíbrio, e, nestas condições, é de fundamental importância que não fira o princípio da livre iniciativa no campo econômico.

Com base nessa ideia abandonam-se algumas teorias, entre elas, as teorias individuais, e passa-se a desenvolver a Teoria da Escola Histórica da Economia

Política, com o pensamento desenvolvido por Montesquieu, Ihering, Pollanch, em que se intensifica a tendência de inserção da relação entre direito e economia.

A ideia fundamental assentada por essa tendência é a de que a vida social não se pode reduzir a um complexo de ações submetidas às leis econômicas ou sociológicas: ela é também expressão da cultura histórica, entendida como manifestação suprapessoal própria de cada época. Pode-se dizer que economia e direito são expressões de uma mesma cultura, criações de um único espírito, componentes de um universo de valores e testemunhos do estilo de um povo e de uma época.

O início do século XX veio demarcar uma profunda alteração nos rumos da sociedade e do Direito em si. De um lado, a transformação sofrida pelo Direito originado do movimento iluminista; por outro, os efeitos da Primeira Guerra Mundial; e, por fim, o colapso sofrido pela crença no automatismo dos processos do liberalismo, trouxeram conjuntamente uma nova postura do Estado e do Direito.

Os antigos instrumentos adotados pelo Direito, forjados na estrutura racionalista do pensamento iluminista, mostravam-se insuficientes e inadequados para enfrentar os problemas postos pela Revolução Industrial criadora de profunda crise social. Os instrumentos jurídicos gerados pela crença numa ordem racional eterna, arraigada na ordem racional humana perene, não se mostravam adequados para a solução de problemas decorrentes da materialidade da ordem econômica.

Nesse aspecto, as relações humanas se apresentam sempre de forma renovada, e as relações de conteúdo econômico evoluem permanentemente para conteúdos novos, bem como o Estado, sempre renovado em suas estruturas e funções, tem de se defrontar com fenômenos sociais e econômicos multiformes, a exigir uma postura adequadamente nova para sua condução, evidenciando que o instrumental jurídico a ser adotado tem de amoldar-se à realidade a ser normatizada e às suas características históricas.

3. A crise da modernidade

A modernidade opera mudanças radicais na política, na economia e no comportamento, na medida em que a produção social de riquezas se faz acompanhar, cada vez mais, de uma produção social de riscos agravada por uma forte e irresistível corrente de unificação do mundo na qual referida dinâmica coincide com a conjunção de fenômenos econômicos, de inovações tecnológicas e as reviravoltas geopolíticas.

A percepção atenta na leitura de Ulrich Beck referente a sua obra “*Sociedade de risco – Rumo a uma outra modernidade*¹⁰” perpassa cristalina a ideia

de que vivemos um momento de ruptura no interior da própria modernidade, semelhante àquela que a modernização acarretou para as práticas feudais, provocando o surgimento da civilização industrial. Assim, a sociedade moderna é bem mais complexa do que qualquer uma das formações sociais mais antigas, e que eram limitadas regionalmente.

Ainda que essa unidade do mundo não seja nem um fenômeno absolutamente recente, nem uma realidade completa, não é menos verdade que ela constitui uma mutação geral e profunda tanto na organização mundial como na percepção do nosso universo.

Conforme os estudos desenvolvidos pela Professora Cláudia Rosane Roesler¹¹, utilizando-se da obra “*Cadernos Democráticos*”, do consagrado Boaventura de Souza Santos, percebe-se os contornos da crise na modernidade a par da citação: “*O Contrato Social da Modernidade repõe os principais momentos da fundação da obrigação política moderna, mostrando a constante tensão dialética entre regulação e emancipação social, interesses individuais e bem comum, vontade individual e vontade geral, bem como a sua lógica de inclusão/exclusão.*”

Nesse diapasão, não é tarefa difícil concluir que, nas sociedades industriais, a mudança é uma constante. Mas muitos escritores e comentadores afirmam hoje que a vida moderna vem sofrendo uma transição particularmente radical em seu caráter. Uma combinação entre tendências e forças profundamente arraigadas na economia, na tecnologia, nas relações sociais e na cultura vem alterando a própria natureza da modernidade.

Assim como no século XIX, a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, a modernização no horizonte prático é suplantada paulatinamente pelas situações problemáticas da sociedade industrial, passando esta por um desencantamento dos processos nas formas de vida, do trabalho na família nuclear e inclusive na profissão, com alteração preponderante dos papéis clássicos do modelo de homens e mulheres na sociedade moderna.

Percebe-se cristalinamente a alteração da modernização nos trilhos da sociedade industrial que é substituída por uma reforma das premissas da sociedade industrial, que, em tese, não estava prevista em nenhum manual teórico de sociologia ou de teoria política do século XIX.

Não resta dúvida de que a oposição de pensamento entre modernidade e sociedade industrial atualmente nos confunde no sistema de valores segundo grande número de autores e, em outras palavras, a presença do eventual colapso

da modernidade. Nesse cenário antimodernista que inquieta o mundo, presente encontra-se um projeto para além da sociedade industrial.

A base sociológica contemporânea aponta que na sociedade tudo se transforma, família, profissão, fábrica, classes sociais, trabalho assalariado, e, de essencial, não se observam grandes mudanças no contexto da sociedade para melhor.

Argumentando o melhor pensamento do sociólogo Ulrich Beck¹²: “*cedo ou tarde na história social começam convergir na continuidade dos processos de modernização as situações e os conflitos sociais de uma sociedade ‘que distribui riqueza’ com os de uma sociedade ‘que distribui riscos’*”.

Beck¹³ vai além ao contextualizar: “*Isto fica ainda mais claro se tivermos em conta o feito peculiar, o padrão distributivo específico dos riscos da modernização: eles possuem uma tendência imanente à globalização. A produção industrial é acompanhada por um universalismo de ameaças, independente dos lugares onde são produzidas: cadeias alimentares interligam cada um a praticamente todos os demais na face da Terra. Submersas, elas atravessam fronteiras. O teor de acidez do ar carcome não apenas esculturas e tesouros artísticos, mas há muito corroeu também os marcos de fronteira.*”

Observando referida afirmação, conclui-se que a evolução da sociedade como sistema social mais abrangente vincula-se diretamente à evolução de seus subsistemas sociais; nesse contexto, temos a emergência dos mecanismos evolutivos especificamente na relação do direito e do Estado.

Trata-se de uma perspectiva necessária que assenta uma visão simplista de mudança da sociedade contemporânea em que tendências correntes firmam-se na necessidade de conectar o ambientalismo atual na perspectiva do desenvolvimento econômico, sem comprometer a ideia da preservação da vida futura.

Nesse contexto, há uma abertura da hermenêutica jurídica para outros valores que devem ser considerados quando da análise da aplicação do Direito da Sustentabilidade. Como decorrência da substituição do critério da certeza pelo da probabilidade, consagrado como advento do princípio da precaução.

Importante registrar o entendimento manifestado pelo douto Professor Gabriel Real Ferrer¹⁴: “*A presença do homem sobre a terra como a qualquer outra espécie supõe inescusavelmente sua interação com a natureza. Em direta relação com suas capacidades e com o número de seus indivíduos, todas as espécies alteram o seu entorno para atender a suas necessidades vitais.*” (tradução do autor)

Ainda neste sentido, o posicionamento firmado pelo Professor Catarinense Paulo Márcio Cruz¹⁵ destaca para a necessidade emergente de o Estado despertar

para os efeitos da globalização econômica frente às questões que envolvem as prerrogativas ambientais, como citamos abaixo; “... *a nova tendência internacional, de globalização econômica, passou a priorizar mercados e eficiência comercial, desprezando assuntos fundamentais como o Meio Ambiente e os Direitos Humanos. Cada vez mais também é distante a possibilidade de que os indivíduos disponham de um direito de ação ou petição ante organismos internacionais em caso de não cumprimento por parte de algum Estado.*”

Portanto o Estado veio tendo, no correr deste século, acentuado papel e requer sua atuação na interação entre a questão do meio ambiente e a economia. Hoje, essa atuação, que vinha sendo aceita pacificamente, passou a ser questionada, de tal forma a se perguntar qual deve ser o papel do Estado na realização do fenômeno econômico, ou, por outra forma, qual será o futuro do meio ambiente frente ao consumo dos recursos não renováveis.

Dessa feita, o debate sobre a política econômica e de sustentabilidade progrediu bastante nas três últimas décadas emergindo uma nova orientação política e programas, não apenas na Europa, mas também em outros países e continentes, trabalhando a ideia de democracia social atualizada. Assim, o Estado não deve dominar nem o mercado nem a sociedade civil, embora precise regular e intervir em ambos.

A indagação deverá fazer-se com maior abrangência, para que se possa ter uma visão mais completa da questão. A análise deverá levar em conta que o fenômeno jurídico, tanto quanto o econômico e ambiental, não se restringem a contornos lógicos, mas se amoldam também à vivência histórica, ou seja, o relacionamento entre meio ambiente e economia não é passível de explicação somente à luz da lógica formal, mas deverá receber luz também da experiência pelo debate da sustentabilidade.

4. A relação entre economia e meio ambiente

Para explorar o debate entre economia e meio ambiente na modernidade, podemos examinar a degradação ambiental como um dos aspectos da globalização. Uma das situações concretas é que a poluição não reconhece fronteiras nacionais como os fenômenos do aquecimento global e a destruição da camada de ozônio. Ocorrem fora das fronteiras territoriais dos Estados-nação e são causados por atividades econômicas em todas as partes do mundo.

Em todas as etapas do processo econômico são observadas interações e impactos sobre o meio ambiente, em maior ou menor grau. Como exemplos, a produ-

ção utiliza recursos naturais, gera efluentes e resíduos, a distribuição utiliza combustíveis eventualmente poluentes, ou dutos que, rompendo-se, causam problemas ambientais, o consumo produz restos de produtos e embalagens que são descartados, gerando frequentemente impactos ambientais.

Outras questões ambientais cruzam fronteiras, e sua solução exige cooperação internacional porquanto o meio ambiente e a economia estão ligados em um sentido mais forte. A nova economia global aumentou simultaneamente o alcance e a extensão da degradação ambiental.

O conceito operacional da palavra economia¹⁶ aponta o significado de “o controle para evitar desperdícios, em qualquer serviço ou atividade”, enquanto a abordagem atual do tema “meio ambiente” aponta que os recursos naturais são limitados, finitos e frequentemente escassos e, portanto, o seu uso deve ser feito de maneira sustentável, ou seja, com economia.

As sociedades modernas vêm passando por um período de rápida mudança social e econômica devido à globalização, ao desenvolvimento de tecnologias da informação, ao individualismo crescente na sociedade, às crescentes desigualdades, e assim por diante.

O meio ambiente, ao interagir com todas as atividades humanas, é modificado continuamente por essas atividades enquanto a atividade econômica está sempre presente nessa interação, pois a implantação de novas leis, as demandas e pressões de consumidores ou a própria consciência dos empresários constituem-se em fatores que forcem uma nova postura e novas regras de conduta no tocante às atividades industriais, com repercussão direta na sociedade em que estamos inseridos.

Os bens de valores econômicos que são consumidos pelos seres humanos têm origem na natureza, como a gasolina do petróleo, as roupas do algodão, as comidas das plantas e as águas dos rios. Essa, inclusive, foi a preocupação do legislador ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor e inserir no inciso XIV, do art. 51, a seguinte disposição: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que (...) XIV) infringjam ou possibilitem a violação de normas ambientais”.

A preocupação com o meio ambiente acaba por gerar repercussões na economia, na medida em que os consumidores deveriam dar preferência em adquirir produtos orgânicos e verificar se a soja que está em circulação é transgênica.

A nova economia global aumentou simultaneamente o alcance e a extensão da degradação ambiental. Toda a atividade econômica industrial causa danos ambientais: recursos devem ser extraídos, resíduos produzidos e a globalização está aumentando maciçamente a escala.

O simples crescimento da demanda por bens industriais e de consumo em países com industrialização recente vem exercendo novas e imensas pressões sobre os recursos globais aliado ao aumento do comércio internacional de bens que requer, inevitavelmente, mais transporte, que é por si só uma das principais fontes de emissões de carbono e de outras formas de poluição.

O esgotamento dos recursos, a poluição e o gerenciamento dos transportes comprometem a lucratividade contínua da produção global onerando os custos e elevando os riscos, por isso a regulamentação ambiental, a tentativa de reduzir o prejuízo ao meio ambiente torna-se uma ferramenta essencial do processo econômico mundial.

O crescimento da importância da sustentabilidade permite observar mudança de comportamento também nas empresas que têm realizado melhorias ambientais, estimuladas por órgãos de controle ambiental e pela mídia que, por sua vez, reflete a vontade e interesse do público em geral, em busca de uma melhor qualidade de vida.

Por vezes essas melhorias são conseguidas por força de leis, regulamentos e fiscalização pelos órgãos ambientais, atuando no pale de comando e controle e, em muitos outros casos, elas decorrem de ações voluntárias, antecipando-se à emissão das leis e procurando criar uma imagem favorável e melhor aceitação da atividade industrial e do próprio produto pelas comunidades e consumidores.

Atualmente, existe uma velocidade muito grande de lançamento de novos produtos, com o público consumidor ávido por inovações. Nessa situação, o consumidor está passando a valorizar mais a empresa fabricante e não apenas a marca do produto, estando assim ressaltado o comportamento ético da empresa, onde atuam diversos fatores, entre os quais o desempenho ambiental.

Importante registrar que referido fenômeno assume formas tanto públicas como privadas nos controles sobre a poluição, impostos ambientais, acordos internacionais sobre o meio ambiente, sendo essas as medidas habituais do governo para restringir o dano ambiental. Esses procedimentos foram imensamente ampliados ao longo das últimas duas décadas, conforme os efeitos do dano causado ao meio ambiente, que se tornam presentes e palpáveis no cotidiano dos seres vivos, sejam da espécie humana ou não.

Nesse ínterim, ao mesmo tempo, controles ambientais começaram a ser impostos autonomamente dentro do setor privado; nos casos em que o uso de recursos e a produção de resíduos são ineficientes, eles representam gastos que podem ser evitados. Notadamente os riscos ambientais oneram o custo das apólices de seguro contratadas.

A eficiência em recursos e energia na indústria está aumentando e os resíduos desnecessários estão sendo gradualmente reduzidos e, em muitos casos, o valor econômico de um produto está mais no *design* do que em sua simples massa considerando que muitos setores da economia de mais rápida expansão, nos países de primeiro mundo, produzem coisas imateriais: programas para computadores, programas de televisão, serviços financeiros, serviços de entretenimento.

É necessário que, na defesa de nossos interesses, os órgãos governamentais responsáveis pelo comércio internacional e empresas realizem um acompanhamento cuidadoso das medidas protecionistas praticadas por alguns países, que eventualmente usam como pano de fundo a questão ambiental.

Lembramos o Princípio 12 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento¹⁷: “*As políticas econômicas com fins de proteção ambiental não devem servir para discriminar ou restringir o comércio internacional. Medidas para controle de problemas ambientais transfronteiriços ou globais devem, sempre que possível, serem baseadas em consenso entre os países.*”

Pelo conceito de sustentabilidade, certamente, o debate mais fervoroso que existe relaciona-se às dimensões econômica e ambiental, por representarem interesses profundamente contraditórios. De um lado, encontra-se o discurso dos economistas, com foco direcionado ao desenvolvimento econômico, tendo por base a utilização dos recursos naturais existentes. É bem verdade que o discurso econômico moderno é muito mais racionalizado do que em décadas passadas, tendo absorvido o conceito de utilização racional dos recursos desde a década de 1970 até os dias atuais.

Do outro lado da discussão, encontram-se os ambientalistas, que defendem a preservação dos recursos naturais, com foco na preservação da vida das futuras gerações, muitas vezes ignorando os argumentos econômicos e se lançando em discursos inflamados, ricos de sentimentalismo.

Ambas ideias contêm, em sua essência, diferenças fundamentais que aparentemente impedem a obtenção de uma visão partilhada unificada que possa ser aceita de modo amplo e irrestrito.

Acredita-se que a alternativa para a construção dessa proposta resida em um dos poucos pontos comuns, aceitos por ambas: o fato de que os recursos naturais são escassos e finitos.

O conceito operacional da palavra *escasso*¹⁸ traz consigo a certeza de que, se mal utilizados, os recursos findarão trazendo conseqüências negativas às futuras gerações.

Com esse ingrediente, uma possibilidade de se obter um ponto de equilíbrio entre as diferentes visões apresentadas seria o estabelecimento de políticas de geração de riquezas, tendo como base o risco de exaustão total que os recursos escassos têm.

Ou seja, a proposta aqui apresentada versaria sobre a possibilidade de se tirar proveito do risco existente de que os recursos venham a acabar. Por parte dos ambientalistas, haveria a certeza de que os recursos seriam gerenciados de modo correto, evitando que findassem. Por parte dos economistas, haveria a certeza da geração de riquezas, aumentando a renda da população e do país.

Inicialmente, dever-se-iam identificar os recursos em risco de exaustão, os quais representassem riscos em termos da manutenção da sobrevivência das pessoas. Um critério de priorização, que levasse em conta o risco potencial da falta e a gravidade em caso de exaustão do item, poderia ser utilizado para orientar as ações a serem tomadas na sequência.

O desenvolvimento de soluções de substituição ou reposição desses recursos, de modo a evitar a sua falta. Nessa etapa, o investimento em pesquisa seria elevado, com vistas a propiciar o desenvolvimento rápido das soluções necessárias.

Num terceiro momento, seria feita a implantação das soluções elaboradas, objetivando eliminar o risco da falta dos recursos, iniciando-se por aqueles cujas soluções já estariam prontas e que fossem aplicadas aos recursos mais prioritários de acordo com o critério de priorização.

Por fim, seria feito um controle periódico do processo de geração dos recursos substitutos, de modo a avaliar a eficácia das ações tomadas e, eventualmente, efetuar correções que garantissem a sua efetividade.

Em paralelo a essa ideia, que demanda um período de tempo relativamente longo para ser implementada efetivamente, sugere-se um fortalecimento dos programas ambientais já em fase de implementação, tais como: a reciclagem do lixo e o estímulo ao uso de produtos reciclados; o reflorestamento; o controle da emissão de CO₂; o manejo florestal e o uso de filtros antipoluição nas indústrias.

A manutenção da vida no planeta depende da garantia da existência dos recursos essenciais ao ser humano para as gerações futuras. O ritmo acelerado de geração de poluição e consumo dos recursos já escassos deve ser uma problemática de todos, independentemente da sua nacionalidade, ocupação ou de suas crenças.

O equilíbrio entre a dimensão econômica e as demais dimensões da sustentabilidade surge como uma alternativa absolutamente fundamental para a criação de normas jurídicas apropriadas para manutenção da vida em espaços além-fronteira.

Deve-se, portanto, incentivar a tomada de ações que tragam resultados palpáveis que permitam o progresso econômico e o aprimoramento da regulação jurídica da preservação da vida do planeta por meio da construção de espaços transnacionais, sem prejudicar as futuras gerações.

A expectativa é que essas sugestões, que não se findam aqui neste texto, possam ser um instrumento para a mudança da trajetória atual ou que, ao menos permitam aos leitores uma reflexão que traga novas propostas, as quais, somadas às apresentadas, possam trazer os resultados esperados em termos de sobrevivência futura da raça humana.

5. Considerações finais

Essa mudança da forma de desempenho no âmbito da economia deverá provir de uma substancial alteração da concepção filosófica do Estado. Será preciso compreender que o Estado não tem mais uma postura de dirigente ou impulsionador da economia, mas incumbe-lhe assumir o papel de facilitador da atuação da empresa.

Para implementar essa ingente tarefa de recriar o novo Estado apto a atuar no domínio econômico, ensina Cossé¹⁹ que o mundo moderno deverá se dedicar a suprir cinco graves carências, que se referem à necessidade de um amplo debate público sobre tais questões; à adoção de instrumentos adequados; à atenção ao princípio da subsidiariedade; à internacionalização da economia e à postura do poder político perante a vida democrática.

Portanto, no presente estudo, concluímos que, ao atuar indiretamente na condução, no estímulo e no apoio da atividade econômica empreendida pelos particulares, o Estado adota determinadas formas de política econômica, peculiares a cada campo de atuação, merecendo no momento voltar-se a atenção das questões que implicam o desenvolvimento econômico sustentável.

Nesse sentido, as políticas públicas necessitam estabelecer princípios orientadores de atividade econômica baseada em atividades de sustentabilidade.

Para garantir a consecução desses objetivos, deverá o Estado adotar uma série de medidas de política econômica que podem dizer-se instrumentos para alcançar aqueles objetivos fundamentais, mas que não têm por isso sua importância diminuída.

Notas

¹ O presente artigo é fruto da investigação realizada na Universidade de Alicante, no âmbito da Disciplina *Derecho Ambiental Y Sostenibilidad*, ministrada pelo Prof. Dr. Gabriel Real Ferrer

em face do Convênio do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Nível Superior – CAPES na concessão de Bolsa Professor Estrangeiro Visitante.

² CRUZ, Paulo Márcio. *A Função Social do Estado em Heller*. Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ – Eletrônica, Vol.2, n.4 (1996).

³ Assinala Pierre Deyon: “*Mas o elemento comum, o elemento essencial é a teoria da balança comercial, ou mais exatamente a convicção de que uma ação harmonizada, dirigida pelo Estado deve permitir o equilíbrio positivo desta balança; fonte de prosperidade e de poder. Esta permanente preocupação com o equilíbrio das importações e das exportações faz a realidade e a unidade do pensamento mercantilista*” DEYON, Pierre. *O mercantilismo*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1973, p.57.

⁴ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Lisboa: Ed. Gulbenkian, 1983, p. 199.

⁵ MARX, Karl. *Crítica da economia política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1990.

⁶ Idem, *ibidem*, p. 13.

⁷ GARCIA, Antonio Fernando Monteiro. *Uma abordagem da Intervenção do Estado no Domínio Econômico: a intervenção estatal no sistema financeiro*. Dissertação de Mestrado, Universidade do Vale do Itajaí, 2002.

⁸ PAULO II, João. *Centesimus annus*. São Paulo: Paulinas, 1991.

⁹ CRUZ, Paulo Márcio. *op cit*.

¹⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade!* tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 367.

¹¹ ROESLER, Cláudia Rosane. *Reinventar a Democracia*. Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ. V.9 – n.3, set./dez.2004, p.709-712.

¹² BECK, Ulrich. *op cit*, p. 25.

¹³ BECK, Ulrich. *op cit*, p. 43.

¹⁴ FERRER, Gabriel Real. “*La construcción del Derecho Ambiental*. Material ministrado na Disciplina de Direito Ambiental e Sustentabilidade na Universidade de Alicante, Espanha em maio/junho de 2011.

¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio. *Soberania, Estado, Globalização e Crise*. Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ. Ano VII, nº 15, dezembro/2002, p. 7-24.

¹⁶ MICHAELIS: *moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

¹⁷ *Declaração do Rio de Janeiro sobre meio Ambiente e Desenvolvimento: Convention on Biological Diversity e Convention on Climate Changes*. In: Revista de Estudos Avançados. São Paulo: USP, vol.6, nº 15, maio/junho de 1992.

¹⁸ MICHAELIS: *moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

¹⁹ COSSÉ, Pierre-Yves. *Un Avenir à Inventer*. In: Recue Française d'Administration Publique, Paris, n.º 61, jan/mar 1992, p.155.

Referências bibliográficas

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

COSSÉ, Pierre-Yves. *Un avenir à inventer*. In Recue Française d'Administration Publique, Paris, n.º 61, jan-mar/1992.

CRUZ, Paulo Márcio. A Função Social do Estado em Heller. Revista *Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, Vol. 2, n.º 4, 1996.

_____. Soberania, Estado, Globalização e Crise. Revista *Novos Estudos Jurídicos – Ano VII – n.º 15, dez/2002*.

DEYON, Pierre. *O Mercantilismo*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1973.

FERRER, Gabriel Real. “*La construcción del Derecho Ambiental*”. Material ministrado na Disciplina de Direito Ambiental e Sustentabilidade na Universidade de Alicante. Espanha, mai-jun/ 2011.

GARCIA, Antonio Fernando Monteiro. *Uma abordagem da Intervenção do Estado no Domínio Econômico: a intervenção estatal no sistema financeiro*. Dissertação de Mestrado, Universidade do Vale do Itajaí, 2002.

MARX, Karl. *Crítica da Economia Política*, 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1990.

MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

PAULO II, João. *Centesimus annus*. São Paulo: Paulinas, 1991.

ROESLER, Cláudia Rosane. Reinventar a Democracia. Revista *Novos Estudos Jurídicos – NEJ*. Vol. 9, n.º 3, set-dez/2004.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Gulbenkian, 1983.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo estudar a interação do meio ambiente e do interesse econômico, dando enfoque para a intervenção do Estado mediante a aplicação do Direito Econômico e do Direito Ambiental, na construção do equilí-

brio de forças entre ambientalistas e economistas para o alcance do bem-estar social da sociedade moderna.

Palavras-chave: Desenvolvimento econômico – Função social do estado – Intervenção do estado – Direito econômico – Direito ambiental – Estado moderno – Sustentabilidade.

Abstract

This article aims to study the interaction of environment and economic interest, focusing on the state intervention through the application of Economic Law and Environmental Law, in constructing the balance of power between environmentalists and economists to the achievement of welfare state of modern society.

Keywords: Economic development – Social function of the State – State intervention – Economic law – Environmental law – Modern State – Sustainability.

João Maurício Adeodato

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife, Livre Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Pesquisador I-A do CNPq.

Retórica Jurídica, Filosofia do Direito e Ciência Não-Ontológica

Como vou defender que a retórica é uma atitude filosófica, começo por dizer que a tarefa da filosofia do direito pode ser reduzida a dois grandes campos de investigação. Por um lado ela procura saber o que é o direito, como ele pode ser descoberto, conhecido, consultado. Por exemplo: o direito vem objetivamente da lei ou vem do que os juízes decidem que a lei quer dizer? E quando a sociedade não obedece à lei, por vezes até órgãos do próprio Estado não seguem a lei, o direito é o que a lei diz ou o que seus destinatários efetivamente fazem? Este é o problema do conhecimento do direito, o problema da **norma jurídica**.

Por outro lado, a filosofia do direito ocupa-se da questão da justiça, do valor, numa palavra, da ética no direito: existe uma regra acima da lei, acima dos tribunais e da própria Constituição? Por exemplo, uma regra que afirme que o aborto é crime independentemente do que diga o direito posto? Ou que proteja os direitos humanos de todos mesmo quando os governos nacionais e o seu direito os neguem a determinados grupos? Este é o problema do **direito subjetivo**. As repercussões práticas dessas duas ordens de problemas são imensas e muito importantes, dizem respeito à própria essência do que se entende por “direito”.

O maior desafio no meu trabalho filosófico tem sido construir uma teoria **retórica** da norma jurídica e do direito subjetivo. Apesar de milenar, a retórica foi pouco a pouco posta de lado por uma sociedade tecnológica e violentadora da natureza. A perspectiva retórica, que combate a verdade no conhecimento e prega a tolerância na ética, contraria dois adversários poderosos, quais sejam a religião e a ciência, instituições monoteístas, a serviço de uma “verdade certa” contra “inverdades erradas”.

Por duvidar das verdades, a retórica é também mal vista pelos regimes políticos não-democráticos. Quando discussões sobre conhecimento e ética se unem a práticas libertárias em prol de direitos tornam-se ainda mais perigosas para o monopólio do poder. Em nosso país, duas tentativas de democratização falharam dramaticamente, e o pensamento livre que subjaz a toda teoria foi abortado. Não é à toa que, em regra, a doutrina jurídica no Brasil tem se resumido em transcrições inúteis, no estilo “recortar e colar”, feita por amadores que não têm tempo de

estudar nem de pensar e inventaram essa maneira de produzir livros manualescos, longos e repetitivos, relatos descritivos do que dizem as leis e os tribunais. E hoje incorporaram-se à massificação da educação jurídica e dos concursos públicos.

Mesmo o leitor esclarecido não tem contato com a retórica. A civilização ocidental, nos últimos duzentos anos, quase que enterrou a retórica, cuja perspectiva era dominante na educação. Nem a religião teve tanto sucesso no combate à retórica como, na modernidade, teve a ciência. Por isso nós modernos nada sabemos de retórica. A filosofia retórica é paradoxal, pois combate a verdade e de certa forma pretende a verdade, é a velha acusação contra o ceticismo. Mas tenta responder a essa acusação. Dizer que a retórica pretende a verdade é frase que deve ser entendida metaforicamente; pelo menos não é o que tradicionalmente se entende por verdade que a retórica procura. A verdade tradicional é enunciado cogente, de aceitação racionalmente obrigatória, como dois e dois são quatro. A verdade retórica é um acordo momentâneo, logo extremamente mutável e autorreferente, no qual influem incontáveis fatores.

Este texto vai se deter mais de perto na crítica filosófica, jurídica e da própria ciência biológica a uma percepção “verdadeira”, superior às demais. Para começar, posso ressaltar as seguintes três teses de base:

1. Contra um pensamento muito difundido nos meios intelectuais e mesmo entre o vulgo, **retórica não é “apenas” ornamento**, embora os ornamentos retóricos sejam muito importantes para seduzir e persuadir.

2. Contra os ontólogos, que se veem como os únicos filósofos e não consideram filosófica a postura retórica, defendo que **retórica é um tipo de filosofia** que prescinde da verdade, pois filosofia não é a busca da verdade, da *aletheia* que se descobre, mas da sabedoria; o livro pretende fazer filosofia retórica e não, como os próprios retóricos advogam, retórica filosófica. A diferença não é só jogo de palavras.

3. Contra Aristóteles e toda a tradição, coloco a tese, realista, de que **retórica não consiste apenas em persuasão**, mas inclui também engodo, ameaça de violência e quaisquer estratégias que não consistam em coação irresistível (pois aí configura-se ausência de retórica, não é preciso falar). Ou seja, a retórica não está necessariamente ligada ao “bem”, ao “bom ethos”, como queria Aristóteles. Aí ela está mais de acordo com os sofistas que ele queria combater.

Em suma: aplico um conceito próprio de retórica para defender a ideia de que verdade e justiça únicas, corretas, são ilusões altamente funcionais e que os acordos precários da linguagem não apenas constituem a máxima garantia possível, eles são os únicos. Além de serem temporários, autodefinidos e circunstanciais,

referentes a promessas que são frequentemente descumpridas em suas tentativas de controlar o futuro, esses acordos são tudo o que pode ser chamado de racionalidade jurídica.

Novas pesquisas sobre o cérebro humano apontam para um claro contraste entre como ele efetivamente lida com o ambiente e essa perspectiva, milenar e profundamente arraigada no senso comum, de que o mundo está lá para ser observado tal como é, “dado”. A psicologia da percepção também tem desempenhado papel importante, ao revelar que **o dado é construído** e que não existem propriamente ilusões e decepções perceptivas, o que não implicaria uma experiência “correta”, mas sim diferentes percepções.

Tais “ilusões” não ocorrem apenas em casos nos quais os limites sensoriais e perceptivos em geral são levados a extremos, em situações-limite ou programadas, como no caso dos cães de Pavlov, mas parecem ser muito mais comuns e parte do dia a dia de humanos e animais a ele mais próximos. Daí a conclusão: os órgãos dos sentidos constroem o mundo “externo” da melhor maneira que podem, para melhor adaptar a vida nele.

Assim a cognição humana pode ser dividida em **três grandes setores**: o mundo circundante, o “mundo das coisas”, dos objetos em torno; o mundo do corpo e das experiências que ele transmite, o “mundo corporal”, como a dor, o calor e o frio; o mundo dos pensamentos, sentimentos, imaginação, o “mundo espiritual”. Pessoas saudáveis normalmente separam com relativa nitidez esses três níveis da experiência. Pessoas com disfunções mentais, tipo esquizofrenia, tendem a confundí-los. Porém essas fronteiras são muito tênues e loucuras coletivas como a “solução final” dos nazistas – a banalidade do mal de que fala Hannah Arendt – atestam isso.

É este o sentido da autorreferência retórica: não existe uma instância de controle externa e objetiva em relação à linguagem. Um psicopata sente sua conduta tão “confirmada” pelo mundo quanto uma pessoa sã e só um observador externo conseguiria separá-los. E essa “normalidade” do observador externo só se constitui com o acordo de um grande número de outros indivíduos, pois uma loucura que a maioria das pessoas considera sanidade não pode ser encarada como loucura. Da mesma forma que seus cérebros, os seres humanos não têm qualquer experiência de que existe algo entre eles e o mundo exterior, uma instância mediadora, e o senso comum os leva a perceber o ambiente como um “dado” empírico. Mas essa mediação é claramente feita pela linguagem e é sempre interessante lembrar como a teoria do conhecimento demorou a perceber isso.

Os órgãos dos sentidos traduzem a infinita multiplicidade dos estímulos do mundo dos eventos em estímulos bioelétricos, pois o cérebro somente pode entender essa linguagem (até a linguagem dos hormônios precisa ser assim traduzida, para que possa fazer efeito nas células nervosas do cérebro). E tampouco esses estímulos bioelétricos, que são também multifacetados e circunstanciais, podem explicar-se por relações de causa e efeito, sujeito e objeto. Nota-se o conceito de autoipoiese biológica.

As pesquisas experimentais apontam na mesma direção:

Uma prova da inespecificidade dos potenciais (estímulos) nervosos é a possibilidade, com um único e mesmo estímulo elétrico artificial em diferentes áreas do cérebro, de provocar diferentes alucinações sensoriais, p. ex., sensações visuais no córtex posterior, auditivas no córtex temporal, somatossensoriais no assim chamado lobo pós-central.

Quer dizer, para o cérebro existem apenas as mensagens neuronais que vêm dos órgãos dos sentidos, mas não os órgãos dos sentidos em si mesmos, os quais o cérebro não percebe, da mesma maneira que, para o expectador do cinema, a câmera não existe nem é percebida. Assim: o que chega ao córtex ínfero-posterior (occipício) é uma impressão visual, totalmente independente da “origem real” da mensagem, do sinal de origem. O cérebro transforma estímulos físicos e químicos em impulsos nervosos sob condições próprias, faz sua própria realidade.

Isso leva à estranha verificação de que o cérebro, ao invés de ser “aberto ao mundo”, como parece ao senso comum, é em certo sentido um sistema fechado em si mesmo, que interpreta e avalia sinais neuronais segundo critérios desenvolvidos por ele próprio, de cujas origens e significados “verdadeiros” nada de confiável ele (cérebro) sabe. Em outro sentido ele é aberto às experiências do mundo dos eventos, que vão influenciar seu desenvolvimento. O ambiente sensorial percebido pelos seres humanos é uma construção do cérebro, que nada tem a ver com uma pretensa “realidade”, ainda que não seja, de modo algum, uma construção inteiramente arbitrária.

Apenas, porque a maioria das questões científicas apresenta pouco ou nenhum interesse, há um maior acordo sobre os temas científicos. Mas também a chamada verdade racionalmente cogente é retórica. Acontece que, quando o relato vencedor vai significar uma questão grave para as pessoas cujos relatos concorrem, ou seja, quem vencer terá grande vantagem e quem perder terá grande desvantagem na vida, haverá grandes comoções, paixões, desejos... Aí é que se vê a fragilidade desses acordos.

Isso também na esfera interna, cujo relato solipsista entra em frequente confronto com o controle público da linguagem, que são os relatos externos concorrentes. Assim um sujeito pode dizer a si mesmo que é um grande jurista e achar todos os demais idiotas, enquanto os outros podem achá-lo um tolo desagradável. Esses relatos entram em conflito, e a vitória de um deles vai depender de inúmeros fatores. Uma mesma situação pode, assim, ser definida como autoconfiança de um incompreendido ou como loucura de um chato medíocre.

A “realidade”, para a filosofia retórica, é assim o relato vencedor. O poder consiste exatamente na faculdade de interferir sobre esse relato vencedor. O poder parece ser a maior das paixões do ser humano, um animal gregário e político, condenado dentro de sua própria linguagem. Por isso, deter poder modifica o comportamento, divide os seres humanos entre os que têm e os que não têm poder. Mais que dinheiro, sexo ou beleza, que são apenas meios para adquirir e exibir poder. Para os propósitos da retórica, tem poder quem está em condições de obter acordo de outra pessoa, mas esse acordo vai muito além da livre adesão, ou seja, pode implicar algo que a outra pessoa não desejaria ou evitar algo que ela desejaria: condições de torturar, de se fazer amar, de conseguir um prato de comida, conceder ou negar sexo, em suma satisfazer ou não desejos e inclinações. Basta observar as modificações que a circunstância de deter um pouco de poder exerce sobre as pessoas, seja um juiz, um coordenador de um curso universitário, um burocrata, uma beleza passageira ou mediana inteligência.

O direito é um dos fatores poderosos na direção e constituição desse relato vencedor. Quando o STJ decide que não há mais direito ao crédito-prêmio de IPI, há vários relatos adversos concorrendo, como sempre. Mas um relato defendido pelo STJ é protegido pelo direito institucionalizado, logo é bem provável que seja vencedor, há um sistema democrático que se organiza em termos de tribunais, hierarquias etc., justamente para constituir o relato e controlar a angústia diante do futuro.

Por isso, a filosofia retórica advoga a pulverização do poder: quanto menos seres humanos concentrarem poder ou permanecerem com poder, mais a insanidade trazida pelas certezas será combatida. Mandatos curtos para ocupantes de tribunais superiores, dificuldades à reeleição e profissionalização de políticos, diminuição radical no número de cargos públicos “de confiança”... As soluções institucionais estão aí, todas contrariando essa obsessão atávica dos humanos por ter poder sobre os demais. Até hoje têm sido utópicas diante do absurdo lógico que é seres humanos poderem legislar em causa própria, como o fazem políticos e magistrados.

É assim que, do ponto de vista da filosofia retórica, não há diferença entre o enunciado $E = \text{massa} \times \text{velocidade da luz ao quadrado}$ ($E = mc^2$) e o fato de alguém ter morrido num acidente de trânsito ou não. Se os vencedores concordarem que aquela pessoa não faleceu, pois a viram ressuscitar ou conversam diariamente com ela no cemitério, por exemplo, esta é a verdade. Por isso, o Cristo nasceu de mulher virgem, o papa é infalível, Plutão deixou de ser um planeta e os reinos da natureza não são apenas animal, vegetal e mineral (pois há vírus e fungos). Para comprovar que $E=mc^2$ é preciso um razoável grau de conhecimento matemático do qual a maioria das pessoas não dispõe; então elas acreditam porque as pessoas daquele grupo que têm esse conhecimento dizem-lhes que estão de acordo com Einstein. E também, pragmaticamente, repita-se, porque esse enunciado não tem muita importância para a grande maioria das pessoas, diferentemente do que ocorre com o direito.

Observe-se a seguinte opinião:

Entretanto, do ponto de vista puramente psicológico, torna-se sem dúvida mais grave o adultério da mulher. Quase sempre a infidelidade no homem é fruto de capricho passageiro ou de um desejo momentâneo. Seu deslize não afeta de modo algum o amor pela mulher. O adultério desta, ao revés, vem mostrar que se acham definitivamente rotos os laços afetivos que a prendiam ao marido e irremediavelmente comprometida a estabelecida estabilidade do lar.

Este era o relato vencedor. Será hoje? É por isso que o demônio e os buracos negros têm o mesmíssimo grau de fidedignidade, ou seja, são retóricos. E a ética cética só pode ser uma ética de tolerância.

“...a espécie humana pejeja para impor ao latejante mundo um pouco de rotina ou lógica, mas algo ou alguém de tudo faz trincha para rir-se da gente...”

Guimarães Rosa

1. Introdução

Consigno, de início, a alegria de participar da presente publicação. Pela mão do saudoso Professor Josaphat Marinho, então Diretor da Faculdade de Direito da UPIS, conheci a Instituição e tive a oportunidade de integrar seu corpo docente no final dos anos 1990. Excelente experiência, que foi interrompida pelo doutoramento na Universidade de São Paulo (USP).

O tema proposto demanda recordar o que já é consabido, bem assim fazer algumas explicações preliminares. Primeiro, o fato de tocar ao Executivo, por mandamento constitucional, a condução das relações internacionais da República. Nesse sentido, a ele compete ratificar ou aderir a tratado, como também denunciá-lo. São, pois, atos privativos do chefe do Executivo. Ao Legislativo cabe aprovar ou não os tratados celebrados. Dessa forma, há necessidade da convergência das manifestações de ambos os poderes para que o tratado possa ser incorporado ao nosso ordenamento jurídico. Sobre o tema (*treaty making power*), muito já foi produzido. O que será explorado neste artigo são as hipóteses em que o Poder Legislativo tem a iniciativa de por fim à vigência do tratado no plano interno. E, ao fazê-lo, vincula o Presidente da República à necessidade de se desvincular do ato internacional na esfera externa.

A extensão constitucional das atribuições presidenciais na condução das relações exteriores do país não deixa, à primeira vista, espaço para atuação do Poder Legislativo nesse domínio. É certo que, sobretudo nos sistemas presidencialistas, o presidente goza de prerrogativas mais amplas que o legislador no tocante à vida externa do Estado. O quadro constitucional existente dá o tom do possível dinamismo e autonomia do parlamento em matéria de política externa.

Observa-se, contudo, que a existência de mecanismos informais de controle e de supervisão pode, por igual, complementar as determinações constitucionais nesse campo. Nesse contexto, o presente artigo aborda as hipóteses em que o Legislativo brasileiro pode determinar a não aplicação de tratado já incorporado ao nosso ordenamento jurídico. Assim procedendo, o poder legiferante forçaria o Executivo a denunciar o texto no plano internacional. Serão, pois, analisadas as possibilidades de terminação do tratado por iniciativa do legislador.

A doutrina pátria produziu, de modo superlativo, sobre o *treaty making power*. Pouca coisa foi elaborada, entretanto, tendo em atenção o *treaty termination power*. E, de maneira especial, a participação conjugada dos poderes referidos no sentido da terminação do tratado. Da convergência entre a falta de trato da questão pela doutrina e as necessidades da vida contemporânea, resulta a importância do tema proposto. O artigo cuida, assim, de aspecto pouco explorado no ordenamento jurídico brasileiro: o procedimento de extinção de tratado por iniciativa do Poder Legislativo.

2. Congresso Nacional e política externa

A ação congressional no campo da política externa pode se dar mediante utilização de instrumentos constitucional e regimentalmente previstos. Dessa forma, os parlamentares podem convocar o Ministro de Estado das Relações Exteriores para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas funções; realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil sobre tema vinculado às relações internacionais; solicitar informações escritas sobre determinado assunto; não aprovar escolha presidencial de chefe de missão diplomática de caráter permanente; diminuir orçamento destinado às relações exteriores.

Nesse sentido, BOGNETTI recorda que *“The existing, normal means of parliamentary control (interrogations, motion, resolutions, etc.) are (...) largely sufficient to ensure that Parliament, if it cares, can cooperate in the shaping of foreign policy and in the making of treaties”*. De fato, existem expedientes para que o Congresso, querendo, exerça maior peso na formulação da ação exterior da nação. No entanto, ele, ao menos no Brasil, ainda o faz de modo bastante acanhado.

No caminho de participação mais expansiva, há quem proponha até o *impeachment* como técnica de controle das relações exteriores no regime presidencialista. Quanto a essa possibilidade, DAMROSCH pondera que *“Impeachment, as a drastic after-the-fact remedy, could hardly foster the wisdom of major policy choices in the external realm (...). On the other hand, impeachment may properly belong in the legislative arsenal as a weapon of last resort against*

a president who has seriously subverted the constitutional system so that Congress cannot otherwise exercise its prerogatives of shared participation in important national foreign policy judgments". Sobre a eventual utilização desse recurso, vale lembrar que, na história da humanidade, jamais um presidente sofreu *impeachment* por conta da adoção de determinada conduta no campo externo.

No tocante à participação do Congresso brasileiro na formulação da vontade estatal de terminar um tratado, parece que os instrumentos apontados são úteis, mas não suficientes para assegurar medida mais imediata. Assim, a crônica parlamentar registra precedentes vinculados ao "desfazimento" do decreto legislativo de aprovação e a adoção de lei revogatória do decreto presidencial, ou com ele incompatível, que incorporou ao ordenamento jurídico interno o documento que se quer extinto. O primeiro modo de proceder torna, no plano doméstico, sem respaldo o decreto presidencial já que o decreto de promulgação compõe ato administrativo complexo juntamente com a aprovação do Congresso Nacional. Em derradeira análise, a queda do decreto congressional ocasiona a retirada do mundo jurídico do decreto de promulgação.

Nesse sentido, BAHIA registra que "deve ser tida como perfeitamente admissível a edição de um Decreto Legislativo revogatório de Decreto Legislativo anterior que tenha autorizado a celebração de tratado. O efeito será o de obrigar o presidente da República, politicamente falando, a denunciar o tratado firmado, salvo se a denúncia não for permitida pelo direito internacional". E arremata no sentido de que "Sua única consequência prática será a de criar a responsabilização política do presidente da República".

O outro mecanismo possível é a edição de lei incompatível com o tratado incorporado. Aplicar-se-ia, assim, o critério cronológico para equacionar a antinomia. Esse modo de perceber não é exclusivo nosso. FROWEIN e HAHN registram que, também na Alemanha, "*The Legislature may enact statutes expressly or impliedly incompatible with an earlier treaty. By doing so, Parliament again excludes the treaty provisions from the German legal order to which they gained access through the prior act of consent. Such an action would entail Germany's international responsibility*". Da passagem, merece destaque a lembrança de que essa forma de ação pode ocasionar a responsabilidade internacional do Estado que venha a descumprir tratado ao qual se obrigou.

Derradeira hipótese é a possibilidade de o Congresso estabelecer no decreto legislativo de aprovação a necessidade de sua anuência prévia caso o Executivo resolva denunciar determinado ato internacional. Sobre isso, não encontramos observação doutrinária ou prática. Ao que parece, não há precedentes. Não localizamos, por igual, óbice a essa maneira de proceder. Ao contrário, o parlamento

tem se valido de fórmulas lançadas nos decretos de aprovação que indicam a exigência de assentimento congressional para os casos de revisão do tratado. Eventual previsão vincularia o chefe do Executivo. A esse respeito, GLENNON destaca, com os olhos na experiência estadunidense, que “*Were the Senate or Congress to prohibit his act or to require — in a condition to the treaty or by the statute — that certain procedure be honored, the President would be bound to respect that limitation*”. Em síntese, cuida-se de alternativa a ser considerada, no curto prazo, para garantir a necessária e prévia aprovação pelo Legislativo de intento terminatório do Presidente da República.

O ideal, no entanto, seria assegurar a participação do Congresso na vontade extintiva. Isso pode ocorrer mediante interpretação constitucional a prestigiar a ideia de se perfazer o mesmo caminho percorrido para a vinculação (*actus contrarius*) ou mediante emenda constitucional assegurando a participação do parlamento de maneira geral, todos os tratados indistintamente, ou tópica, mediante lista expressa (p.ex.: fronteiras, cessão territorial, comércio, integração e direitos humanos).

No tocante à proposta do ato contrário, SEIDL-HOHENVELDERN sustenta que “*If the treaty had been transformed into municipal law, an actus contrarius, i.e., a repeal by the legislature, appears to be required. It would seem desirable de lege ferenda to insist on an actus contrarius*”. O professor é cauteloso (*must be*) e o é porque sabe que essa hipótese ou é fruto de interpretação pelo Judiciário ou está expressa em documento legal.

As críticas a essas proposições não tardam a chegar. A mais contundente vincula-se à celeridade da cena internacional a demandar ações e reações quase que instantâneas em contraste com a proverbial morosidade dos parlamentos. Sobre isso, o internacionalista austríaco respondia argumentando que “*International law could only gain by compliance with this recommendation, as parliament will, as a rule, be slower than the government to undo what it had approved before. This slowness, however, may perhaps justify an exception to the suggested rule in situations where the government would have to act very quickly, as in retaliating against treaty violations by another partner*”. O professor, no entanto, não avança solução concreta. Ele trata de exceção. No ponto, poder-se-ia considerar a hipótese de denúncia *ad referendum* do Congresso.

Ainda sobre eventual demora da Casa legislativa, parece válido sustentar que ela é diretamente relacionada à inação do Executivo. Sempre que esse quis e para tanto se empenhou, o parlamento foi extremamente veloz. Por vezes de forma preocupante, já que sem nenhuma reflexão mais elaborada no tocante às consequências todas que a vinculação no plano internacional poderia impor (v., p. ex., aprovação do Protocolo de Olivos).

Na sequência, convêm apreciar dois precedentes brasileiros relacionados a cada uma das hipóteses antes referidas: edição de decreto legislativo ou de lei. É importante registrar, desde logo, que os exemplos domésticos nesse domínio seguem sendo rarefeitos.

3. Congresso Nacional e terminação de tratado: iniciativa (precedentes)

De início, hipótese mais insólita. Cuida-se do **Caso Pinay**. Ele versa sobre a possibilidade de edição de decreto legislativo revogatório de decreto legislativo de aprovação. Pode-se quase que afirmar que se trata do único precedente. Pequena ponta de incerteza pode ser atribuída à ausência de metodologia no campo administrativo, sobretudo em tempos mais recuados, bem como às vicissitudes políticas desse ou daquele momento histórico. Cuida-se de situação em que o parlamento, por meio de novo decreto legislativo, revoga decreto legislativo de aprovação de tratado. O raciocínio, como referido, está em que, sendo o decreto presidencial de promulgação ato administrativo complexo resultante da vontade conjugada de dois poderes, a extinção do decreto que aprovou o tratado há de produzir, por igual, a extinção do decreto executivo de promulgação.

LESSA dá notícia precisa do contexto histórico que redundou no mencionado precedente. O assunto tem origem com a nacionalização de bens de súditos franceses no Brasil durante a Segunda Guerra Mundial. Com o fim do conflito, tem início a tentativa dos interessados em recobrar seus haveres. Após 1945, retomadas as relações bilaterais, ambos os governos celebraram acordos de pagamentos para ressarcimento, quando cabível, de indenizações de nacionais daquele Estado. O entrelhecho de diferentes interesses, a suspeita de corrupção e a gestão fraudulenta de bens levaram o tema às páginas dos jornais. Essa circunstância tornou o assunto maldito nos círculos políticos. Com efeito, conforme registra o professor da Universidade de Brasília, “os governos que se sucederam desde 1945 preferiram delas isolar-se, enquanto o contencioso permanecia, tal qual cadáver insepulto, sobre a mesa de negociações onde se encaminhava a agenda bilateral franco-brasileira”.

Por pressão da França, em maio de 1958, o governo brasileiro aquiesceu em instalar tribunal arbitral para resolver as questões. Para tanto, enviou ao Congresso o compromisso arbitral correspondente negociado em 1956. O documento foi aprovado pelo parlamento brasileiro em outubro de 1959, coincidindo com a visita ao Brasil de ANTOINE PINAY, ministro das finanças daquele país. Trata-se do Decreto Legislativo n. 13, de 1959.

A opinião pública, no entanto, dava seqüência aos rumores de obscuras negociatas que combaliam os cofres públicos. Ante a iminência das eleições, o governo tardou em adotar medidas no sentido da implementação dos compromissos arbitrários. A imprensa passou a dar vazão aos anseios populares e traz a público parecer do então Consultor Geral da República, GONÇALVES DE OLIVEIRA, em que ele sustentou a inconstitucionalidade do Acordo de 1956.

Esse o quadro, o Deputado JOSÉ BONIFÁCIO apresentou projeto de Decreto Legislativo solicitando revisão do ato de 1959. Argumentou, para tanto, que o Parlamento fora insuficientemente esclarecido pelo Executivo das exatas consequências para a fazenda pública da aprovação do Tratado de 1956. Asseverou, também, que o decreto ainda não havia produzido efeitos, já que o Itamaraty não nomeara, até aquele momento, seus árbitros para composição do tribunal. Propôs, assim, a revogação do Decreto n. 13. Esse fato vem a ocorrer com a aprovação do Decreto Legislativo n. 20, de 15 de dezembro de 1962, que “revoga o Decreto Legislativo n. 13, de outubro de 1959, que aprovou o Acordo de Resgate, assinado em 1956, entre os Governos do Brasil e da França”.

O governo viu-se, dessa maneira, em posição desconfortável. Internamente, não tinha como dar seguimento ao acordo; internacionalmente, descumpria tratado que o vinculava a outro Estado. A derradeira situação implicava responsabilidade internacional do Brasil. O assunto foi contornado aos poucos mediante entendimentos políticos e concessões de determinados privilégios aos franceses (p. ex., autorizações para pesca de lagosta e concessões de frequência de voos para *Air France*).

Para a outra hipótese, pode-se invocar a Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911, que regulava “a extradição de nacionaes e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos, quando, fóra do paiz, perpetrarem algum dos crimes mencionados nesta lei”, prescrevia novos princípios sobre matéria extraditacional no Brasil. Ela determinava, também, que fossem denunciados todos os tratados de extradição vigentes. A situação é pioneira entre nós. PEREIRA DE ARAÚJO preocupa-se em esclarecer que “por ser *sui generis* e se referir a uma ‘uniformização dessa modalidade de assistência internacional contra o crime’, não se pode considerar a lei referida como um precedente com fôrça a obrigar no futuro o Executivo a solicitar autorização do Legislativo sempre que desejasse denunciar determinado ato internacional”. O fato, no entanto, é que a lei impôs a denuncia de 12 tratados que existiam sobre a matéria.

No tocante às razões para a adoção do novo estatuto, MACIEL informa que “Em 14 de maio de 1905, o Supremo Tribunal Federal decidiu em *habeas-corpus* que

só se permitiria a prisão e entrega de extraditando havendo tratado; que a Constituição Federal abolira a extradição pela simples vontade do Poder Executivo e a fundada na reciprocidade, pois quais ajustes, nos termos da Lei Magna, dependiam de aprovação do Congresso Nacional (...). Nesse acórdão, em voto vencido, o Ministro Alberto Tôrres sustentou que “revogados estavam os tratados de extradição, uma vez que a Constituição exigia o pronunciamento do Judiciário sobre a matéria. Passando este aresto de 1905 a constituir jurisprudência, deixaram de ser concedidas as extradições fundadas na reciprocidade. Em face da situação criada, o deputado do Rio Grande do Sul, Germano Hasslocher, em 14 de julho de 1906, apresentou à Câmara um projeto de lei sobre extradição que, modificado, se tornou a Lei n. 2.416, de 28 de janeiro de 1911”.

É importante indicar, todavia, que o caso brasileiro não fora isolado. Assim, por exemplo, ARTHUR BRIGGS informa que, mediante nota de sua legação no Brasil, datada de 20 de janeiro de 1887, a Argentina denunciou o Tratado de Extradicação, de 16 de novembro de 1869, que vinculava ambos os países. O Governo do país vizinho fundamentou a denúncia do seguinte modo: “*El H. Congreso Argentino ha sancionado una Ley que fija reglas generales de procedimiento para la entrega de delincuentes aislados en la República y, dispone, que el P. E. denuncie á su vencimiento todos los Tratados de extradición celebrados con los Gobiernos amigos*”. No final da nota, as autoridades do país irmão propõem negociação de novo acordo, formulado “*sob novas bases, inspiradas nas leis de liberalidade que a sciencia política aconselha aos homens de Estado*”.

Dessa forma, a medida brasileira, ao que parece, não era destoante da prática da época. Convida atenção a circunstância de que muitas vezes naquele período o Estado determinasse, por imperativos administrativos e organizacionais internos, a denúncia de significativo número de tratados para, em seguida, propor nova negociação. Semelhante quadro é, nos dias de agora, improvável. Militam em favor da afirmação as mudanças verificadas na cooperação jurídica internacional em matéria penal.

O governo brasileiro de então, obedecendo a determinação legal, entrou a denunciar os tratados. Fato curioso é o registrado no estudo conduzido por JAMES GARNER. Nas suas palavras, “*In 1911 the Government of Brazil, having decided to denounce its extradition treaties, requested the Government of the United States to waive the requirement of the extradition treaty of May 14, 1897, that denunciation should take effect six months after notice, in order that the treaty might be abrogated by Brazil upon receipt by the United States of the notice of denunciation. The Secretary of State replied that ‘this Government has*

no power to waive the treaty requirement that six months notice an intention to terminate its extradition treaty with Brazil be given”. A resposta parece adequada diante de solicitação, no mínimo, imprópria.

Comentando a Lei de 1911, BRIGGS narra inúmeras tropelias ocasionadas pelo novo diploma legal. Produziu-se, por algum tempo, verdadeira “colcha de retalhos”. Cada tratado dispunha sobre entrada em vigor da denúncia de uma forma. Assim, compreende-se a solicitação feita aos norte-americanos. Cuidava-se de tentativa de harmonizar na esfera interna, ainda que minimamente, as confusões cronológicas geradas.

Desde então, não se tem mais notícia desse modo de proceder no Brasil. Mais adiante no tempo, ALBERTO e HELENA XAVIER, preocupados que essa prática fosse revivida, ponderaram que “A revogação ou denúncia de um tratado por obra de lei ordinária interna, da competência exclusiva de um desses poderes — o Legislativo — teria o alcance de um verdadeiro ‘golpe de Estado’”. A base para afirmação é que o tratado para vincular o país contou com a chancela de dois poderes: Executivo e Legislativo.

Os autores sustentam, dessa forma, a necessidade de um *actus contrarius* às avessas. Em que pese a razoabilidade da ponderação, não nos parece que se deva aplicar o princípio do ato contrário nesse caso. O argumento, para tanto, seria constitucional. O legislador, ao exercer sua missão, não depende em nada do Executivo. Esse pode até vetar o trabalho parlamentar. O veto, no entanto, pode ser derrubado pelo Parlamento. Em resumo, considerando matéria legislativa, a palavra final será sempre, em uma ordem democrática, do Poder Legislativo. Claro que o diploma legal é passível de ser questionado perante o Judiciário. A lei de 1911, caso fosse editada nos dias de hoje, poderia ser atacada, por exemplo, pela ausência de abstração e generalidade.

4. Conclusão

O monopólio da condução das relações internacionais pelo Executivo no Brasil ainda há de ter vida longa. Cuida-se de característica do regime presidencialista, ao qual estamos inseridos. Essa exclusividade, porém, tem de ser, em dado momento, compartilhada. Trata-se das hipóteses em que o Legislativo é chamado a se manifestar sobre tal ou qual ato internacional que, em conformidade com o disposto na Constituição Federal, acarrete encargo ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

As demais vertentes de controle entre poderes nesse domínio, contudo, seguem sendo pouco exploradas. Desinteresse dos parlamentares, indiferença do eleitorado ou falta de informação de ambos representam possibilidades de justifi-

cativa para a situação vigente. Ocorre, entretanto, que o contexto internacional e a inserção do Brasil nesse domínio estão mudando. Dessa forma, pode-se antever a necessidade de o Executivo dividir mais amiúde com o Legislativo o ônus e o bônus da condução da vida externa da República.

Esse quadro pode ser antecipado na proporção em que o Parlamento adote medidas tendentes a ampliar o controle do chefe de Estado nas relações internacionais. Aos tradicionais mecanismos (pedido de informações, audiência pública, comissões parlamentares), os membros da casa legislativa podem agregar a revogação de ato de sua competência. No caso, dos decretos legislativos de aprovação de tratados. Assim proceder significaria impor ao chefe do Executivo a necessidade de terminar o tratado para o Brasil no plano internacional por meio da denúncia. De outra maneira, o Poder Legislativo dispõe de mecanismo, ainda pouco utilizado, para controlar o Executivo na esfera das relações externas do país.

Referências Bibliográficas

- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. 2. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1956. v. 1-2.
- _____. *Tratado de direito internacional público*. 2. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1957. v. 3
- AUST, Anthony. *Modern treaty law and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito público internacional: a synthese dos principios e a contribuição do Brasil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.
- BOGNETTI, Giovanni. “The role of Italian Parliament in the treaty-making process”. In: RIESENFELD, Stefan A; ABBOTT Frederick M. (Ed.). *Parliamentary participation in the making and operation of treaties: a comparative study*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1994.
- BRIGGS, Arthur. *Extradição de nacionaes e estrangeiros: commentarios e informações sobre a Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1919.
- _____. *Extradição: tratados vigentes entre o Brasil e outros países*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909.
- BROTTONS, Antonio Remiro. *Derecho internacional público: II. Derecho de los tratados*. Madrid: Tecnos, 1987.

- CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- CARREAU, Dominique. *Droit international*. 4. ed. Paris: A. Pedone, 1994.
- DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Sarai-va, 2003.
- DAMROSCH, Lori Fisler. “Impeachment as a technique of parliamentary control over foreign affairs in a presidential system?”. *University of Colorado Law Review*, vol. 70.
- DOLINGER, Jacob (Coord.). *A nova constituição e o direito internacional: propostas e sugestões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Sarai-va, 2001.
- FRWEIN, Jochen; HAHN, Michael. “The participation of parliament in the treaty process in the Federal Republic of Germany”. In: RIESENFELD, Stefan A; ABBOTT Frederick M. (Ed.). *Parliamentary participation in the making and operation of treaties: a comparative study*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1994.
- GARCIA, Márcio Pereira Pinto. *A terminação de tratado e o Poder Legislativo à vista do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional internacional brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- GARNER, James Wilford (Coord.). “Law of treaties”. *American Journal of International Law Supplement*, vol. 29.
- GLENNON, Michael J. “Process versus policy in foreign relations: foreign affairs and the United Nations Constitution”. *Michigan Law Review*, vol. 95, n. 6.
- _____. *Diplomacia constitucional*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.
- HAMILTON, Lee H.; TAMA, Jordan. *A creative tension: the foreign policy roles of the president and Congress*. Washington: Woodrow Wilson Center Press, 2002.
- HENKIN, Louis. *Foreign affairs and the United States Constitution*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1996.
- LESSA, Antônio Carlos Moraes. *A parceria bloqueada: as relações entre França e Brasil, 1945-2000*. 2000. Tese (Doutorado em História) – Departamento de História, Universidade de Brasília, Brasília.

- MACIEL, Anor Butler. *Extradição internacional*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1957.
- McNAIR, Arnold. *The law of treaties*. Oxford: Clarendon, 1961.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Direito constitucional internacional: uma introdução: Constituição de 1988 revista em 1994*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PEREIRA DE ARAÚJO, João Hermes. *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1958.
- REUTER, Paul. *Introduction au droit des traites*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz. “Transformation or adoption of international law into municipal law”. In: *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 12.
- SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SMETS, Paul-F. *Les traits internationaux: devant le Parlement*. Bruxelles: Bruylant, 1978.
- XAVIER, Alberto; XAVIER, Helena de Araújo Lopes. “Tratados: superioridade hierárquica em relação à lei face à Constituição Federal de 1988”. *Revista de Direito Tributário*.

Resumo

O presente artigo aborda as hipóteses em que o Poder Legislativo tem iniciativa para determinar a terminação de tratado no Brasil. Cuida, assim, da forma de participação congressional na política externa, bem como de precedentes da prática republicana em torno da matéria.

Palavras-chave: Poder Legislativo – Política Externa – Tratado – Terminação – Lei n. 2.416, de 1911 – “Caso Pinay”.

Abstract

This article discusses the assumptions on which the Legislature has initiative to determine the termination of the Treaty in Brazil. Thus takes care of congressional involvement in foreign policy as well as precedents of Republican practice around the area.

Keywords: Legislative Power – Foreign Policy – Treaty – Termination – Law No. 2,416 of 1911 – “Pinay case”.

Jorge Fontoura

Doutor em direito internacional, é professor titular do Instituto Rio Branco e Árbitro permanente do Tribunal de Revisão do Mercosul.

Demandas Jurídicas do Pré-Sal e a Plataforma Continental Brasileira

Antes que el tiempo se acuñara en días, el mar, el siempre mar,
ya estaba y era.

¿Quién es el mar? ¿Quién es aquel violento y antiguo ser que
roe los pilares

de la tierra y es uno y muchos,

abismos, azares, viento?

Jorge Luis Borges

O nascedouro do direito internacional público, como disciplina jurídica autônoma e desatrelada da política, tem por excelência como objeto de estudo o mar e seus potenciais conflitos. Verifica-se, com efeito, que de Grotius a Vitoria, passando por Bynkershøek e por todos os demais proceres exordiais do direito das gentes, todos se ocuparam com *opinio juris* das grandes reivindicações marítimas dos soberanos absolutistas, dos direitos e das obrigações que lhes cabiam. Nesses albornos da Idade Moderna, é que se encontram as Grandes Navegações e, por conseguinte, onde se originam as ancestrais relações jurídicas entre o Brasil e o mar. Mesmo antes do feito de Pedro Álvares Cabral, a configurar peculiar situação em que o direito adianta-se à história, à geografia e às suas ciências auxiliares, já tínhamos regulação jurídica do incipiente direito internacional (vide, além das Bulas *Inter Coetera*, o Tratado de Alcáçovas, de 1479, pouco citado na historiografia tradicional, e o Tratado de Tordesilhas, de 1493). É possível vislumbrar em tal circunstância o advento histórico do Brasil no bojo de uma clara demanda de direito do mar *avant la lettre*, como prenúncio do destino inexorável do país.

Data do período colonial a primeira norma jurídico-marítima brasileira de demarcação do mar territorial, por meio de Alvará Real de 24 de maio de 1805, que estipulava a largura adjacente à faixa litorânea de três milhas. Isso era consentâneo com a concepção da época, pelo critério do tiro de canhão, baseado na teoria de Cornelius van Bynkershøek, a fazer repousar o querer estatal na efetiva possibilidade de exercício de seu poderio militar: *potestas finitur ubi finitur armorum vis*. A ideação do poder jurídico embasado naquele fato, como norma consuetudinária, irá vigorar no direito do mar, mas não apenas nele, com mais ou menos intensidade, até

meados da Idade Contemporânea. Depois, com a era das organizações internacionais, no segundo pós-guerra, inúmeros esforços multilaterais, sob os auspícios das Nações Unidas, dirigiram-se a codificar o direito do mar. Como decorrência do desenvolvimento tecnológico e do substancial aumento do comércio internacional, o mar passava a dispor de valor inusitado e a constituir *locus* de constantes diferendos e potenciais conflitos entre as Nações. Conferências de codificação do mar foram reiteradamente frustradas, como em Haia e em Genebra, em meados do século XX, sem que se chegasse a entendimento pacífico sobre coisa alguma, tanto mais quanto à largura do mar territorial e as suas ingentes implicações quanto à segurança e à exploração de riquezas.

Após a Declaração Truman, de 28 de setembro de 1945, que formaliza, dentre outros aspectos, a pretensão norte-americana sobre a plataforma continental, bem como dá forma a sua terminologia (*shelf platform*), a consolidar reconhecimento político e a projetar nova feição ao mar dos juristas, o Brasil faz publicar, em 1958, legislação a propugnar pelo mesmo. A *rationale* da reivindicação se assentava na ideia de que a plataforma continental poderia ser considerada extensão da massa terrestre do país costeiro, como seu natural e inelutável prolongamento geológico.

No começo dos anos de 1960, o mar ganhava relevância e repercussão na opinião pública nacional, com o curioso episódio da Guerra da Lagosta: a marinha de guerra brasileira apreende cinco navios de pesca franceses, que operavam em águas reivindicadas pelo país. A questão ganhou foros de agravo, e as esquadras prepararam-se para o pior, com o exército brasileiro também tomando posições no litoral do nordeste. A questão foi resolvida pelos caminhos diplomáticos, porém teve importante consequência psicossocial, trazendo para a cultura de massa brasileira e para vastos setores da opinião pública a ideia de pertencimento do mar e ao mar. Embora contando com aproximados oito mil e quinhentos quilômetros de litoral, ademais de formidável espaço insular e arquipelágico, além de privilegiado posicionamento voltado para todos os horizontes do Atlântico Sul e para o Continente Antártico, até a Guerra da Lagosta o mar permanecia como espaço despercebido, alheio à política e aos objetivos nacionais. Como sinal dos novos tempos, em 1970, o Brasil edita, por iniciativa legislativa do Presidente da República, o Decreto Lei 1.098, de 28 de março de 1970, que proclamava unilateralmente a extensão do mar territorial brasileiro de 200 milhas, conforme já havia sido feito por alguns países vizinhos, como o Peru, Chile e Equador. Celebrado com gosto pela população, o fato transformou-se em música de sucesso nacional, antológico samba que levantou grande clamor popular.

Já imbuídos da nova mentalidade, os brasileiros foram parte destacada das negociações da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Mar, que nos anos de 1970 passaram a discutir os termos da codificação que se pretendia realizar, a incorporar os novos conceitos e convicções formuladas após a Segunda Guerra Mundial. Na academia, o destaque foi para Vicente Marota Rangel, com pioneiros e prodigiosos estudos voltados ao “hidroespaço”, elaborados a partir de sua cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Na diplomacia, destacavam-se os nomes dos Embaixadores Gurgel Valente, Araújo Castro e Ramiro Saraiya Guerreiro, hábeis negociadores e defensores dos interesses dos países emergentes. Finalmente, em outubro de 1982, após mais de década de debates e de gestões multilaterais, era aberta à firma a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, conhecida como Carta da Jamaica ou de Montego Bay.

Malgrado contemplasse o estado da arte do que então eram convicções comuns da comunidade internacional acerca do tema, a “Constituição dos Mares” teve sérias dificuldades de aprovação no Poder Legislativo do Brasil, no qual tramitou para efeitos de autorização de ratificação pelo Presidente da República, como tratado que era. Isso se deu pela aparente diminuição de direitos, com a desconstrução da parcela de reconhecimento internacional do mar territorial de duzentas milhas que já havia, e com a adoção multilateral do reconhecimento das doze milhas. Claro que se criavam áreas adjacentes ao mar territorial, como a zona contígua e como a zona econômica exclusiva, que salvaguardavam interesses patrimoniais até mesmo em alguns casos além das duzentas milhas antecedentes. Sem tomar-se em conta a previsão que o tratado contemplava sobre a possibilidade de Estados aquinhoados pela natureza, como é o caso do Brasil, de apropriarem-se economicamente da plataforma continental, o que era de imenso interesse não apenas para nosso país. Tudo isso não evitou grande oposição da opinião pública pela renúncia às duzentas milhas, como se alardeava, justamente em meio à década em que se reunia a Assembleia Nacional Constituinte. Depois de grandes esforços de convencimento por parte de setores mais lúcidos da nação, contra o nacionalismo pueril de certa imprensa e considerável parcela ingênua da academia, o Congresso Nacional autorizou a ratificação da Convenção de Montego Bay, o que ocorreu em 22 de dezembro de 1988, de forma não isenta de muitas lamúrias e protestos de setores pretensamente nacionalistas. A adesão brasileira, embora tardia, foi de particular importância e utilidade para a consolidação internacional da regulação internacional a que se pretendia, pois havia inúmeros países latino-americanos que aguardavam a decisão de Brasília para também incorporar o tratado a seu direito interno, com a indispensável ratificação. Com isso, o quorum foi logo

atingido, para ter-se o início da vigência da Convenção em 1994, então dotada também de eficácia e possível efetividade no plano jurídico. Como se não bastasse, fez ainda o Brasil publicar a Lei 8.617 de 1993, que enquadrava o direito brasileiro ao direito internacional, em técnica de manifesto dualismo doutrinário. Não bastava o direito internacional feito e acabado. Era necessário mais e mais, que o legislador interno atuasse para pronunciar o que já era norma *lege lata*, norma consolidada do direito das gentes, na ancestral aura “soberanófila e estatólatra” do direito público brasileiro e de nossa própria cultura jurídica.

Como se tem elaborado pacificamente em doutrina, a existência da plataforma continental é dado geofísico, fato da natureza que não pode ser arguido. Embora conhecida de há muito no plano geográfico, só recentemente foi descoberta pelo direito internacional, que antes dela não se ocupava, P.B.Casela(2009). Nesse sentido, também aduz D. P. O’Connell (1974) que foi a recente prática positivadora dos Estados, a tornar lícita a doutrina da plataforma continental, grande novidade jurídica do pós-guerra.

Na esteira dos modernos entendimentos acerca dos direitos dos Estados adjacentes às suas plataformas continentais, o Brasil tem compartilhado do que se houve por bem convencionar no plano multilateral. No decorrer dos anos, conforme assinala P. Weill (1988), o direito à plataforma continental vai se destacar sempre mais e mais de sua raiz física, para adquirir feição de abstração jurídica por excelência, dissociada de fenômeno meramente geográfico. Nesse perfil, o direito brasileiro estipulou, por meio da Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993, que dispõe sobre o Mar Territorial, a Zona Econômica Exclusiva e a Plataforma Continental, e dá outras providências, em seu artigo 11, parágrafo único, conforme segue:

“Limite Exterior da Plataforma Continental será fixado de conformidade com critérios estabelecidos no Art. 76 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, celebrada em Montego Bay, em 10 de dezembro de 1982 e que entrou em vigor para o Brasil em 16 de novembro de 1994, de acordo com o Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995”.

Dizia a Convenção referida pela nova norma brasileira, a consagrar o importante avanço que seria bem dimensionado apenas pouco faz, na descoberta do pré-sal, com todas as implicações patrimoniais relevadas pelas perspectivas de exploração e de exploração de petróleo nas profundezas marinhas, no artigo 4 de seu anexo II:

“Quando um Estado costeiro tiver intenção de estabelecer, de conformidade com o artigo 76, o limite exterior da sua plataforma continental além de 200 milhas marítimas, apresentará à Comissão de Limites da Plataforma Continental da ONU, logo que possível, mas em qualquer caso dentro dos 10 anos seguintes à entrada em vigor da presente Convenção para o referido Estado, as características de tal limite, juntamente com informações científicas e técnicas de apoio. O Estado costeiro comunicará ao mesmo tempo os nomes de quaisquer membros da Comissão que lhe tenham prestado assessoria científica e técnica.”

O Decreto nº. 98.145, de 15 de setembro de 1989, estabeleceu por seu turno o Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira (LEPLAC), programa governamental instituído no intuito de determinar o limite exterior da Plataforma Continental Brasileira em sua clivagem jurídica, ou seja, determinar a área marítima, além das 200 milhas, na qual o Brasil exercerá direitos de soberania para a exploração e para o aproveitamento de recursos naturais do leito e do subsolo marinho.

Instituída no bojo da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar (CIRM) e sob a coordenação do Itamaraty, o LEPLAC promoveu a aquisição e a análise de dados de toda a margem continental brasileira. Em 17 de maio de 2004, o Brasil submeteu à ONU a proposta de delimitação de sua plataforma, tendo sido o segundo Estado a fazê-lo, após a Rússia. O Brasil requisitou à Comissão a extensão de 960.000 km² de sua plataforma continental, distribuídos nas regiões Norte e Sudeste/Sul do território nacional. Em 2007, solicitou-se mais esclarecimento acerca de determinadas áreas delimitadas na submissão brasileira. Essas áreas para as quais careciam mais informações adicionais totalizavam 190.000 km², ou 19% da área pleiteada pelo Brasil, a compreender as regiões da Foz do Amazonas, das Cadeias Norte Brasileira, da Fratura de Vitória-Trindade e da Margem Continental Sul. É importante ressaltar, nesse passo, que a Comissão não fez objeção ao pleito brasileiro sobre a área onde se situa a parte maciça das reservas do pré-sal, o mais importante recurso da nova fronteira energética brasileira.

O Governo brasileiro decidiu, *a posteriori* e em conformidade com o artigo 8º do Anexo II da CNUDM, preparar nova proposta de limites de sua PCE, com vistas à aceitação da totalidade do pleito nacional. Para isso, foi iniciada, em dezembro de 2008, no bojo das atividades voltadas aos fins do LEPLAC, nova fase de prospecção e de coleta de dados na margem continental brasileira, com equipamentos e metodologias mais modernos. Desde maio daquele ano, a fase de coleta de

dados foi finalizada, e o LEPLAC vem realizando a leitura, o processamento e a interpretação das novas informações. Com isso, pretende-se que o Brasil venha a apresentar, em 2012, nova proposta à Comissão das Nações Unidas, com a possibilidade técnica de prestar informações adicionais.

Não obstante o caráter provisório das gestões que ora se formulam acerca do tema, todas as atividades de pesquisas e investigações científicas realizadas em áreas potencialmente sob jurisdição brasileira devem ser autorizadas pela Marinha do Brasil, particularmente na plataforma continental expandida, em conformidade com o Decreto nº. 96.000, de 2 de agosto de 1988. O Brasil, que tem recebido pedidos de autorização para a realização de pesquisas na área ampliada da plataforma continental, justifica sua posição pela perspectiva de consolidar sua reivindicação com a prática de Governo relativa à política de concessão de autorização. Nesse sentido, a Comissão Interministerial para os Recursos Marinhos (CIRM) adotou, durante sua CLXXV Sessão Plenária, realizada em 26 de agosto de 2010, a Resolução nº. 3, publicada no Diário Oficial da União (DOU) nº. 170, de 3 de setembro de 2010, que estipula:

[...] independentemente de o limite exterior da Plataforma Continental (PC) além das 200 milhas náuticas não ter sido definitivamente estabelecido, o Brasil tem o direito de avaliar previamente os pedidos de autorização para a realização de pesquisa na sua PC além das 200 MN, tendo como base a proposta de limites exterior encaminhada à Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC), em 2004, e publicada na página eletrônica da ONU.

Conforme informações técnicas do Itamaraty, a decisão da CIRM não tem por objetivo estabelecer, em caráter definitivo e obrigatório, os limites da PCE, mas, tão-somente, consolidar a interpretação do Governo acerca da aplicabilidade das normas relativas à autorização de pesquisas na plataforma continental. Como se sabe, a plataforma Continental de Estado costeiro, conforme estabelece o Artigo 76 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até a distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.

Verifique-se que a Convenção em comento prevê a possibilidade de estados adjacentes terem ampliada a extensão e o alcance de suas plataformas continentais, quando haja no aspecto geológico o prolongamento além das 200 milhas náuticas, até o limite de 350 milhas náuticas a partir da linha de base. Isso aproveitaria sensivelmente o Brasil, em particular no litoral dos estados do Espírito Santo, Rio de Janeiro e São Paulo. Os 960 mil km² correspondentes à área total reivindicada além das duzentas milhas náuticas, que se distribuem ao longo da costa brasileira, equivalem à soma das áreas dos estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, portanto toda a região sul do país. Nesses termos, a área oceânica sob jurisdição brasileira totalizaria 4,4 milhões de km² o que corresponderá, aproximadamente, à metade de seu espaço terrestre, o que vem sendo designado pelo Governo brasileiro como a Amazônia Azul. A apropriada comparação se dá pela vastidão do espaço considerado, bem como pela exuberância e diversidade de seus recursos naturais.

A possibilidade de exploração de petróleo e gás em reservas do pré-sal na plataforma continental estendida, com o acolhimento da proposta brasileira pela Comissão de Limites da Plataforma Continental das Nações Unidas, irá gerar, no entanto, a obrigação de pagamentos de *royalties* consideráveis, em favor da comunidade internacional, conforme estatuído no regime da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre direito do mar, dentro do entendimento de não ser a região considerada território brasileiro para todos os efeitos, com a natureza jurídica de *res communis*.

Conforme se tem como assente na opinião pública brasileira, a definição do limite exterior da plataforma continental será legado vital para as próximas gerações, que terão ampliadas as possibilidades de descoberta de novos campos petrolíferos, como aqueles do pré-sal, bem como terão ampliadas as possibilidades de fruição de recursos de biodiversidade marinha, de biogenética e de exploração de riquezas jacentes em grandes profundidades. Muitas delas que ainda não viáveis de exploração e de exploração econômicas, poderão ser no futuro próximo objeto de grandes vantagens para o desenvolvimento do país, mercê dos notáveis avanços científicos que se têm verificado, bem como da transferência de tecnologia cada vez mais comum no mundo das *joint ventures* e das empresas bi ou plurinacionais. Vale ressaltar, nesse patamar de comércio de conhecimento técnico, a experiência que se tem adquirido na realização do LEPLAC, com o Brasil a desenvolver *expertise* no que contempla à feitura de projetos de estabelecimento de limites no mar, bem como nas árduas estivas de suas execuções. Com isso, o país se vê capacitado para atuar na área internacional de cooperação técnica, podendo assessorar outras pesquisas congêneres.

Cumpra destacar, por derradeiro, no plano das negociações internacionais referentes à plataforma continental, que foi realizada em Lisboa, em 21 de março de 2010, a I Reunião Formal dos Ministros do Mar da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, CPLP. Na ocasião, foram aprovados os seguintes documentos: i) Estratégia da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa para os Oceanos; ii) Regimento Interno da Reunião de Ministros dos Assuntos do Mar da CPLP; iii) Contribuições para projeto de criação de Atlas dos Oceanos da CPLP; iv) Contributos para programas de pesquisa referentes aos fundos marinhos (Área); v) Contribuições relativas à aplicação de iniciativas no âmbito da “Segurança e vigilância marítima”; vi) Contribuições para projeto pedagógico destinado à mobilização de professores, alunos e sociedade civil para a importância dos Assuntos do Mar como tema de afirmação da cultura e da identidade marítima da CPLP; vii) Contribuições para projeto de criação de Feira do Mar da CPLP; viii) Declaração Final.

O Brasil coordena a elaboração do Atlas dos Oceanos da CPLP, produto da interação entre os centros nacionais que produzem informações de caráter científico e pedagógico sobre oceanos que banham os países da organização. Ademais, tendo o país já realizado levantamento de recursos minerais da parte ocidental do Atlântico Sul, está apto a cooperar com os demais países da CPLP e poderá auxiliar na capacitação para o levantamento de outros sítios marítimos. O primeiro esboço do Atlas deverá ser apresentado em 2012, prevendo-se para 2014 a aprovação de sua versão final.

Também merece destaque a realização, em 22 de outubro de 2010, do seminário Os Mares da Lusofonia, promovido pela Comissão de Comemoração do Centenário de Don Carlos, em Cascais, Portugal, emblemático lugar em que o rio Tejo ganha o mar, o caminho de Cabral e de seus contemporâneos, onde academia e ciência se reuniram para refletir as importantes consequências do reconhecimento jurídico da plataforma continental. Cumpra lembrar que amante inveterado do mar, D. Carlos I, Duque de Bragança, foi o penúltimo rei de Portugal, antes da proclamação da república. Seu assassinato, em 1908, é fato doloroso da história portuguesa. Como estudioso e cientista voltado às lides marinhas, o soberano lusitano recebe constantes homenagens políticas e acadêmicas e o epíteto de “o rei oceanógrafo”.

A Estratégia da CPLP para oceanos é compatível com os objetivos perseguidos pela organização como um todo: basicamente negociação e entendimento político, cooperação e promoção da língua e da cultura no espaço lusófono. O documento representa, ainda, contribuição à implementação da Resolução sobre o De-

envolvimento de uma Política de Oceanos da CPLP, aprovada na XII Reunião do Conselho de Ministros (Lisboa, 02/11/2007) e reiterada na Declaração de Lisboa, emanada da VII Conferência de Chefes de Estado e de Governo da CPLP (Lisboa, 25/07/2008). A iniciativa visa a “concentrar esforços entre os Estados-Membros da CPLP no sentido da elaboração de uma visão integrada, com vista a promover o desenvolvimento sustentável dos espaços oceânicos sob as suas respectivas jurisdições nacionais, por meio da cooperação internacional.”. Consta da Declaração Final do referido fórum que os países concordaram quanto à criação de Centro de Estudos Marítimos, bem como no que concerne à nomeação de Embaixador da Boa Vontade da CPLP para os oceanos. No que diz respeito à matéria do mar, as reuniões CPLP serão bienais e a próxima deverá ocorrer no primeiro trimestre de 2012, em Angola.

Consciente de seus direitos e também deveres em relação aos espaços marinhos, o Brasil deverá estar apto a enfrentar as responsabilidades suscitadas pelos novos desafios. Mormente no que concerne à preservação ambiental e ao eco sistema marinho, devendo o país prover meios financeiros, bem como preparar recursos humanos (particularmente) capacitados para a empreitada. Remanesce a convicção de que como compromisso com as futuras gerações e como desígnio de convivência harmônica entre as Nações, a realização político-jurídica do direito do mar, por seu complexo de direitos e de obrigações, é compromisso nacional permanente do Brasil, a independer de variáveis de política externa ou de conveniências ou de humores das diplomacias presidenciais. Muito além de *gostibus et coloribus* de vindouras presidências e de hegemonias partidárias, a política marítima brasileira, a envolver o imenso patrimônio de rios navegáveis, bem como o patrimônio antártico brasileiro, não poderão deixar de compor a vanguarda do pensamento estratégico do país.

Resumo

A importância do direito do mar (law of the sea) para o Brasil, em particular da demarcação da plataforma continental, com efeitos diretos nos direitos referentes à possível exploração de riquezas submarinas pelo país, em face dos importantes recursos encontrados na região designada “pré-sal”. O artigo inclui breve relato histórico concernente à tradição e à participação do Brasil no direito do mar e em suas variantes, em particular na criação da concepção jurídica dos conceitos de mar territorial e de plataforma continental, à luz da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Palavras-chave: Direito do mar – Plataforma continental – Mar territorial – “Pré-sal”
– Convenção das Nações Unidas do direito do mar.

Abstract

The importance of the Law of the Sea for Brazil, in particular for the delimitation of the continental shelf, implying in direct effects in rights referring to the prospective exploitation of the submarine wealth by the country, particularly in the so called “pre-salt” layer of the sub sea soil. The article comprehends as well a brief historical background concerning the tradition and participation of Brazil in the Law of the Sea and its variations, particularly in the creations of the juridical conception of the territorial sea and continental platform concepts, under the umbrella of the United Nations Convention of the Law of the Sea.

Keywords: Law of the Sea for Brazil – Continental shelf – Territorial sea – “Pre-salt”
– United Nations Convention of the Law of the Sea.

Stephan Kirste

Professor da Universidade Ruprecht-Karls de Heidelberg, Alemanha, e da Universidade Alemã Andrassy Gyula de Budapest, Hungria.

A genuína contribuição da ciência do direito para um discurso interdisciplinar.

Sumário. Introdução: Disciplinaridade. 1. Método. 2. Linguagem. 3. Conhecimento (dogmática jurídica em sentido material). 4. Profissionalização. 5. Organização. 6. Variação e inovação. 7. Conclusão: A interdisciplinaridade é possível?

Introdução: Disciplinaridade

O discurso interdisciplinar na ciência do direito é necessário e precário ao mesmo tempo. Ele é necessário porque o conteúdo da ciência do direito, o direito propriamente dito, afeta muitos outros sistemas sociais; ele é precário porque seus métodos diferem substancialmente daqueles das outras ciências.

Como consequência de um positivismo restrito, a ciência do direito – pelo menos na Alemanha – tem há muito negligenciado a pesquisa interdisciplinar e assim se afastado do conhecimento de outras disciplinas. Se Hans Joas está correto ao dizer que, em geral, “as disciplinas mais produtivas são aquelas que têm mais conexões que transcendem seu campo de pesquisa” (JOAS, 2005, p. 25), pode-se imaginar como a interdisciplinaridade tem relação com o sucesso de suas descobertas.

Este estudo vai se dirigir a ambos os aspectos: os perigos e os potenciais de participação da ciência do direito em um discurso interdisciplinar. Para poder rascunhar algumas respostas é preciso, em primeiro lugar, observar os critérios que constituem uma disciplina científica; em segundo lugar, as condições e formas do discurso interdisciplinar; finalmente, aplicar tudo isso à ciência do direito.

Uma definição razoável de disciplinaridade é: “campo científico com certo grau de especialização e formas precisamente definidas de controle sobre a produção e a difusão de conhecimento” (JOAS, 2005, p. 27). “Disciplinaridade” e “disciplina” têm as mesmas raízes etimológicas, as quais remontam ao século XVI (JOAS/KIPPENBERG, 2005, p. 9; TOULMIN, 1978, p. 35 s.). A ideia de disciplinaridade de uma ciência, contudo, pode ser rastreada até os romanos. Contrariamente à ênfase grega na contextualidade, a imagem do serviço militar obrigatório deveria levar a exatidão e falta de ambiguidade. Esse ideal não leva necessariamente à abstração matemática e uniformidade das ciências naturais; ele torna claro, nada obstante, que a orientação

por meio de um método definido é também importante para o desenvolvimento de conhecimento nas ciências humanas.

Fatores importantes para a formação de uma disciplina científica são um conhecimento comum, obtido com base em um método específico, uma linguagem mais ou menos distinta, a profissionalização do desenvolvimento desse conhecimento e, finalmente, sua organização em instituições integradas de forma mais ou menos densa.

1. Método

Disciplinas científicas não são identificadas por seu conteúdo, mas sim por suas questões mais importantes e seus métodos. O conteúdo pode ser matéria de diferentes disciplinas. Quase todas as disciplinas descobrem a dimensão histórica de sua matéria no século XIX – não apenas as humanidades, mas também as ciências em geral. Assim, a partir das diferentes perspectivas da respectiva disciplina, todas elas precisam ter um interesse na história. Também o direito passa a ser investigado como uma ferramenta para estabilizar o poder na política, para facilitar processos econômicos na economia e assim por diante. Consequentemente, o conteúdo não pode ser o caráter distintivo de determinada disciplina.

Os métodos e as perspectivas diferem, contudo. Se a sociologia lida com o direito, ela o observa como um fato, como ele é captado pelo legislador ou aplicado pelo juiz, como uma operação comunicativa, como meio de submissão etc. Se a teologia lida com o direito, este pode aparecer como meio para obrigar a vontade de Deus ou sua expressão ou, ao contrário, pode ser criticado por não estar em harmonia com o direito eterno ou natural. Se a filosofia investiga o direito, pode justificá-lo ou criticá-lo sobre bases morais. Cada disciplina se concentra em diferentes aspectos do direito e aplica diferentes métodos para atingir o respectivo objetivo.

Embora sobre isso haja geralmente acordo, é preciso ter em mente uma particularidade ao tratar o direito como objeto científico: a distinção entre ciências naturais e ciências culturais ou humanas. Tal distinção é relevante não apenas por conta de um determinado método de compreensão ou explicação, mas também pela relevância do método como tal. Enquanto nas ciências naturais o objeto é dado sem influência humana, nas ciências culturais o conhecimento é uma precondição para a existência do objeto. Nas ciências naturais, o intelecto humano ajuda a mostrar determinado fenômeno, faz experimentos para demonstrar certas leis da natureza. Objetos de cultura são expressões do conhecimento e do espírito humano. No direito, esse conhecimento é ele próprio formado e praticado por meio de método e esforço científico. Assim, embora ainda seja verdadeiro, tanto nas ciências humanas como nas naturais,

que uma disciplina se identifica pela perspectiva e pelo método escolhidos para investigar o objeto, o conhecimento metodologicamente obtido nas ciências humanas não é apenas o resultado daquele processo, mas também o começo da produção e continuação de um novo objeto. Isso dá ao processo científico, nessas ciências e especialmente no direito, uma estrutura circular na qual o esforço científico dirige-se a um objeto que foi em parte constituído por esse mesmo esforço.

O direito tem características específicas: constitui-se de uma norma ou grupo de normas, estabelecidas por um procedimento normativamente regulado e aplicadas por meio de procedimentos também conformados por normas e geralmente conduzidos por profissionais pertencentes a organizações especiais (KIRSTE, 2010, p. 86). Enquanto objetos de cultura em geral podem ser criados pelas intenções individuais, pela habilidade e vontade do artista, o direito e a jurisdição precisam seguir certos procedimentos que garantam o caráter racional do produto. Sob o princípio da legalidade – pelo menos no entendimento alemão do *Rechtsstaatsprinzip* – a ação legal tem que ser livre de arbitrariedade, tem que ser previsível e compreensível pelos sujeitos de direito quanto a seus conteúdo e coercitividade. Esses critérios racionais do direito requerem, por sua vez, uma forma sistemática, coerência e assim por diante, o que só pode ser alcançado pela atividade de uma ciência do direito. Assim, não somente a obrigatoriedade das leis é limitada por critérios racionais, mas também sua interpretação e aplicação. Todo esse trabalho segue métodos que também são objeto de pesquisa científica.

No mesmo sentido, a estrutura circular da investigação científica jurídica e a influência do conhecimento assim obtido sobre a origem do direito têm diversas implicações sobre a ciência do direito como disciplina. O método científico não é apenas relevante para compreender o direito, mas também para sua obrigatoriedade e aplicação práticas. É certo que a ciência do direito divide com outras ciências humanas o método de interpretação; porém, diferentemente da literatura, por exemplo, ela interpreta textos coercitivos. Isso não leva necessariamente a um “originalismo” (Scalia), mas permite um método mais objetivo para entender o significado presente de um texto. O método pode também seguir o princípio hermenêutico de entender o autor melhor do que ele próprio e daí corrigir algumas contradições no texto. Mas sempre se tratará de um texto normativo e obrigatório a ser interpretado, o que limita as margens de apreciação em seu entendimento.

2. Linguagem

É um lugar comum – embora não pacífico – que a ciência do direito usa uma linguagem altamente técnica (SCHWINTOWSKI, 2003, p. 632 s.). Na medida em

que o direito é um meio de controle democrático e objetiva guiar a ação das pessoas, ele também utiliza termos da linguagem comum – e assim deveria ser compreensível para todos (HÄBERLE, 2005, p. 155 s.). O caráter sistemático da argumentação jurídica, contudo, logo transforma os significados dessas palavras na terminologia de especialistas de uma linguagem técnica. A ciência do direito opera com base nessa terminologia, especificando-a para as necessidades posteriores do discurso científico. Como resultado, a linguagem jurídica pode ser inteligível para profissionais praticantes, mas não para o leigo – e tampouco para os colegas profissionais de outras disciplinas. Ambos os grupos necessitam de uma tradução para entender o conteúdo específico dos termos jurídicos. Para advogados militantes, mais do que para acadêmicos, há a necessidade de transformar relatos e termos da linguagem comum em terminologia jurídica técnica. Esse é o caso quando testemunhas manifestam-se em juízo. Disso decorre obviamente que a linguagem é outro fator que identifica uma disciplina.

3. Conhecimento (dogmática jurídica em sentido material)

O conhecimento específico desempenha um papel importante para a teoria e a prática do direito. Certas regras jamais foram transformadas em direito formal, mas são relevantes como uma herança comum de sabedoria jurídica (HÄBERLE, 1987, p. 54 s.). Outras se desenvolvem ao longo do tempo e são elaboradas e sistematizadas pela ciência do direito. Esse conhecimento funciona como um cânon para racionalizar, estabilizar e assim limitar a mudança. Todas as inovações precisam provar sua utilidade, não apenas com relação à prática jurídica, mas também a esses critérios herdados. Insista-se que esse conhecimento não somente contém certas regras, mas também métodos para aplicar o direito, tais como os cânones da interpretação.

4. Profissionalização

Embora não seja uma condição necessária, a profissionalização parece ser um fator importante de integração. Aqui também a constituição do objeto da disciplina pode ser um processo que envolve pessoas que não são treinadas naquela disciplina ou pelo menos não possuem qualquer grau acadêmico. No que concerne à história, por exemplo, frequentemente pessoas que fazem ciência por *hobby* descobrem tesouros em arquivos e patrimônios locais, os reúnem e os exibem em museus da cidade. Muitas vezes, contudo, isso não é conseguido com base em um método bem elaborado, mas sim por acaso. Esses troféus podem

então tornar-se objeto do trabalho de historiadores profissionais, que os organizam metodicamente.

Também no direito, praticantes de todos os seus campos participam de sua produção (SCHMIDT-ABMANN, 1995, p. 2). Quanto mais metodologicamente orientada essa produção, mais relevante ela se torna para a avaliação científica por parte da ciência do direito ou pode mesmo já atravessar as fronteiras da ciência. O conhecimento metodologicamente elaborado do direito não é apenas produzido em universidades, mas também em ministérios governamentais, grandes escritórios de advocacia ou em tribunais superiores. O alto grau de treinamento metodológico dos juristas práticos e a dependência de sua produção metodológica por parte do direito efetivamente praticado pode fazer dos critérios de profissionalização dos cientistas um fator menos importante para a identificação da disciplina. Assim, a inclinação para um sistema doutrinário consequente, que valoriza mais a coerência de suas proposições do que seu uso pragmático, é uma tendência mais desenvolvida por acadêmicos do que por juristas práticos.

A pesquisa que tem seu ponto de partida em problemas práticos, por cuja solução o profissional é responsável de uma maneira ou de outra, é diferente da pesquisa acadêmica, na qual o profissional tem a responsabilidade, não apenas de prover uma solução pragmática, mas também de apresentar coerentemente uma solução, se possível inovadora. Ainda mais, enquanto o prático geralmente permanece nos limites do direito válido, o acadêmico não é restringido por ele, pois sua pesquisa pode resultar em soluções alternativas.

5. Organização

Isso pode também explicar porque, na ciência do direito, a organização importa menos para a constituição da disciplina. Geralmente a comunidade discursiva de uma faculdade ou escola profissional integra e ao mesmo tempo diferencia uma disciplina. Os colegas são os especialistas em seus campos, distinguindo-se, além disso, de outros especialistas da faculdade e de outras faculdades da mesma disciplina em outras partes do mundo. A competição entre as faculdades pode ser um mecanismo para posterior especialização e elaboração de conhecimento específico. A organização também ajuda a manter o conhecimento herdado cultivado em bibliotecas.

Normalmente as faculdades, pelo menos em parte, são mantidas por subsídios que permitem uma pesquisa que não é dirigida a lucro ou qualquer uso imedi-

ato, mas sim a uma utilização de longo prazo, que é necessária para desenvolvimentos ulteriores da disciplina (SHUMWAY/MESSER-DAVIDOW, 1991, p. 207).

Mais uma vez, assim como profissionalização da pesquisa científica não é condição necessária para a ciência do direito se tornar uma disciplina, tampouco sua organização em faculdades e escolas de direito parece ser decisiva. Encontra-se pesquisa jurídica em repartições públicas, nos departamentos científicos dos parlamentos e nos escritórios de advocacia, conforme mencionado. Também aqui, o incentivo para fornecer estruturas organizacionais para pesquisa em um empreendimento essencialmente prático é o caráter metódico da produção e aplicação do direito.

Esse último aspecto mostra que Toulmin não considerou todos os fatores relevantes para a formação de uma disciplina acadêmica, quando mencionou a continuidade de problemas e o desenvolvimento de seus ideais e objetivos teóricos como fatores decisivos (TOULMIN, 1978, p. 185). Organização também importa.

Outra questão é que tipo de relação as disciplinas assim organizadas guardam entre si: elas são organizadas hierarquicamente (JOAS, 2005, p. 25) ou têm uma coexistência horizontal (STICHWEH, 1984, p. 7)?

6. Variação e inovação

Outro fator identificador de uma disciplina é sua relação com a variação e a inovação de seu conteúdo. O desenvolvimento ou evolução de uma disciplina não é menos estimulado por impulsos internos – novas ideias, novos métodos – do que por uma mudança externa em sua matéria; talvez até o seja mais. Contudo, aqui novamente, Toulmin e outros subestimaram a estrutura diferente das ciências naturais e humanas. O peso de fatores internos e externos pode mudar entre disciplinas. A dinâmica do objeto científico pode ter um impacto diferente na dinâmica da pesquisa científica relativa a ele. Repita-se que o direcionamento desse desenvolvimento nas ciências humanas pode ser dependente da dinâmica da disciplina em questão. Por exemplo, no campo do direito administrativo, quando as ideias de *new public management* tomaram o lugar de um novo paradigma, muitas administrações locais descobriram-lhes o potencial econômico para diminuir despesas. Painéis com a participação de acadêmicos e funcionários foram organizados para encontrar meios de concretizar e implementar essas novas formas de controle público. Mas também déficits democráticos e outros problemas foram analisados pela pesquisa acadêmica.

Mais uma vez isso mostra como o círculo disciplinar da ciência do direito também afeta sua dinâmica (SOMEK, 2006, p. 14 s.). Porque não há qualquer separação clara entre ciência do direito profissional e acadêmica, os impulsos para mudança vêm de ambos os lados. Também a seleção e estabilização desses impulsos provêm da prática e da academia. Não há qualquer delimitação estrita entre ambas, mas sim uma questão de mais ou menos influência. Isso se expressa também na literatura dos comentários (às leis), talvez a ferramenta mais importante para a integração de novos desenvolvimentos da prática no tratamento científico do direito. Aqui também existem comentários mais praticamente orientados ou outros mais longos e genéricos (SCHMIDT-ABMANN, 1995, p. 2). Também comentários a decisões dos tribunais podem servir a objetivos práticos ou teóricos.

A inovação genuinamente científica ocorre quando esses impulsos e modelos teóricos estão sendo transformados em sistemas coerentes que se adéquam àqueles previamente existentes.

Esses podem não constituir todos os fatores para a formação de uma disciplina, mas estão dentre os mais importantes. Todas as abordagens interdisciplinares precisam considerá-los, porque ignorá-los aboliria ou prejudicaria a contribuição específica que essas disciplinas poderiam trazer a um discurso interdisciplinar.

7. Conclusão: A interdisciplinaridade é possível?

De modo similar a outras disciplinas, a necessidade de pesquisa interdisciplinar não provém da forma da ciência do direito, mas sim de seu conteúdo. Como um incentivo para a pesquisa interdisciplinar, o caráter multifacetado do objeto científico é acentuado. Jamais se critica o método de uma disciplina que está participando da pesquisa interdisciplinar, mas sim discute-se e aprende-se a partir da descrição perspectiva do conteúdo (BALDUS, 2005, p. 326). E, certamente, olhando para sua matéria, o direito encontra-se embebido de diversas normas sociais, hábitos e outras orientações para a ação. Ele os transforma, contudo, por meio de procedimentos formais, em normas coercitivas relativamente estáveis, que fornecem orientação e asseguram expectativas. Essa característica relaciona o direito a outros sistemas sociais ao mesmo tempo em que o distingue deles. Ela é a base para a necessidade de um discurso interdisciplinar da ciência do direito com outras disciplinas, mas também limita as possibilidades de tal discurso.

Uma vez que, conforme mostrado acima, as disciplinas científicas são identificadas por sua forma, especialmente por seu método, pode essa forma ser superada em prol de um entendimento adequado do objeto científico?

Niklas Luhmann vê oportunidade para um discurso interdisciplinar se as ciências forem desenvolvidas em torno de padrões gerais como auto-organização (LUHMANN, 1992, p. 457.). Nesse caso, um mecanismo similar poderia ser descoberto em diferentes objetos. Se a pesquisa é estritamente orientada para um conceito geral semelhante, contudo, o resultado será muito mais a emergência de uma nova disciplina, tomando esse padrão como a perspectiva ou questão principal para novas descobertas e desenvolvimento de novos métodos para sua investigação. Isso não seria propriamente interdisciplinar, porque as disciplinas participantes iriam se sujeitar – e isso significa seus métodos – a essa nova perspectiva principal.

Em sua generalidade abstrata, tais conceitos não teriam sentido nas diferentes disciplinas. Conceitos gerais, contudo, podem ser um caminho para começar um discurso interdisciplinar, desde que permitam uma re-especificação ou concretização nas disciplinas participantes. Podemos tomar a dignidade humana como um exemplo (KIRSTE, 2009, p. 175 s.; ENDERS, 1997, p. 501 s.). Para uma perspectiva teológica, pode ser interessante saber que a dignidade humana, entendida de modo estritamente jurídico, significa o direito de todo ser humano a ter direitos. Por outro lado, para um advogado, pode ser útil saber que a origem do termo na teologia cristã vem da ideia do homem como imagem de Deus, a qual se expressa por meio de sua liberdade. Assim ele poderia traduzir ou transformar o termo em direito. Para satisfazer a expectativa social no uso desse termo constitucional, pode ser útil aprender o significado dele, nas ciências culturais, como a habilidade e a necessidade de um ser humano constituir a si mesmo (PICO DELLA MIRANDOLA, 1990, p. 5 s.; para uma visão geral: GRÖSCHNER/KIRSTE/LEMBCKE, 2008). Diferentemente da primeira perspectiva, o termo geral é aplicado como uma ferramenta para a tradução ou transformação do conhecimento de uma disciplina para outra. O conceito serve como uma medida para o método diferente que outras disciplinas aplicam quando tratam de um objeto similar. Nessa perspectiva, a experiência da diferença permite um uso mais específico do termo dentro da própria disciplina.

O discurso interdisciplinar não significa a mera adaptação de conceitos comuns de uma disciplina por outra ou o desenvolvimento de conceitos, gerais o suficiente para superar todas as diferenças no método e na perspectiva diretora de diferentes disciplinas. Os céticos, a respeito da interdisciplinaridade, estão corretos ao dizer que essa abordagem não pode significar abandonar a perspectiva disciplinar e submeter-se à perspectiva alheia, possivelmente mais fascinante (BALDUS, 1995, p. 327). Tomando em consideração essa crítica, aparece a questão sobre como a importação, ou melhor, a transformação do conhecimento pode ser organizada.

Niklas Luhmann sugere três formas de discurso interdisciplinar: interdisciplinaridade ocasional, interdisciplinaridade temporária e transdisciplinaridade. A interdisciplinaridade ocasional refere-se à confrontação acidental com termos centrais de diferentes disciplinas, os quais podem “irritar” e assim estimular novas perspectivas e novo conhecimento. Interdisciplinaridade temporária é uma forma de discurso que pretende evitar que as disciplinas fiquem confinadas nos limites das questões herdadas. Essas disciplinas são institucionalizadas em formas de cooperação temporariamente limitadas. Ambas as formas de interdisciplinaridade não levam a uma diferenciação institucional das disciplinas participantes, elas apenas dividem conjuntamente alguns de seus recursos temporais e intelectuais. A importação permanece um elemento estranho para a própria disciplina e é deixada à capacidade de cada pesquisador participante e de sua curiosidade.

A terceira forma é a institucionalização daquilo que foi mencionado acima: a formação de uma nova disciplina em torno de um padrão inovador. Essa institucionalização se apossa de recursos de disciplinas previamente existentes, inserindo-os em uma nova disciplina. Na medida em que isso ocorre, permanece a questão sobre como o conhecimento dessa nova disciplina pode ser traduzido para aquelas previamente existentes, as quais possam vir a ter interesse nele. Na Alemanha, por exemplo, a mudança na direção do paradigma liberal finalmente levou à diferenciação das ciências do Estado em economia e direito.

Uma quarta maneira de institucionalizar a interdisciplinaridade pode ser a diferenciação das disciplinas participantes. Isso é levado a efeito quando determinadas disciplinas criam cadeiras e linhas de pesquisa para sub-disciplinas que se referem a outras disciplinas. Na ciência do direito, as disciplinas básicas – história do direito, teoria do direito, filosofia do direito e sociologia jurídica – são exemplos disso. Elas são interdisciplinares porque aplicam métodos de suas disciplinas de referência ao objeto central de seus respectivos campos e porque importam conhecimento dessas disciplinas para as suas próprias. Não se trata, contudo, de uma mera importação tal e qual, mas sim de uma transformação do conhecimento “estrangeiro” no direito que vai constituir o objeto da ciência do direito. Tais disciplinas preparam as descobertas de outras disciplinas para o uso da argumentação disciplinar. Isso fornece a seu trabalho um impacto muito mais confiável e concreto sobre a respectiva disciplina.

Entende-se aqui esse fenômeno como uma diferenciação entre centro e periferia. No centro, há a perspectiva central de uma disciplina – a perspectiva normativa na ciência do direito, por exemplo – e seus respectivos métodos. Aqui a pureza da disciplina encontra seu lugar. No caso da ciência do direito, a dogmática

jurídica seria esse núcleo. Na periferia, o sistema se abre na direção do conhecimento de outras disciplinas, mas somente na medida em que ele é relevante para a questão central e pode ser conectado a ela. Pesquisadores trabalhando na periferia precisam ser especialistas em sua disciplina nuclear, mas também compreender as outras abordagens.

O direito é influenciado pela sociedade e influencia outros sistemas sociais. Essas influências são selecionadas pelas normas que o próprio direito estabelece para os procedimentos que dizem respeito a sua obrigatoriedade, produção de decisões e efetiva aplicação. Nada obstante, o envolvimento no ambiente social permanece como incentivo para a pesquisa interdisciplinar na ciência do direito, para apreender completamente o direito como um objeto científico. Mais uma vez, a pesquisa interdisciplinar tem que considerar o caráter único dessa estrutura reflexiva e estabelecer estruturas diferenciadas que transformem conhecimento de outras ciências em direito e conhecimento jurídico em outras ciências. Uma vez que a ciência do direito, devido a suas necessidades práticas e sua velha história, é uma ciência altamente formalizada, ela é um campo perfeito para uma teoria da interdisciplinaridade: necessidade de importar de todas as ciências que têm a sociedade como sua matéria e também necessidade de essas ciências compreenderem o direito, por um lado, e fechamento formal da ciência do direito, de outro, fornecem um caso exemplar para a possibilidade de interdisciplinaridade em geral.

Referências Bibliográficas

- BALDUS, Christian (2005). “Metasprache” und unhistorische Interdisziplinarität. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR)* 27 (2005).
- _____ (2008). Des Menschen Würde: (wieder)entdeckt oder erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance? In: GRÖSCHNER, Rolf; KIRSTE, Stephan und LEMBCKE, Oliver W. (Hrsg.). *Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- FELDER, Ekkehard (2005). Alltagsweltliche und juristische Wirklichkeitskonstitution im Modell der “Juristischen Textarbeit”. Ein sprachhandlungstheoretischer Beitrag zur Kommunikation im Recht. In: *Die Sprache des Rechts*, Vol. 3: Recht vermitteln. Ed. by Kent D. Lerch. Berlin.
- HÄBERLE, Peter (1987). Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat - eine vergleichende Textstufenanalyse, in: *AöR* 112 (1987).

- _____ (2005). Das Verständnis des Rechts als Problem des Verfassungsstaates. In: Die Sprache des Rechts, Vol. 3: Recht verstehen. Hrsg. v. Kent D. Lerch. Berlin.
- JOAS, Hans; KIPPENBERG, Hans G. (Hrsg.) (2005). Interdisziplinarität als Lernprozeß. Erfahrungen mit einem handlungstheoretischen Forschungsprogramm. Göttingen.
- KIRSTE, Stephan (2009). Recht als Transformation. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KIRSTE, Stephan. Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- _____ (2010). Einführung in die Rechtsphilosophie. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2010.
- _____ (2009). A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo (org.). Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre, 2. ed.
- LUHMANN, Niklas (1992). Die Wissenschaft der Gesellschaft. Frankfurt/Main.
- PICO DELLA MIRANDOLA (1990). Über die Würde des Menschen. Übersetzt von N. Baumgarten, herausgegeben und eingeleitet von August Buck. Hamburg.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhardt (1995). Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung. Juristenzeitung 1995.
- SCHWINTOWSKI, Hans-Peter (2005). Sprachwissenschaftliche Kriterien für das Transparenzgebot. Die Bedeutung interdisziplinären Arbeitens von Rechts- und Sprachwissenschaft. In: Die Sprache des Rechts, Vol. 3: Recht verstehen. Hrsg. v. Kent D. Lerch. Berlin.
- SHUMWAY, David R.; MESSER-DAVIDOW, Ellen (1991). Disciplinary: An Introduction. In: Poetics Today 12 (1991), p. 201-225.
- SOMEK, Alexander (2006). Rechtliches Wissen. Frankfurt am Main.
- STICHWEH, Rudolf (1979). Differenzierung der Wissenschaft. Zeitschrift für Soziologie 8 (1979).
- TOULMIN, Stephen E. (2001). Kritik der kollektiven Vernunft. Frankfurt/Main.

Resumo

Este artigo objetiva analisar as características que apresentam um conhecimento interdisciplinar, tais como método, linguagem, variação, inovação, concentrando-se sobre o problema na ciência do direito, uma disciplina que tem negligenciado essa forma de pesquisa, talvez como consequência do domínio recente de uma perspectiva positivista estreita.

Palavras-chave: Interdisciplinaridade – Metodologia da ciência – Profissionalização.

Abstract

This article aims to analyze the characteristics of an interdisciplinary knowledge, like method, language, variation, innovation, concentrating on the problem of jurisprudence, a discipline which has neglected this kind of research, maybe as a consequence of a recent prevalence of a narrow positivistic approach.

Keywords: Interdisciplinarity – Methodology of science – Professionalization.

Normas para os colaboradores

1. Os trabalhos deverão ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista de Direito UPIS, para análise do conteúdo, metodologia, bem como da conveniência e oportunidade da publicação.
2. Serão aceitos prioritariamente trabalhos elaborados por membros da comunidade acadêmica do Curso de Direito da UPIS, inéditos ou apresentados em eventos públicos (congressos, simpósios, seminários etc.), referentes aos temas indicados pelo Conselho Editorial, quando for o caso.
3. Serão aceitos, excepcionalmente, a critério do Conselho Editorial, trabalhos apresentados pela comunidade em geral e/ou acerca de temas jurídicos diversos.
4. Mediante deliberação do Conselho Editorial poderão ser solicitados trabalhos a colaboradores eventuais.
5. A entrega de trabalho ou sua publicação não importará em remuneração, a qualquer título, do autor.
6. Não serão devolvidos ao autor os originais dos trabalhos entregues ou publicados.
7. Os trabalhos deverão ser redigidos em português, com no mínimo 15 (quinze), e no máximo 25 (vinte e cinco) laudas com 30 linhas de 65 toques, aproximadamente 49.000 caracteres, observando-se a ortografia oficial.
8. Os trabalhos deverão ser entregues em CD, à Secretaria do Departamento de Direito da UPIS ou enviados por correio eletrônico ao endereço direito@upis.br, com texto em fonte ARIAL, tamanho 12, entrelinhamento 1,5 cm.
9. As citações e referências bibliográficas deverão obedecer às normas técnicas da ABNT, preferencialmente utilizando o sistema alfabético (Autor/data).
10. **IMPORTANTE:** Necessariamente deverão acompanhar o artigo um Resumo em português e as palavras-chave. A remessa de versões do Resumo e das palavras-chave em inglês e/ou espanhol é facultativa.

Carlos Aureliano Motta de Souza

Editor

diagramação, arte-final, impressão e acabamento



fores:(61) 3552.4024 3552.2510 fax:(61) 3386.2350
brasilía distrito federal

Site: www.graficainconfidencia.com.br
E-mail: graficainconfidencia@terra.com.br