



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da
PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS

Nº 54
Novembro/2001

**REVISTA DA
PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO**

**Publicação da
Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional**

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RPGE	PORTO ALEGRE/RS	V. 24	Nº 54	P. 190	2001
------	-----------------	-------	-------	--------	------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado,
v. 24 nº 54 - 2001 - Porto Alegre, Procuradoria-Geral do
Estado do Rio Grande do Sul, Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional.
Periodicidade Semestral
Continuação da Revista da Consultoria-Geral do Estado



O ISSN0101-1480

Catálogo pela
PGE/PIDAP

*Os artigos de doutrina não representam
necessariamente a posição desta Procura-
doria-Geral*

Todos os direitos desta edição reservados pela
Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul
Av. Borges de Medeiros, 1501
Fone: (51) 3288-1600
90119-900 - Porto Alegre - RS

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

OLÍVIO DUTRA
Governador do Estado

MIGUEL ROSSETTO
Vice-Governador do Estado

PAULO PERETTI TORELLY
Procurador-Geral do Estado

IGOR KOEHLER MOREIRA
Procurador-Geral Adjunto

MÁRCIA REGINA LUSA CADORE WEBER
Coordenadora da Assessoria Jurídica do Gabinete da PGE

PAULO ROBERTO BASSO
Corregedor-Geral da PGE

JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS
Coordenador da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional



CONSELHO EDITORIAL

Paulo Peretti Torelly
Jose Luis Bolzan de Moraes
Ricardo Antônio Lucas Camargo
Justino Adriano Farias da Silva
Luiz Carlos Adams Coelho
Maria Alice Costa Hofmeister
Edmar Viane Marques Daudt

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Eliane Silveira
Jornalista Responsável
(Mtb. 7193)

Andréia Regina Grams
Maria Claudia Bassi Polidori
Marlise Pasin Bergamaschi
Vera Lucia Seelig

Impressão e acabamento

Calábria Artes Gráficas
Fone: 3245-7200



SUMÁRIO

EDITORIAL		7
DOCTRINA (Colaboradores Externos)		
Direito Econômico: evolução teórica, aplicação, eficácia e perspectivas no conteúdo da globalização	Washington Peluso Albino de Souza	11
O Direito do Estado Federado Ante a Globalização Econômica	Paulo Luiz Neto Lôbo	21
Existe uma “Resposta Certa” para o Direito e a Democracia? Repensando as relações entre o direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin	Katya Kozicki	39
O Rasgo Contemporâneo da Lógica Dialética	Dinizar F. Becker Maria Beatriz O. da Silva	57
O Jovem Paulista na Virada do Século: Caso de Polícia, “Aborrecente” ou Vítima?	Celia S. Melhem	77
DOCTRINA (Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul)		
A Inadimplência Sistemática de ICMS como Infração à Ordem Econômica.	Ricardo Seibel	103
Substituição Tributária	Luiz Henrique Oltramari	121
Regra do Equilíbrio e Economia de Mercado	Gabriel Pithan Daudt	131

ATIVIDADE FORENSE

Informações em Mandado de Segurança n. 70001956721	Paulo Peretti Torelly e Bruno de Castro Winkler	143
Acórdão MS n. 70001956721		157

PARECERES

Têm os Estados Competência para Desapropriar Imóvel Rural por Interesse Social com Arrimo na Lei Federal nº 4132/62?	Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello	171
	Dr. Eros Roberto Grau	181

DIREITO, SOCIEDADE E ESTADO

A necessidade da paz estimulou a constituição do Direito.

O Estado, no dizer de *Santi Romano* um dos conceitos “mais controvertidos da moderna publicística”, ainda pode e deve expressar a vontade da Nação como história e identidade comum de um povo.

Com estas preocupações a Advocacia do Estado dá continuidade ao projeto editorial de retomada e consolidação da Revista da PGE em nosso compromisso com o humanismo, a democracia e a emancipação dos povos.

A dominação do capital especulativo, do consumismo, do egoísmo e da predação ambiental, em tempos cada vez mais incertos, onde ganha corpo o irracionalismo e o ser humano de forma crescente busca soluções salvadoras no esotérico e no místico, faz dos homens e mulheres cada vez menos sujeitos do seu tempo e capazes de programar o seu futuro e o futuro da própria humanidade. Mas ainda assim a luta social, política e cultural que constitui a história, dentro das condições materiais e culturais existentes, como nos ensinou *Ortega y Gasset*, não afasta a liberdade do ser humano na definição do seu destino.

A idéia de ordem, como expressão de regras dentro de uma pluralidade de objetos, afirma o conceito de instituição. E as instituições existem e são criadas pela inteligência humana na afirmação de conceitos e seus valores correspondentes. Se o Estado é a sociedade juridicamente ordenada ou organizada produzindo Direito, como sintetizam os positivistas, o Direito, dentro de uma mesma relação dialética, nunca deixa de ser fonte do próprio Estado e autoriza a sociedade a democraticamente dizer que Estado deseja e quer construir.

A soberania popular, consagrada no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, jamais será confundida com uma pretensão de colonizar a sociedade com a multiplicação desenfreada e sem critério de textos legais. Na lição de *Radbruch*: “Quanto mais apegada à vida, mais concreta, mais casuística seja uma ordem jurídica, mais atada se encontra à sua matéria cultural e econômica, e condenada a perecer com ela.”

Constituição ou Medida Provisória? Direito ou Economia? A produção dos comandos jurídicos não faz mais do que impor com clareza e energia limites éticos ao ser humano.

A desonestidade e a ignorância podem tentar burlar tais limites e até mesmo interações éticas, mas a equidade, como expressão da Justiça no Direito, continuará sendo perseguida pela humanidade. Cada vez mais a constituição de um pacto de cidadania avançado, que supere a desigualdade entre os seres humanos, passa pela afirmação de um conceito que a Advocacia Pública consolida enquanto instituição: a defesa do interesse público.

Assim, temos dito que a complexidade da relação dos indivíduos com o Estado e as decorrentes demandas judiciais, como reflexo da deficiência da atuação estatal em diversas esferas, definem a distinção entre o interesse público e o interesse privado. Muito mais do que no *érário público*, o interesse público se manifesta na constante defesa da democracia, da cidadania e da ética na administração.

Cabe a nós, operadores do Direito, buscar compreender o significado e o alcance da soberania popular e da cidadania, especialmente diante do capital financeiro. Entender que a democracia participativa e o controle social do Estado passam pela construção de um setor público forte e que respeite os Direitos do mercado, tendo presente que o lucro não é dimensão axiológica para se constituir em critério de organização da sociedade.

Nesse contexto, a questão agrária e a questão tributária revelam-se definidoras do modelo de sociedade e Estado que queremos. Assim, na presente edição dedicamos particular atenção ao tema agrário pela significação e impacto em um país de tantos contrastes e injustiças, onde no cenário de um federalismo cooperativo nenhum ente federado pode se abster do compromisso constitucional com a superação da dívida social.

Debater o Direito e seus limites e possibilidades de avanço no nosso tempo histórico. Questionar, como fez *Kirchmann* – “Três palavras do legislador, e bibliotecas inteiras transformam-se em papel de embrulho” -, se o terreno da dúvida pode ser científico, mas jamais esquecer o compromisso humanitário do Direito. Os desafios são muitos e os ideais continuam grandiosos. Com estas convicções e esperanças a Revista da PGE mais uma vez dá a sua contribuição ao debate jurídico.

Uma boa leitura!

Paulo Peretti Torelly
Procurador-Geral do Estado



DOUTRINA
(Colaboradores Externos)





DIREITO ECONÔMICO: EVOLUÇÃO TEÓRICA, APLICAÇÃO, EFICÁCIA E PERSPECTIVAS NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO.

Washington Peluso Albino de Souza*

* *Professor Emérito da Universidade Federal de Minas Gerais.
(Degravação da palestra proferida pelo professor Dr. Washington Peluso Albino de Souza,
por ocasião do lançamento do livro “Direito Econômico – Aplicação e Eficácia”, do
Procurador do Estado, Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo, realizada no Centro de Estudos
da PGE, no dia 10.08.2001)*



É a segunda vez que eu venho aqui falar aos procuradores. Eu recebi antes uma incumbência sobre normas gerais do Direito Econômico, um tema que continua sendo discutido. Mas hoje não, hoje a incumbência é mais festiva, e eu compareço mais aqui hoje como uma testemunha ocular da história, nada mais do que isso. É que Ricardo, quando entrou na faculdade de direito, com linhas mais jovens na fisionomia, o mesmo Ricardo de hoje, uma memória muito grande, uma dedicação imensa, uma aplicação, quase que exagerada, ao estudo, e isso fazia com que ele se destacasse como estudante.

Depois, contagiado pelo Direito Econômico, o Direito Econômico ganhou essa grande figura. Durante anos e anos - e aí vem o meu depoimento - durante todo o período de Ricardo no bacharelado e no doutorado, nós nos empenhávamos na elaboração, na sistematização do Direito Econômico como disciplina para ser ministrada nas escolas. E ao mesmo tempo nós nos aprofundávamos nas pesquisas para que ele tivesse o seu desenvolvimento científico, propriamente dito, assegurando o que se oferecia para ensino na escola. Ricardo era o que nós chamamos - não sei se vocês chamam isso aqui - mas nós, mineiros, que ainda temos o carro de boi, nós chamávamos de "o boi de coice", aquele que segura o carro de verdade, aquele que tem firmeza e sobre o qual se pode fazer repousar toda confiança. Isso era o Ricardo nas nossas pesquisas.

Fomos elaborando. Não havia o computador. Então era muito interessante porque quando nós pesquisávamos a base constitucional requeríamos uma sala tão grande quanto essa, ou talvez maior, ou tão larga, em que as constituições eram lidas e passadas a quem tomasse nota para fazer uma tabela. Ricardo depois disso teve oportunidade de pesquisar para o instituto da produção, da circulação, da repartição e do consumo, pegando toda a Constituição brasileira, fazendo a comparação para que nós pudéssemos teorizar. Era um trabalho científico muito interessante, muito bonito, aplicando-se o método indutivo, partindo do fato, partindo do dado para chegar até a teorização. Esse era o trabalho do Ricardo. Chegamos a um ponto em que publicamos um - o que costumamos falar - tijolo. Um livro sobre Direito Econômico que a Saraiva publicou, com 600 páginas. Então nós brincávamos que o Direito Econômico era novo, havia uma certa resistência; então ele era um tijolo que batia na cabeça do sujeito e ele deveria aprender de qualquer maneira: era na pancada.

Agora, passados esses anos todos, me vem o Ricardo com outro tijolo. Está aí o livro, quase 600 páginas e parece que o intuito é o mesmo, porque acontece o seguinte: nós vínhamos fazendo uma elaboração científica, teórica do Direito Econômico como nos competia, e havia realmente um jurista, que ele citou hoje, o Ronaldo Cunha Campos, que morreu jovem, mas seria certamente o grande processualista brasileiro, na nossa opinião, e que dizia, quando ele foi fazer pós-graduação entusiasmou-se e dizia o seguinte: que ele tinha descoberto o direito por intermédio do Direito Econômico. Poderia haver um exagero - eu não, porque

eu acho que o Direito Econômico é tudo isso - mas era um exagero certamente, um entusiasmo.

Entretanto o nosso interesse era fazer o Direito Econômico marchar precisamente para sua aplicação. Era o problema da hermenêutica ligado também a uma aplicação do direito, e o direito no fórum, o direito no judiciário, era o que nós pretendíamos. A minha orientação não era essa, a minha orientação era teórica, era de professor, pesquisador, etc. O Ronaldo morreu e o Ricardo resolveu empunhar essa bandeira. Nós sabemos muito bem a dificuldade dessa bandeira, em primeiro lugar teoricamente o Direito Econômico ainda é muito discutido, e em segundo lugar, é muito natural, os tribunais - e eu respeito os homens dos tribunais que estão aqui - são naturalmente conservadores. Muitas regras do Direito Econômico que nós apresentávamos no livro eram citadas por juízes, desembargadores, ministros, sem falar em Direito Econômico. Lançavam a regra mas não falavam o que era.

Havia uma espécie de preconceito com as coisas novas. E nós mudando nesse sentido, e sentindo que era preciso chegar aos tribunais, chegar de maneira objetiva aos Tribunais, quando graças ao Rio Grande do Sul - e eu rendo a homenagem ao Rio Grande por essa oportunidade - o Ricardo veio parar aqui como procurador e foi enviado para Brasília, para trabalhar junto aos altos Tribunais. Daí para diante o trabalho era um trabalho de campo, o tipo de trabalho de campo, trabalhando a matéria, a matéria que nós queríamos, precisávamos dela, onde ela era discutida no mais alto posto, na mais alta dúvida, no mais alto conflito teórico, e o Ricardo estava presente.

Eu continuava perfeitamente confiante, porque eu sabia que o Ricardo tinha levado a estrutura para isso, tinha levado a bagagem científica para enfrentar esses problemas, e essa minha tranqüilidade ia se desenvolvendo na medida que ele, sempre ligado a mim, me comunicava, quando tinha um caso interessante ele me comunicava e nós dois, a nosso modo, soltávamos foguetes porque, afinal de contas, o Direito Econômico estava avançando justamente no Judiciário onde precisava ser para que não morresse como uma aventura teórica ou uma aventura científica: nós teríamos o Direito Econômico "direito" mesmo, aplicado mesmo.

Com isso, o Ricardo conseguiu um material muito grande, foi elaborando esse material e voltou para aqui. Quando ele volta para aqui, então começa a elaboração do livro. Esse livro inicialmente foi a tese de doutorado. Essa tese de doutorado, examinada por 5 professores de Direito Econômico, os mais exigentes possíveis, porque o Ricardo apresentava pontos de vista inteiramente contrários ao ponto de vista de cada um. Não ao meu, nós convivíamos, eu estava mais ou menos tranqüilo, mas há outros grandes elementos do Direito Econômico que ele enfrentava na banca - e eu com medo, porque vocês sabem muito bem o que é o julgamento de uma banca: se o examinador está ferido na sua vaidade e a nota é dada por ele, isso pode comprometer. E eu tinha medo porque eu tenho expe-

riência de vida, não sou menino, e sei muito bem que isso poderia acontecer, mas Ricardo pouco ligava, enfrentava, enfrentava, defendia as teses e no fim a aprovação foi total, foi aprovação com 10 para tudo, elogio etc.

Então nascia, digamos assim, uma nova estrela no Direito Econômico. Ricardo empunhou a bandeira e passou então a fazer o trabalho. Mas nós sabemos muito bem, no direito em geral, o que representa entre nós, e para a cultura jurídica, sobretudo para a aplicação do direito, a resistência às novidades.

A resistência ao Direito Econômico era muito grande. Durante uma certa época havia até aquela maneira meio zombeteira: “isso não existe!”. Como a escola prestigiava e permitia que se trabalhasse e apoiava de verdade, nós começamos então a ter o contato e o Direito Econômico começou a ser adotado nas outras faculdades. Nas grandes faculdades do Brasil passou a ser adotado. Ficava aquele pioneirismo que de certa maneira despertava um certo ciúme, mas ao mesmo tempo possibilitava uma troca de esforços, uma troca de trabalho especialmente foi feito sobretudo com São Paulo e outras unidades.

Bom, o Direito Econômico ia teoricamente desenvolvendo, mas nos tribunais continuava a mesma coisa, “isso é novidade”, “isso existe”, “isso não existe”, e sempre quando é assim, discutia-se até a existência daquela disciplina. Não basta no Brasil a existência científica, a configuração e a confirmação e, digamos assim, a afirmativa científica de uma disciplina jurídica autônoma. No Brasil, infelizmente, para que uma disciplina seja considerada autônoma ela tem que estar nominalmente presente na Constituição. A Constituição para isso é uma espécie de registro civil. Se está na Constituição existe como disciplina, se não está na Constituição isso é “sonho de professor”, é “sonho de teórico”.

Foi uma luta muito grande, mas muito grande, até que se chegou à Constituição de 1988 quando o Direito Econômico foi colocado na Constituição. Foi colocado como? Daquela mesma maneira que o direito tributário anterior foi colocado na Constituição de 1946. Porém lá o Baleeiro, que era deputado- ele era professor de direito tributário- incluiu o direito tributário. Diz ele, ele mesmo diz isso nos escritos dele, que não se sabia onde colocava. Então colocou-se num artigo genérico: Normas Gerais- e nessas “normas gerais” é que entrou o direito tributário. Com o Direito Econômico foi a mesma coisa - Normas Gerais. Entrou o Direito Econômico nas Normas Gerais, porém entrou na Constituição, isso é o que interessava. Já nasceu, já estava registrado, já tinha um registro num “cartório” e aí então as escolas começaram a adotar o Direito Econômico, a ensinar o Direito Econômico. Ele foi marchando. Mas havia a necessidade do passo adiante, a construção teórica inicial estava feita.

Daí para frente é uma questão de construir doutrina: “concordo”, “discordo”, outros pensam, outros não pensam, outros escrevem livros, destacam temas, destacam teses, ou não destacam, tem um sentido geral. Mas trazer ao Judiciário ninguém tinha se aventurado. E o Ricardo, eu sabia que, não silenciosamente, mas

para todos os efeitos silenciosamente, vinha desenvolvendo esse trabalho. Quando ele deu o trabalho por terminado, que foi na defesa da tese, na verdade ele estava dando o primeiro passo para chegar a esse livro, porque até publicar esse livro ele teve que testar. Testar tudo o que nós falávamos, tudo o que nós pensávamos, tudo o que a teoria havia oferecido para nós, que nós havíamos encontrado na teoria mas que o Judiciário não aplicava de maneira franca, de maneira leal, dizendo essa regra é do Direito Econômico, aquela não é, esse princípio do Direito Econômico vale, aquele não vale, e mais ainda, nós seguimos desde o início, desde a minha tese, por exemplo, há anos, há muitos anos atrás, nós defendíamos precisamente aquele que hoje se está chamando de “interpretação axiomática da Constituição”, “unidade axiomática da Constituição”, ou seja, “interpretação pela Constituição”.

Nós dizíamos que, no direito aplicado, o Direito Econômico - e achamos que era todo o direito - deveria basear-se no texto constitucional, pois bem, mas nós sabemos muito bem que durante muito tempo, e só agora vai mudando - não sei se os senhores, aqui no RS é mais avançado - mas de um modo geral, um grande número de juízes, de desembargadores, ainda dá mais importância ao Código Civil do que à Constituição. Determinadas conquistas da Constituição, por exemplo, vou tomar uma, a função social da propriedade, geralmente os juízes tradicionais ainda não acreditam nisso não, apesar de estar na Constituição. Então a interpretação pela Constituição, a “interpretação da Constituição pela Constituição” que é dada com a nova “interpretação constitucional”, “nova hermenêutica constitucional” como se chama hoje, agora está se descobrindo, nós vínhamos trabalhando nesse sentido.

Isso fez com que nós tivéssemos que ir ajustando conceitos, ajustando conceitos para chegar até o tribunal, para chegar até o Judiciário, que é o que o Ricardo fez. Então, ele convivendo com o Judiciário, trabalhando o Judiciário, ele foi procurando dar essa condição de aplicação e eficácia do Direito Econômico. Digo eu que o passo foi dado. Esse passo é devido, sem nenhum elogio fácil, é devido ao Ricardo, razão pela qual eu estou aqui como, disse a vocês, um testemunho ocular da história. Para o Direito Econômico, esse é um passo no Brasil.

Agora, nós temos outros problemas, e vamos ver se vão surgir outros ou se o próprio Ricardo vai trabalhar. Nós temos o grande problema da evolução do direito hoje, o direito na globalização, o direito na chamada aplicação da universalidade, nós estarmos como uma legislação por exemplo, dessas agências reguladoras, já vimos que elas vêm. A lei traz o sentido de universalidade, o indivíduo tem que ter um telefone. Então a Telefônica tem que oferecer em qualquer parte do Brasil e o legislador brasileiro muitas vezes tem, com o devido respeito, pouco cuidado. Ele pega alguma coisa no ar e joga na lei brasileira. E agora, para fazer?

O problema da universalidade por exemplo, que é um que nós temos aplicado ao estudo dele no momento, o americano fez isso quando iniciaram a

telecomunicação na América. Pois bem, os países hoje estão adotando a universalidade, mas sem saber como fazer, porque como, sobretudo na privatização, como uma empresa privada poderá oferecer, ter a obrigação de oferecer o último telefone no último rincão no Brasil? Então o legislador brasileiro põe na lei, mas ao mesmo tempo dá e tira, põe um artigo que “quando possível!” Mas se é “quando possível” não é mais universalização! O que é isso! Essa brincadeira da legislação brasileira é que agora é o desafio, porque o Direito Econômico tem a sua amplitude, uma atividade econômica juridicamente regulamentada.

Desde que seja política econômica nós definimos o campo no Direito Econômico, e isso é política econômica, política de comunicação, política de informação, tudo isso que está aí é política econômica. Quando cai no campo do Direito Econômico a nossa legislação é toda dessa maneira, toda não só contraditória, como, na verdade, mentirosa. Então fica o problema do “conflito” ou “não conflito”. Esse problema do conflito ou não conflito, sobretudo dos princípios constitucionais, nós já tínhamos procurado resolver, que era precisamente dando à Constituição ou aos dados constitucionais por parâmetros e os princípios de direito, por exemplo art.170, todos os princípios ali enunciados são parâmetros constitucionais e na interpretação se há um conflito, por exemplo propriedade privada com função social da propriedade, defesa do consumidor e liberalismo total, são conflitos, por isso conflitos se resolveriam por princípios que nós procuramos desenvolver, e esse princípio foi o da economicidade. Esse princípio da economicidade na verdade foi tratado já há 40 anos por nós, e ele nada mais é do que um princípio valorativo, é uma referência a valor.

Ora, a hermenêutica constitucional atual, chamada nova hermenêutica constitucional, também ela é referente precisamente a valor, ela é axiomática, mas é preciso saber onde estão os parâmetros, porque senão valor, valor para cada um de nós é aquele que nós achamos que é valor, e o juiz fica julgando, mais do que nunca, por arbítrio, seria a abolição praticamente de todos os cerceamentos legais, porque o juiz, diante dos valores próprios, ele é que ia decidir. E na verdade esse assunto é mais importante. Eu estou assim, “ferroando”, digamos, o Judiciário por causa da condição do livro, mas a verdade é essa. O que está nos preocupando muito atualmente é a chamada cabeça do juiz: o advogado que vai advogar já sabe que cabeça de juiz ninguém entende e faz outras comparações, animais, etc. O problema é justamente isso: é preciso limitação, é preciso limitar, é preciso elemento referencial.

E essa interpretação chamada “axiomática” hoje, e unitária da Constituição, é interessante porque ela é valor, valor em si, então naquele estudo da economicidade nós dizemos o seguinte: - não há várias espécies de valor, há uma infinidade de espécies de valor, mas esses valores podem ser conjugados de tal maneira que eles encontrem denominador comum. Aí nós nos afastamos de tudo o que era Marx. Ficamos no Max Weber mesmo, com aquela linha de maior vantagem. Mas essa vantagem varia: vantagem religiosa, vantagem estética,

vantagem econômica, então as limitações. Porém não pode ficar na cabeça do juiz, o juiz tem que ter um referencial, e o referencial é o constitucional, então, por exemplo, no caso, propriedade privada e a função social da propriedade, a reforma agrária, que é o grande problema brasileiro. A Constituição tem lá, foi posto o dispositivo: a propriedade tem que ser rentável. Mas o que é uma propriedade agrária rentável hoje, em que ela é toda deficitária?

O Brasil está se queixando disso, a atividade agrária é toda deficitária, praticamente toda. Então a rentabilidade, em termos de rentabilidade não existe, seria de prejuízo. E vem uma série de outros problemas nesse mesmo sentido: utilização ou não, utilização a que sentido? Então o princípio da economicidade permite que se admitam valores e se comparem os valores. Aí, outra vez, voltamos à ciência econômica, tomamos a ciência econômica como auxiliar de raciocínio, auxiliar metodológico, e vemos o seguinte: que uma mesma decisão, digamos assim, o preço do leite, do pão, essa decisão, chamado o economista a se manifestar, ele se manifesta dizendo – o preço é certo. Mas o preço certo para o produtor não é o preço certo para o consumidor. Pode ser outro, porque não houve a possibilidade do negócio, da transação. O preço certo do leite para o produtor de leite hoje seria X ,10X; o preço para o consumidor que não tem nem emprego seria X ou 1/2X, e o juiz tem que decidir.

Então, esse problema do certo o economista informa, porém o juiz vai procurar o justo, e vai procurar o justo a partir do certo, não mais por arbítrio, existe um certo aqui, existe um certo ali, esses dois certos tem que ser ajustados. Para ajustar o que é preciso? Política econômica. Essa política econômica será como? Será de aumento do vencimento do consumidor, será de financiamento ao produtor, subvenção etc. São medidas de política econômica que o Direito Econômico oferece para solução entre o certo e o justo, buscando o justo, e ao mesmo tempo dentro dos parâmetros constitucionais. Esse problema teoricamente estava resolvido, ou pelo menos nós achamos que estava resolvido. Mas na prática, como? Vamos usar o que? Vamos usar apenas relatórios técnicos, peças técnicas para nos informar. Esse certo mesmo, é certo numa região, é certo em outra região, é certo com um produto, não é certo para outro produto. Esse problema todo tem que acabar sendo o discernimento do próprio justo na utilização do certo. Então ele pode ter vários laudos técnicos, com vários certos, mas ele é que vai pegar aquilo, trabalhar, transformar aquilo em matéria, em material de sentença, em material de “justiça”. Aí sim há um arbítrio do juiz, porém arbítrio seguindo a sua decisão, obedecendo a limites, obedecendo a referenciais, ele não pode ir além do dispositivo constitucional. Ficar preso ao dispositivo constitucional, não a ele pessoalmente, ele tem que andar dentro disso, e naturalmente que com mais critérios. Aí já o juiz, ele é um homem, se isso é negativo por um lado, é positivo por outro. Ele tem que ser homem, porque a justiça, a sentença é sobretudo uma peça humana. Ela tem que ser humana justamente. A sentença desumana, vai contra todo princípio do direito.

Então ele tem que procurar justamente a justiça, e com esse material nós enriquecemos a posição do juiz de um material informativo para que ele trabalhe melhor esse problema da política econômica que é por si mesmo variável, é por si mesmo flexível, muito flexível. A política econômica é flexível e tem que ser flexível e o direito tem que olhar, tem que navegar dentro disso, porque sem o que, sempre haverá uma sentença em contrário com a realidade, uma sentença chamada “injusta”, uma sentença chamada “errada”, por quê? Porque não atendeu as condições reais da realidade. Eu estou repetindo, reais da realidade, justamente isso, por causa do objetivo que é um fato social real e o direito sendo uma construção intelectual corre o risco de sair daquele sentido da justiça.

Uma das preocupações que nós temos com ela hoje, muito grande em literatura jurídica, é precisamente o problema do juiz com a sua sentença. Um professor jovem na faculdade de direito, professor do direito do trabalho, acaba de publicar um artigo na nossa revista dizendo o seguinte: “o juiz claudica”, e ele é um juiz! Diz ele: “o juiz tem preconceito”, e ele é juiz! Então quando chega naquele momento em que entra na formação pessoal, na formação cultural pessoal, individual, o juiz cai em si com a sua própria cultura, e às vezes o que ele tem da sua própria cultura é preconceitual para o que a sociedade está pedindo.

É muito comum uma sentença com o preconceito pessoal do juiz. Ele não está fazendo isso por mal: a formação cultural dele é essa, e ele então se afirma. Ele não vai dar uma sentença contra os seus princípios, que muitas vezes não são os princípios mais reais, mais convenientes de uma sociedade. Esse problema é sério. Uma menina da faculdade de Direito, agora acabou de publicar uma tese que é precisamente sobre direito penal “o subjetivismo do injusto”, justamente isso. Um júri, por exemplo. Subjetivismo de cada jurado. Cada jurado ali pode ter um sentido de injusto diferente: está-se tirando uma média. Isso no Direito tem que ser aperfeiçoado, essa é a minha opinião.

Com a globalização, um sentido de realização confirma as nações. O Direito é nacional, os direitos são nacionais, nós vamos acabar com os direitos nacionais? Nós não admitimos isso! Não tem jeito, porque os direitos são também expressões culturais, às vezes culturais da parte de um povo. Então essa globalização tem que ser analisada de outra maneira, aliás da maneira pela qual ela sempre existiu. No mercantilismo havia as nações e elas correspondiam entre si. Agora é que é diferente, é uma questão de dominação sobre o outro, problema de abuso do poder econômico. O que é uso e o que é abuso do poder econômico, qual o limite?

A Constituição nossa diz “abuso do poder econômico”. E como fica o juiz? Abuso como? Qual a diferença entre “uso” e “abuso”? São como o que? Quesitos, nem sempre são aqueles que mais convêm nem ao caso e nem à realidade econômica do país. Então esses problemas que nos afligiram, que nos afligem muito e que são desafios, outros tantos desafios, se alguém aqui sente esses desafios que

se incorpore ao Direito Econômico, porque nós estamos com uma dor de cabeça terrível nesse sentido. O Ricardo já pegou uma bandeira trouxe a bandeira sob a forma de tijolo. Não quer dizer que não entra na cabeça de ninguém, porém batendo, às vezes esses princípios entram, é uma das formas. Eu é o que tinha para dizer, mas se vocês quiserem, qualquer coisa eu estou as ordens para responder.

Eu estou aqui é como testemunha ocular da história, dizendo que o Ricardo é um moço que começou desde o primeiro ano da faculdade a trabalhar, a trabalhar Direito Econômico com toda a seriedade. Fez disso a razão de ser da sua vida e hoje ele tem um trabalho muito mais ampliado, porém uma dedicação ao Direito Econômico que fez dele realmente um dos grandes elementos do Direito Econômico no Brasil, um dos maiores porque ele vem provar agora com este livro. Muito obrigado.

O DIREITO DO ESTADO FEDERADO ANTE A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

Paulo Luiz Netto Lôbo*

1. Perspectiva do federalismo brasileiro ante a redução do Estado nacional;
2. Uma questão relevante: o Estado federado sob a ótica da repartição das competências;
3. Modelo híbrido da Constituição brasileira e as dificuldades históricas de realização da competência reservada aos Estados federados;
4. Crítica à fraca realização, pelos Estados federados brasileiros, da competência legislativa concorrente;
5. Crise do Estado social e sua redução ao papel de Estado regulador;
6. Globalização econômica e efeitos nos direitos nacionais;
7. Desconstitucionalização, desregulamentação e refluxo do princípio fundamental da justiça social;
8. Interesse público estatal e interesse público social;
9. O pluralismo jurídico na perspectiva da globalização econômica e o desafio ao direito do Estado moderno;
10. Em conclusão: qual o espaço a ser ocupado pelo Estado federado?

* Doutor em Direito pela USP. Procurador-Geral do Estado de Alagoas. Professor na UFAL e na UFPE (Pós-graduação).



1. PERSPECTIVA DO FEDERALISMO BRASILEIRO ANTE A REDUÇÃO DO ESTADO NACIONAL

A experiência brasileira do federalismo republicano despontou para a crescente primazia do direito promanado da União (direito federal), às vezes em situações tais de quase supressão da autonomia dos Estados federados (direito estadual) que se aproximam do unitarismo imperial do século dezenove. Essa inclinação centralizadora, sem embargo da resistente cultura nacional de autoritarismo político, é justificada por muitos como necessária para fortalecer a União contra o risco de desagregação de um país continental e contra os abusos do mandonismo local, pouco afeito às regras da primazia dos interesses públicos sobre os interesses privados.

A globalização econômica, desde a década de oitenta do século vinte, tem apresentado uma característica instigante: seu avanço se dá a expensas dos direitos nacionais, é dizer, da redução dos poderes dos Estados nacionais, máxime no que concerne aos direitos sociais e econômicos. Outra característica da globalização econômica, também instigante, é a tensão que se tem manifestado entre o global e o local. Essas características parecem apontar para a superação do modelo do federalismo concentrador, despontando a responsabilidade crescente dos governos locais, a saber das unidades federadas, na realização das finalidades do Estado democrático e social de direito, o que, paradoxalmente, significará o fortalecimento da União. Ao início do século vinte e um, a globalização não é política pois os organismos internacionais são ainda frágeis para exercerem poder hegemônico e os Estados nacionais são utilizados como aliados da globalização econômica, desde que seus direitos sejam reduzidos a patamares mínimos.

No século vinte, os Estados nacionais converteram-se em Estados de bem-estar social, ampliando sua intervenção no domínio econômico, para reduzir as consequências negativas da ausência deliberada de sua ação positiva, a que foram relegados pela triunfante ideologia liberal do século dezenove. O Estado social, assim genericamente denominado, parecia ser o estágio mais avançado da evolução do Estado moderno e da própria modernidade. A globalização econômica, como fato de exercício de poder das nações centrais e das empresas transnacionais, e o neo liberalismo, como fundamento teórico e ideológico desse fato, e *a fortiori*, do mercado livre de limitações jurídicas, têm o Estado social como alvo, com intuito de enfraquecê-lo, no que apresenta de nuclear: a promoção dos direitos sociais e a proteção dos mais fracos. Os meios são conhecidos, a saber, a desconstitucionalização e a desregulamentação de amplas matérias, reduzindo o espaço público em benefício do espaço privado subtraído à tutela jurídica.

Assim, a experiência do federalismo brasileiro, de supremacia das competências da União, tornou o direito nacional muito mais vulnerável a essas pressões, sem a contrapartida dos direitos locais que possam contrabalançar o aviltamento do sistema de garantias legais que o país construiu ao longo de sua história

republicana. Um dos pilares da bem sucedida aventura humana do federalismo é a distribuição das competências entre a União e os Estados federados, que pode indicar o caminho que estes poderão seguir ou intensificar, se a Constituição de 1988 permanecer intocada nesse ponto.

Não é objeto deste estudo o papel dos municípios, em face da globalização econômica, mas as repercussões neles são evidentes. A ótica escolhida é exclusivamente jurídica, razão porque não serão trazidas à baila as preciosas análises que estão a se fazer na ciência política, nas ciências sociais, na economia, na filosofia, na história, sobre o fenômeno inquietante da globalização econômica, salvo como argumento complementar.

2. UMA QUESTÃO RELEVANTE: O ESTADO FEDERADO SOB A ÓTICA DA REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS

Para melhor situarmos o campo de nossas reflexões, sempre na perspectiva dos Estados federados, recordemos que nos dois séculos de sua experiência, o federalismo surgiu como solução de organização política de povos com identidades próprias e, atualmente, como modo de otimização da democracia. Seu campo preferencial tem sido o dos países com grandes extensões territoriais, sem embargo da existência de federações em espaços pequenos, como a Suíça. No contexto mundial, de aproximadamente duzentos estados nacionais, os estados federais são minoria numérica e aqueles que se constituíram de modo artificial, sem unidade cultural, tendem a desaparecer, como sucedeu com a União Soviética e a Iugoslávia.

No Brasil, o constitucionalismo é tão cioso da natureza fundamental da organização federal, que foi incluído entre as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, I da Constituição Federal de 1988), como núcleo duro, imodificável mediante emenda. O país pode optar pela monarquia, mas não pode extinguir a federação.

Contudo, no que concerne à repartição das competências entre União e Estado federado, o federalismo atual apresenta três tendências distintas, o que demonstra não haver um único modelo. Sob a ótica do Estado federado, a repartição de competência pode ser:

- a) de competência residual ou reservada, decorrente do assim chamado federalismo dual;
- b) de competências expressamente fixadas;
- c) de competência concorrente ou cooperativa.

A experiência do federalismo dual, inclusive nos Estados Unidos, sua pátria de origem, indicou um progressivo estreitamento dos “poderes reservados” dos Estados federados, em favor da supremacia da União. A idéia originária de fixar para a União um conjunto definido de poderes, reservando todos os demais aos Estados federados, não prevaleceu, por várias razões históricas e políticas, fartamente indicadas na doutrina. Tem-se, em realidade, um poder federal

hegemônico. Na dúvida, o Poder Judiciário federal tende a fazer predominar a competência da União, assim nos Estados Unidos, como nos países que seguiram seu modelo.

O federalismo de competências taxativas, em princípio, favorece os Estados federados, pois estes, do mesmo modo como para a União, têm suas competências claramente definidas, neste ponto sem risco de conflito. A experiência mais conhecida é a da Índia. Os analistas desse modelo alertam para dois problemas de sua aplicação real: primeiro, as matérias não listadas tendem a cair no âmbito da competência da União; segundo, sem embargo da taxatividade, a interpretação judicial tende a favorecer o direito federal, quando ocorre conflito de competência¹.

O federalismo de competência concorrente ou cooperativo permite a comunicação entre os níveis federal e estadual, pois, no campo legislativo, a União edita as normas gerais e os Estados as ambientam, em larga margem, às suas peculiaridades locais. O essencial está no conteúdo conceptual de “normais gerais”, como limite constitucional à União. O sentido de competência concorrente difere daquele que o senso comum teórico desenvolveu. Hamilton², um dos clássicos do federalismo americano do século dezanove, disse que a legislação concorrente resultava da divisão do poder soberano, isto é, de esferas de poder privativas da União e dos Estados federados. A acepção atual é de competências sobre matérias comuns, embora com limites de forma e conteúdo recíprocos. A saber, cabe à União fixar as normas gerais e aos Estados federados as normas específicas.

3. MODELO HÍBRIDO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E AS DIFICULDADES HISTÓRICAS DE REALIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA RESERVADA AOS ESTADOS FEDERADOS

A Constituição brasileira de 1988, ao contrário das constituições anteriores, optou por um sistema misto, mantendo o modelo tradicional do federalismo dual e introduzindo a competência legislativa concorrente, no artigo 24, além de competências de execução comum de políticas públicas (artigo 23). Logo após o advento da Constituição, publiquei um artigo sobre essa novidade bem vinda³, cercado de expectativa favorável de sua ampla utilização. Mais de uma década após, os resultados foram frustrantes. Os Estados federados não exerceram, como se esperava, os poderes que confiantemente a Constituição lhes delegou. Quais teriam sido as causas?

¹ Rahmatullah Kahn, *Harmonization of Law in the Indian Federation*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 107.

² Hamilton, Madison e Jay, *El Federalista*, trad. Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 130.

³ Paulo Luiz Netto Lôbo, Competência Legislativa Concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 101: 87-104, jan./mar.1989.

Historicamente, o sistema de poderes reservados não se ambientou em terras brasileiras, até porque nosso federalismo foi uma escolha política da Constituição de 1890, reproduzindo o modelo norte-americano, não resultando, como este, de concessão dos Estados que formaram a União, reservando para eles tudo o mais que estivesse fora dos poderes fixados expressamente. Em contrapartida, o Brasil foi, durante o Império, um país unitário. Durante a República Velha, até a década de trinta, esses poderes foram desfrutados no interesse dos mandarinatos locais, gerando abusos que desacreditaram o sistema. Note-se, todavia, que o sentimento favorável ao federalismo esteve presente em nossos estadistas, inclusive durante o Império. A esse respeito, lê-se em Alfredo Varela⁴:

“O federalismo é, desde 1831, a mais ardente e generalizada aspiração do Brasil. Nos trabalhos de reforma constitucional posteriores à revolução do ano citado, chegou a adotá-lo a Câmara Temporária e, se não é a resistência da Câmara vitalícia, de há muito vigorava no País. Tão acentuadas eram as tendências reformadoras no sentido da ampla autonomia provincial, que monarquistas sinceros, da ordem de Saraiva e Nabuco, preconizavam os modelos federativos, como sendo a condição de salvação do Império, nos últimos anos dele”.

Sob a égide das Constituições posteriores, a legislação brasileira substancial, em todas as áreas, concentrou-se no âmbito federal. Sob esse ângulo, a federação, no Brasil, foi e é uma das mais concentradas do mundo. A atitude normal da população dos Estados é aguardar a resolução de seus problemas pela União.

Outra causa importante é o entendimento constante do Poder Judiciário em ter como normal essa concentração, restringindo fortemente o poder dos Estados federados em cuidarem diretamente de matérias relevantes que reflitam no cotidiano dos cidadãos. Restou aos Estados federados tratarem de seus assuntos administrativos, dos impostos específicos e de alguns assuntos residuais. Antes de 1988, como exemplo, o Supremo Tribunal Federal decidiu, freqüentemente, pela inconstitucionalidade de leis dos Estados que intentaram controlar o uso de agrotóxicos em seus territórios, no sentido da proteção ao meio-ambiente e da prevenção da saúde das populações. Para o STF essas matérias, tão sensíveis aos interesses locais, seriam de competência exclusiva da União, inibindo fortemente tais iniciativas, com reflexos até hoje.

4. CRÍTICA À FRACA REALIZAÇÃO, PELOS ESTADOS FEDERADOS BRASILEIROS, DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE

Esse caldo de cultura adverso à competência concorrente foi agravado por dificuldades que necessitam ser superadas. Os poderes legislativos estaduais têm

⁴ *Direito Constitucional Brasileiro - Reforma das Instituições Nacionais*, Rio, Garnier, 1902, p. 41.

de estar adequadamente preparados para essas novas e relevantes funções, desenvolvendo a parte que lhes toca na realização e concretização, pela administração pública, dos direitos sociais referidos no artigo 6º da Constituição Federal (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, moradia e assistência aos desamparados).

Há de ser vencida a incompreensão, pelos Estados federados, do imenso alcance do federalismo concorrente e cooperativo, e a impressionante inércia legislativa sobre as matérias que a Constituição a eles confiou. Muito pouco se avançou nessa área. Não tenho notícia, por exemplo, de qualquer legislação estadual que tenha regulado sobre “procedimentos em matéria processual” (art. 24, XI, da CF), que é abrangente do processo civil e do processo penal, nas jurisdições estaduais, ditas comuns ou gerais.

Os abusos já referidos da República Velha deixaram marcas muito profundas, na consciência jurídica nacional, de rejeição às competências estaduais sobre matérias que, em outras federações, são delas exclusivas. Partiu-se então para o extremo oposto, é dizer, da vedação completa aos Estados de editarem legislações próprias sobre as mais importantes matérias pertinentes às relações jurídicas dos cidadãos, a exemplo do direito processual, concentrando-se em códigos únicos aplicáveis a todo o país, sem contemplação das peculiaridades locais ou regionais. A competência concorrente, dialeticamente, intenta uma síntese mais razoável, atribuindo à União a edição de normas gerais, uniformizando os elementos básicos e estruturais e delegando aos Estados a regulação das diferenças ou das diversidades.

À omissão dos Estados federados junta-se o abuso legislativo da União a preencher os vazios normativos, em alguns casos invadindo impropriamente campos que ela não pode tratar. Dou exemplos: a legislação processual civil, inclusive a mais recente, não se contenta com normas gerais sobre procedimentos, descendo a tais minúcias que não deixa espaço à legislação estadual; a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União e dos Estados, chega ao ponto de definir, nos mínimos aspectos, os direitos, prerrogativas, modos de provimento dos defensores públicos estaduais e até da estrutura administrativa que devem os Estados observar.

Os tribunais, notadamente os superiores, quando se deparam com normas federais que tratam das matérias listadas no artigo 24 da Constituição, ainda que expandidas a situações específicas, inclinam-se a concebê-las como gerais, elastecendo o limite que se impôs à União, de modo a tornar indistinto o que não é geral.

As normas gerais encerram uma faculdade à União, mas estão contidas em seus próprios limites, ou seja, não podem ser exaustivas. As normas gerais estabelecem princípios, regras básicas comuns, diretrizes ou diretivas de harmonização. Não podem especificar situações que, por sua natureza, são campo reservado aos Estados federados. Transpostos esses limites, as normas gerais são inconstitucionais.

A Constituição foi clara quanto ao alcance da competência federal concorrente: “a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

Sublinhe-se que a competência legislativa concorrente não está adstrita apenas às hipóteses referidas no artigo 24 da Constituição. Nas matérias dispersas em outros artigos, para as quais a Constituição atribui à União apenas a competência de editar normas gerais, ressalta a competência concorrente dos Estados federados.

A concretização do federalismo concorrential ou cooperativo, e o consectário fortalecimento do direito emanado dos Estados federados, é condição imprescindível para o equilíbrio de forças entre o global e o local, para contrabalançar o enfraquecimento do direito nacional e as conseqüências negativas da globalização econômica. Reside na força do direito local (Estados e municípios) a sobrevivência do Estado social, a grande aventura da modernidade solidária do século vinte.

5. CRISE DO ESTADO SOCIAL E SUA REDUÇÃO AO PAPEL DE ESTADO REGULADOR

Entende-se por Estado social, no plano do direito, todo aquele que é regido por uma Constituição que regule a ordem econômica e social. Nesse sentido, substituiu o Estado liberal, cuja constituição voltava-se à delimitação do poder político ou à organização política e à garantia dos direitos individuais, deixando a ordem econômica à “mão invisível” do mercado. Um ou outro pode ser politicamente democrático ou anti-democrático, o que não interessa a este estudo. Assim, o Estado social caracteriza-se por estabelecer mecanismos jurídicos de intervenção nas relações privadas econômicas, nas dimensões legislativa, administrativa e judicial, para a tutela dos mais fracos, tendo por objetivo final a realização da justiça social. Pontificou, incontestado, desde as Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919 até o início da década de oitenta do século vinte, quando passou a sofrer o assalto crescente do neoliberalismo, patrocinado pelas nações centrais, e da globalização econômica, amplificada pela revolução da informática.

A crise do Estado social foi aguçada pela constatação dos limites das receitas públicas para atendimento das demandas sociais, cada vez mais crescentes. Portanto, a crise situa-se na dimensão da ordem social insatisfeita (garantia universal de saúde, educação, segurança, previdência social, assistência aos desamparados, sobretudo), ou do Estado providência. No que respeita à ordem econômica, todavia, a crise é muito mais ideológica que real, pois dirige-se à redução do Estado empreendedor ou empresário e do garantismo legal. Mas, na medida que o Estado substitui seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, permanece intacta a natureza intervencionista da ordem econômica constitucional, ou a “mão visível” do Estado.

A idéia de retorno ao Estado mínimo (e nesse sentido, liberal) é a-histórica. É pouco crível que a humanidade suporte viver sem as garantias legais coletivas que duramente conquistou, nas relações de trabalho (o que envolve a extinção do

direito do trabalho), nos direitos do consumidor, no direito da livre concorrência, na função social da propriedade, na preservação do meio-ambiente, enfim, sem uma ordem econômica constitucional e social.

O Estado social é vítima, nos países, de seu próprio sucesso, diz Gomes Canotilho⁵, para o qual as constituições “socialmente amigas” sofrem as críticas amargas da “crise de governabilidade”, do “flagelo do bem”, do “fim da igualdade”, da “bancarota do Estado”. Tal perplexidade está sendo aguçada, como vimos acentuando, pela globalização econômica, na medida que aprofunda a tendência pela substituição do Estado de bem-estar para o Estado regulador, enquanto for necessária essa função de garantia das regras do jogo das forças econômicas hegemônicas.

A sobrevivência do Estado social, sempre entendido como passo decisivo no processo de emancipação da humanidade, importa a própria sobrevivência do Estado moderno, para não dizer da modernidade. Não sem razão, muitos estudiosos apontam a crise do Estado social como sinal do surgimento da chamada pós-modernidade, que revela impressionantes traços feudais, de um neofeudalismo social.

As várias reformas que vem sofrendo a Constituição de 1988 reduziram fortemente seu alcance, mas não retiraram dela a natureza básica do Estado social a que se destina, comprometido com a justiça social, afirmada como princípio estruturante da ordem política e da ordem econômica (veja-se, especialmente, o *caput* do artigo 170, conformador da atividade econômica exercida no país).

6. GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E EFEITOS NOS DIREITOS NACIONAIS

A globalização não tem recebido sentido unívoco dos estudiosos. Se o fenômeno não é recente, como parece a alguns, suas características atuais são próprias e agudas. Não interessa para este estudo as variáveis da globalização, algumas benéficas, nos campos político, cultural, científico, dos direitos humanos, do meio-ambiente e da paz mundial, pela qual tanto pugnaram os iluministas, levando à relativização das soberanias nacionais e à primazia do direito internacional. Interessa, sim, a chamada globalização econômica, notadamente quanto a seus efeitos negativos e destrutivos sobre os direitos nacionais, máxime dos direitos sociais e da ordem econômica.

⁵ Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais, *Revista Consulex*, nº 45, Brasília, set. 2000, p. 39. Em seus últimos escritos, Canotilho vem demonstrando grande desencanto com a força normativa dos princípios e regras constitucionais, especialmente os que se voltam aos direitos sociais e econômicos, pois não teriam condições de intervirem em processos de otimização econômica de natureza global.

A globalização econômica, por certo, não é fato episódico ou fugaz, o que torna mais preocupantes suas conseqüências negativas. Cogita-se de um “homo globalizatus”, significante de viragem cultural positiva ou de superação de paradigmas⁶. Há um otimismo fantástico, no ar, enxergando-se superações de desigualdades mundiais, a exemplo da divisão entre primeiro mundo e terceiro mundo, ou a realização de um sistema racional que leve ao bem-estar de todas as regiões do globo, determinado pelos interesses dos habitantes e não dos lucros ou da guerra⁷. Até agora, o que se vê é o crescimento da concentração de poder empresarial, em escala planetária impressionante, no qual os valores hegemônicos são ditados pelos interesses das grandes empresas, com força econômica e *law making power* superiores ao da maioria dos países. No final do século vinte, a fortuna de apenas três homens superava o Produto Interno Bruto dos quarenta países mais pobres⁸. A repercussão no campo jurídico é aguda, revelando perplexidades e dificuldades ainda não totalmente apreensíveis, pois está em jogo o próprio Estado nacional e o direito que se desenvolveu em seu seio, nos últimos séculos. Todavia, a globalização econômica não está vindo secundada pela globalização política, revelando a inexistência de ordem jurídica internacional suficientemente forte para contê-la em limites razoáveis. A este respeito, agudamente observou Eric Hobsbawm⁹:

“É nesse contexto que devemos nos perguntar sobre as conseqüências do enfraquecimento do Estado nacional. Será algo bom ou ruim? Ainda não sabemos. Mas é certo que os Estados nacionais não podem ser ignorados, e não podemos examinar o mundo como se não existissem ou não fossem importantes, pois não há nada além deles no campo da política. Atualmente, é simplesmente inexistente a possibilidade de que uma única autoridade global desempenhe um papel político e militar efetivo”.

A globalização econômica procura transformar o globo terrestre em um imenso e único mercado, sem contemplação de fronteiras e diferenças nacionais e locais. Tende a uma padronização e uniformização de condutas, procedimentos e relevâncias relativamente aos objetivos de maximização econômica e de lucros, a

⁶ Uma visão mais crítica, sem embargo de ser otimista quanto ao futuro, é a de André-Jean Arnaud, em *O Direito entre Modernidade e Globalização*, trad. de Patrice Charles Guillaume, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, *passim*, que afirma três teses: 1) o direito está também implicado diretamente pelo processo de globalização; 2) a globalização adquiriu um valor de paradigma; 3) os juristas podem encontrar no paradigma da globalização uma nova maneira de colocar problemas considerados sem solução, e até mesmo de superar a crise permanente na qual o direito se encontra mergulhado.

⁷ Leia-se, nessa direção, *Global Inequalities and Local Diversity*, de Giovanni Arrighi, no II volume dos Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados, Brasília, 2000, p. 1401.

⁸ Apenas três cidadãos americanos – Bill Gates, Paul Allen e Warren Buffett – possuem, juntos, uma fortuna superior ao de 600 milhões de habitantes dos países mais pobres.

⁹ *O Novo Século: entrevista a Antonio Polito*, trad. de Claudio Marcondes, São Paulo, Companhia das letras, 2000, p. 50.

partir dos interesses das nações centrais e empresas transnacionais que, efetivamente, controlam o poder econômico mundial, sem precedentes na história.

Todo o aparato legal que se constituiu em torno do Estado social, densificando os princípios e regras consuetudinárias, tem sido desafiado pela globalização econômica. O desafio apresenta-se sob dois aspectos principais: o primeiro, vem em forma de pressão para remoção ou aviltamento dos direitos sociais e de redução substancial do sistema legal de intervenção e controle da ordem econômica, sob pena de retaliações difusas ou diretas, inclusive de recusa de investimentos ou saída de capitais do país; o segundo, pela desconsideração do direito nacional ou sua utilização, naquilo que convém. Ambos levam ao notável enfraquecimento do direito nacional, que se torna impotente para fazer face a eles.

A remoção do Estado social, ou sua substancial redução, é a consequência lógica da globalização econômica, pois esta é naturalmente excludente, na medida em que o garantismo legal dos interesses dos mais fracos dificulta sua expansão. Niklas Luhmann, um crítico tenaz do projeto do Estado social (para ele irrealizável), reconhece que “a realização do princípio da inclusão no âmbito funcional da política tem como consequência o trânsito ao Estado de Bem-Estar Social” pois este, em suma, é “a realização da inclusão política”¹⁰.

A inexistência de uma ordem jurídica internacional, mercê de ausência da globalização política, tem estimulado as empresas transnacionais a assumirem esse papel, em seu interesse, como ocorreu com a tentativa, felizmente fracassada, de um Acordo Multilateral sobre Investimentos, mediante o qual seriam dotadas de direito unilateral de processarem diretamente Estados que adotassem políticas prejudiciais a seus lucros. Se a idéia tivesse prosperado, as empresas transnacionais seriam equiparadas aos próprios Estados.

O meio mais eficiente de desconsideração do direito nacional é o da utilização massificada de condições gerais dos contratos. Sob a aparência de contrato, esconde-se um impressionante poder normativo, dificilmente revelável, que ostenta características assemelhadas às da lei. A lei, no Estado moderno, ostenta características que a distanciam de qualquer ato de particulares ou de grupos. São eles: a generalidade, a abstração, a uniformidade e inalterabilidade. Pois bem, as condições gerais dos contratos apresentam as mesmas características. São gerais, porque se aplicam a todos os destinatários, sem individualização. São abstratas, porque são predispostas para regerem situações futuras, e não à situação concreta e determinada. São uniformes, porque padronizadas para utilização com todos os que necessitarem dos produtos ou serviços fornecidos. São inalteráveis, porque insuscetíveis de negociação individual com cada interessado. Quem edita a lei é um ente neutro, a saber, o Estado, poder político legitimado pela coletividade. Quem edita ou predis põe as condições gerais é a parte interessada. As condições

¹⁰ *Teoria Política en el Estado de Bienestar*, trad. Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p.49.

gerais são o mais eficiente instrumento do poder normativo das corporações econômicas, que dispensam ou tangenciam os direitos nacionais, pois lidam com as necessidades reais ou induzidas de produtos e serviços, que desejam ser satisfeitas. A globalização econômica potencializou esse poder normativo, que ultrapassa fronteiras, pois as empresas transnacionais utilizam as mesmas condições gerais, emanadas de suas sedes, em todos os países onde fornecem produtos e serviços, apenas vertendo-as ao idioma local, quando o fazem. De modo geral, tangenciam ou desconsideram os sistemas de garantias dos direitos locais, ou pressionam fortemente para mudá-los.

7. DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO, DESREGULAMENTAÇÃO E REFLUXO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA JUSTIÇA SOCIAL

A repercussão mais viva da globalização econômica, no direito, deu-se nas últimas décadas pelos fenômenos da desconstitucionalização e da desregulamentação, notadamente nos países de economia periférica, como o Brasil. Argumenta-se, a partir das demandas insatisfeitas pelo Estado social, que há direito demais e economia de menos.

A desconstitucionalização afeta fundamentalmente a ordem econômica e social, o núcleo do Estado social, reduzindo ou extinguindo partes do sistema tutelar dos mais fracos e, por consequência, do poder de intervenção estatal. Nessa linha, a Constituição deveria retornar à função que exerceu no Estado liberal, refluindo para a organização política e garantia das liberdades individuais, retirando-se da direção da ordem econômica e social ou estabelecendo apenas princípios genéricos que não afetem o mercado.

A desregulamentação surge com o discurso sedutor da desburocratização. Tem por fito, no entanto, tornar o mercado mais livre dos controles coletivos ou sociais. Por consequência, a administração pública tem reduzido, substancialmente, seu poder de intervenção nas atividades econômicas.

A consequência de tal processo é o “o deslocamento da produção jurídica em direção aos poderes privados econômicos”, como diz Arnaud¹¹, passando a competirem com o Estado os códigos de conduta privados, o desenvolvimento do direito negociado e a jurisdicização crescente da normalização técnica¹².

¹¹ Cf. André-Jean Arnaud, *O Direito entre Modernidade e Globalização*, cit., p. 157.

¹² Para Tarso Genro, tudo indica que haverá uma redução do “garantismo jurídico” para flexibilizar a estabilidade do negócio jurídico; uma ampliação desmesurada do campo de aplicação da “teoria da imprevisão” (que hoje opõe, por exemplo, parte da indústria e da agricultura ao sistema bancário); a ampliação do reconhecimento da “força normativa do fático” de maneira inversa (dessa feita, para elidir cláusulas protetivas no âmbito do direito laboral); a redução do direito à privacidade como direito individual efetivamente assegurado, bem como o aumento das situações contratuais atípicas, para a prestação do trabalho subordinado, sem maiores garantias. Cf. *A Crise do Direito na Globalização*, ou depois de Kant, Kosovo, II volume dos *Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados*, Brasília, 2000, p. 1414.

Essa genérica deslegalização da vida econômica tem trazido a expansão das exclusões sociais e regionais. Não é por acaso que um dos maiores teóricos do neoliberalismo, Frederick Hayeck, entende que a justiça social é o principal obstáculo a ser removido¹³. No artigo 170 da Constituição brasileira, a justiça social é macroprincípio que se concretiza em vários outros, para conformação e condicionamento da atividade econômica. Diferentemente da justiça comutativa, própria dos contratos paritários, ou da justiça distributiva, que trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, a justiça social é uma justiça promotora, pois submete as atividades da vida privada à promoção das superações ou reduções das desigualdades sociais e regionais (artigos 3º, III, e 170, VII, da Constituição).

A incompatibilidade da ideologia neoliberal, que lastreia o avanço da globalização econômica, com a Constituição brasileira é total, pois esta tem seus fundamentos no Estado democrático e social de direito, naturalmente intervencionista, e determinada por direitos fundamentais¹⁴. As diversas emendas que sofreu a Constituição têm reduzido o alcance de seus fundamentos, na razão inversa do favorecimento dos interesses do poder econômico. Mas, essencialmente, o Estado social permanece fincado na Constituição e, apesar dos esforços em reduzi-la, a ideologia do interesse social consegue abrigar espaços de contraposição, como se deu com a mudança do artigo 6º, ampliando-se o rol de direitos sociais, para incluir a moradia.

8. INTERESSE PÚBLICO ESTATAL E INTERESSE PÚBLICO SOCIAL

Muito importante tem sido a distinção entre interesse público estatal e interesse público social, que tem tido curso independente do fenômeno da globalização. É muito mais consequência do amadurecimento do Estado social que passou a ter convivência menos traumática com a sociedade civil organizada. Durante o período do Estado liberal havia nítida separação entre o que era público, sempre no sentido de estatal, e o que era privado. Todavia, o interesse público não está contido apenas no poder político organizado; pode estar na sociedade, de modo transubjetivo, para além dos interesses particulares, não se confundindo

¹³ Cf. *Liberalismo: Palestras e Trabalhos*, trad. Karin Strauss, São Paulo, Centro de Estudos Políticos e Sociais, 1994, p. 51. Em visão claramente maniqueísta, diz que “ao contrário do socialismo, deve ser dito que o liberalismo se dedica à justiça comutativa, porém não àquilo que se denomina justiça distributiva ou, mais recentemente, justiça ‘social’”. Para ele, em uma ordem econômica baseada no mercado, o conceito de justiça social não tem sentido, nem conteúdo. No jogo econômico, somente a conduta dos jogadores pode ser justa, não o resultado.

¹⁴ No período republicano brasileiro, o Estado liberal foi retratado na Constituição de 1891. A partir da Constituição de 1934, instituiu-se o Estado social, malgrado a pouca realização de suas promessas. Para demonstrar a impossibilidade do discurso neoliberal e do discurso constitucional, cf. Paulo Bonavides, *A Globalização e a Soberania – Aspectos Constitucionais*, *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, nº 92, abr./jun. 2000, p. 27, para quem a “Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição dos direitos fundamentais enquanto a de 1891 fora uma Constituição da separação dos poderes”.

com a soma destes. E pode, até mesmo conflitar com o interesse público estatal. Veja-se o exemplo do meio ambiente, pois interessa a todos, à toda sociedade que seja preservado, mesmo que a administração pública tenha entendido que deva ser sacrificado ou limitado em benefício do progresso econômico. Às vezes, e infelizmente com frequência, o poder público está em total sintonia com o poder econômico, especialmente nessa era de sujeição dos Estados à globalização econômica, o que faz emergir o contraponto do interesse (público) social, especialmente por esse achado da cidadania ativa que são as ações coletivas (no Brasil, especialmente as ações civis públicas e as ações populares). Quando um cidadão, na ação popular, ou o membro do Ministério Público, na ação civil pública, postula a defesa do meio ambiente contra decisões e escolhas legítimas da Administração Pública, dentro do campo indiscutível do interesse público, o conflito se dá com o interesse público social.

Durante a hegemonia do Estado liberal, a desapropriação de bens particulares apenas seria possível se ficasse constatado interesse público, mediante a transferência forçada do domínio privado para o domínio público (estatal), e desde que houvesse o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro. O Estado social, no entanto, patrocinou o surgimento da desapropriação por interesse social, que não se confunde com o interesse público clássico, pois há transferência forçada de domínio particular para domínio particular, sem prévia e justa indenização em dinheiro, como se dá, por exemplo, com os artigos 182, § 4º, III e 184 da Constituição de 1988, nas hipóteses de glebas urbanas coletivamente apossadas ou de reforma agrária. Nesse tipo de desapropriação, o Estado realiza o interesse social, como agente ativo de promoção da justiça social.

Essa distinção, portanto, se contrapõe ao fundamento nuclear da globalização econômica e, *a fortiori*, da ideologia do neoliberalismo, que propugnam pela resolução dos conflitos no ambiente do mercado, sem qualquer interferência do Estado e sem consideração de justiça social.

9. O PLURALISMO JURÍDICO NA PERSPECTIVA DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E O DESAFIO AO DIREITO DO ESTADO MODERNO

O Estado moderno trouxe a si a exclusividade ou o monopólio da produção do direito, como pedra de toque da superação dos localismos jurídicos da cultura medieval, do direito estamental, dos privilégios. Esse é um dos mais importantes traços da modernidade, no campo jurídico.

O pluralismo jurídico, entretanto, sempre esteve permeando as reflexões dos juristas, alimentado, especialmente, pelos estudiosos da sociologia do direito. Para muitos, com especial insistência nas últimas décadas, a produção do direito não é exclusividade do Estado, pois a regulação de condutas pode derivar de várias fontes sociais concorrentes, que produzem direito reconhecível pelos destinatários ou utentes, de modo muito mais eficaz (no sentido de eficácia social) que o direito oficial. Assim os direitos praticados por comunidades diversas, por

movimentos sociais, por minorias, por entidades associativas, por empresas, pela tradição de grupos sociais, enfim, por novos sujeitos coletivos¹⁵. Esses direitos seriam *secundum legem* (supletivos do direito estatal) ou mesmo *contra legem*. Essas correntes partem sempre da ótica dos excluídos dos benefícios da ordem jurídica. Porém, o Estado social sempre teve uma certa dose de adaptabilidade para recepcionar essas expressões extra-oficiais de normatividade, incorporando-as à sua própria ordem jurídica, como meio prático de inclusão e superação dos conflitos sociais, ainda que simbólico, em grande medida. Desse modo, as correntes do pluralismo jurídico não questionam o prevailecimento do direito estatal, mas sua exclusividade.

De outra natureza são os fenômenos impulsionados pela globalização econômica, constituintes de um pluralismo jurídico anti-estatal ou supra-estatal.

Estudiosos da filosofia, da sociologia e da ciência política têm vislumbrado sinais de pós-modernidade, que não significa juízo de valor positivo¹⁶. A modernidade trouxe injustiças, por seu impiedoso individualismo e exasperação dos valores patrimoniais, que reduzem o número dos titulares reais dos direitos subjetivos, mas trouxe avanços que marcaram indelevelmente a emancipação humana. Na perspectiva do direito, sua mais importante realização diz com a igualdade de todos **perante** a lei, libertando os homens dos vínculos a corpos intermediários, ordens, corporações e estamentos. Os direitos subjetivos, a todos formalmente conferidos, vieram substituir os direitos privilegiados, que decorriam de concessões em razão do lugar ou da posição ocupada na rígida hierarquia da ordem social. No último estágio conhecido do Estado moderno, o Estado social procurou oferecer oportunidade de realização da igualdade de todos **na** lei, mediante a concretização da justiça social. A repersonalização das relações jurídicas atinge grau mais elevado da emancipação do homem, pois busca superar o exclusivo sujeito patrimonializante, no Estado liberal, e realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, em suas dimensões ontológicas. Desse modo, a modernidade expandiu seu ciclo.

Atualmente, assiste-se a um retorno preocupante a certos traços da cultura pré-moderna, o que pode prenunciar um neofeudalismo¹⁷ das relações jurídicas,

¹⁵ Por todos, veja-se Antônio Carlos Wolkmer, *Pluralismo Jurídico*, São Paulo, Alfa Omega, 1994, *passim*, para quem o monismo jurídico integra o projeto da modernidade burguesa-capitalista. Ao que ele denomina “pluralismo conservador” decorrente do avanço do neoliberalismo, contrapõe o “pluralismo progressista” de teor democrático-participativo (p. 321), o que bem demonstra o estado de perplexidade em que se encontra a teoria jurídica.

¹⁶ Habermas reage, com fina ironia, contra os que já vêm “pós” quando estamos em pleno “ainda”. Cf. *The New Conservatism*, Cambridge, MIT Press, 1990, p. 3-5.

¹⁷ Advirta-se que esse “neofeudalismo” não significa o desaparecimento total da modernidade nem um simples retorno à organização política e econômica medieval, pois ostenta complexidade diferenciada, mais sofisticada, sem embargo da preocupante característica antidemocrática que ele revela. Para José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 325, ele se assenta “nos interesses e na vontade dos atores políticos e econômicos – as “organizações complexas” – com maior poder de articulação, mobilização, confronto, veto, barganha, decisão de investimento e capacidade de geração tanto de emprego quanto de receitas”, e não está mais baseado “no nascimento, na etnia, na nobreza, na religião, no credo político ou na ocupação dos sujeitos”.

ao lado da revalorização do *homo aeconomicus*. Substituem-se os vínculos diretos entre cidadão e Estado pela superposição de corpos intermediários. Passam a ser mais importantes os vínculos obrigacionais contraídos com grandes empresas, pelo temor do desemprego e de insuficiência da previdência social, ou com fornecedores de serviços e produtos, que produzem suas próprias ordens normativas.

Alguns fatores têm contribuído para essa situação de perplexidade, de quase dispensa do direito estatal, podendo ser assinalados:

- a) superposição de vínculos jurídicos, especialmente com macroempresas transnacionais, com organizações não governamentais de caráter nacional ou transnacional, com instituições políticas, culturais, filantrópicas, esportivas, com credos e instituições religiosas;
- b) dispersão da consciência de *res publica*, de obrigação cívica com o bem público, no Brasil agravada com uma tradição privatista do público, quase sempre entendido como extensão do espaço doméstico e familiar;
- c) contratualização do direito, o que leva a que os poderes normativos das empresas tenham a aparência contratual, principalmente mediante condições gerais dos contratos, fundando-se na legitimidade aparente da autonomia dos sujeitos, os quais são a elas, de fato, submetidos;
- d) redução substancial dos direitos garantidos em lei (garantismo legal), de modo a que os mais fracos dependam de garantias convencionais, obtidas em negociação com os mais fortes, inclusive mediante organizações profissionais;
- e) contratualização das políticas públicas, abdicando o Estado do seu poder de império, para assumir posição de contratante paritário, como se dá com os contratos de gestão;
- f) cerco à ordem econômica fundada na justiça social;
- g) redirecionamento do papel do juiz, suprimindo-lhe o poder de intervenção na atividade econômica, como o da revisão dos contratos iníquos, para garantia da lógica dura do mercado;
- h) predomínio de uma *lex mercatoria* ditada pelos poderes hegemônicos globais, que se distancia dos tradicionais costumes mercantis consolidados.

Talvez o fator mais decisivo para o desenvolvimento de relações jurídicas que tangenciam os direitos nacionais seja a rede de informação mundial, a Internet, que propicia a realização de inúmeros atos jurídicos, sem contato pessoal, à distância, para os quais os Estados e suas ordens jurídicas diferenciadas constituem estorvo. As pessoas adquirem ou utilizam produtos e serviços oriundos de outros países, com legislações civil, contratual, tributária e de direito internacional privado divergentes, que são desconsiderados quando participam dessas transações. Para os Estados federados brasileiros, que tributam a circulação de mercadorias e

prestação de serviços de transportes e de comunicação, é desafiador o tratamento tributário nesses casos, até porque a Internet foi concebida para fluir sem controles públicos ou privados.

O papel do Estado vem sendo crescentemente desafiado pela importante atuação de organizações não governamentais (ONGs), que nunca foram tão fortes quanto na atualidade. Em alguns casos, substituem o Estado, quando passam a desenvolver as políticas públicas que ele abandonou ou reduziu, ou quando reagem às direções tomadas em sentido contrário ao que elas postulam. No Brasil, a Lei nº 9637, de 15 de maio de 1998, que disciplina as chamadas organizações sociais, transforma as ONGs em parceiras das tarefas estatais, transferindo-lhes recursos financeiros públicos ou competências de execução, mediante contratos de gestão e parceria. Os serviços públicos que podem ser alcançados pelas organizações sociais são amplos: ensino, pesquisa, desenvolvimento tecnológico, meio ambiente, cultura e saúde.

10. EM CONCLUSÃO: QUAL O ESPAÇO A SER OCUPADO PELO ESTADO FEDERADO?

A experiência histórica do federalismo em muitos países, como o Brasil, depara-se com a lógica anti-estatal da globalização econômica, ao início do século vinte e um, quando os centros reais de poder se deslocam para as empresas transnacionais. O federalismo tem sido concebido como vitorioso mecanismo de democratização do poder político, na medida em que desconcentra as decisões públicas e permite maior grau de participação popular na organização política. Os dois fenômenos, o federalismo e a globalização econômica, parecem incompatíveis. Todavia, uma análise mais detida demonstra que global e local não se repelem, podendo daí nascer um sistema eficaz de reação aos efeitos negativos da globalização econômica, que não contempla as diferenças e aprofunda exclusões regionais e sociais. A reação do local ao global faz despontar a importância dos Estados federados, para preservação do itinerário emancipador dos direitos sociais e econômicos. Assim, ao menos em princípio, os Estados federados estão melhor preparados para defesa dos interesses locais do que os países organizados sem federação, pois a redução dos direitos nacionais neles é maior.

O mais bem sucedido processo de integração supranacional, a União Européia, encaminha-se no sentido de uma organização federativa, o que parece ser inevitável. A União Européia constrói um federalismo em novas bases, distanciando-se dos três modelos tradicionais acima referidos, pois, ao contrário da centralização tendencial deles, não se pretende abdicar da soberania nacional e, por conseqüência, da soberana edição de direito próprio, sem embargo da harmonização legislativa, a partir de normas gerais, nomeadamente das diretivas. As diretivas não constituem normas jurídicas auto-aplicáveis, pois dependem de integração aos direitos internos de cada país, salvo a hipótese de flagrante colisão das duas ordens, quando devem prevalecer, segundo entendimento que se consolida no Tribunal de Justiça europeu.

O alcance e os limites das normas gerais sobrelevam no federalismo brasileiro, pois a competência legislativa concorrente (artigo 24 da Constituição) e a competência comum de execução de políticas públicas (artigo 23 da Constituição) podem se converter em poderosos instrumentos de fortalecimento dos Estados federados, máxime no que diz respeito à realização dos direitos sociais e econômicos. Desse modo, o enfraquecimento dos direitos nacionais, provocado pela globalização, pode ser compensado, com vantagens, pela atuação renovada dos Estados federados, preservando-se os objetivos realizáveis do Estado social.

Será mister, todavia, que se repense o federalismo praticado no Brasil ou o que, no jargão político, costuma-se denominar de “pacto federativo”, com mais nítida repartição de competências, encargos e receitas públicas. Os Estados federados têm de se preparar para esse desafio, máxime, sem qualquer preocupação de ordem ou exaustão:

- a) reforçando o que é público;
- b) garantindo as políticas públicas de inclusão, especialmente a educação;
- c) intervindo mais fortemente, inclusive mediante a competência concorrente, na realização dessas políticas públicas;
- d) reforçando a administração pública direta, com mecanismos que facilitem a prestação de serviços;
- e) pugnano pela simplificação processual, desjudicializando o que for possível;
- f) eliminando a autofagia da guerra fiscal que a todos avilta, mas que lamentavelmente prossegue, apesar da Constituição e da Lei de Responsabilidade Fiscal. Os Estados estão concedendo tantos benefícios fiscais que correm o risco de não terem receita pública suficiente para manutenção de suas atividades.

O fortalecimento do federalismo atua “por baixo” da globalização, como um dos meios de fortalecimento do local, mas há de se avançar no controle “por alto”, o que somente é possível com a existência de organismos políticos internacionais, que realizem a tão esperada democracia mundial¹⁸ e, *a fortiori*, de um direito mundial básico que estabeleça as regras do jogo da economia mundial, no interesse de todos e não apenas dos que detêm o poder real, manejado pelos poderosos bancos centrais dos países hegemônicos e pelos conselhos de administração das empresas transnacionais. Os organismos internacionais financeiros e econômicos existentes (a exemplo da Organização Mundial do Comércio, do FMI e do Banco Mundial), funcionam dentro da lógica da expansão da globalização econômica e não para regulá-la. Somente uma ordem jurídica internacional efetiva e que contemple as diferenças poderá assegurar as autonomias nacionais e locais e a autonomia dos sujeitos, para que a dignidade da pessoa humana seja o foco principal do direito e não os fatos e interesses econômicos contingentes.

¹⁸ Para Sérgio Paulo Rouanet (A democracia mundial, *Jornal do Brasil*, Ideias, 4), “só uma democracia mundial teria condições de resistir às pressões que vêm do mercado e às que vêm de Estados nacionais hegemônicos, habilitando o homem a realizar o sonho mais alto do Iluminismo, a capacidade de pensar e agir livremente, sem submissão a vontade alheias: o sonho da autonomia”.

**EXISTE UMA RESPOSTA CERTA PARA O
DIREITO E A DEMOCRACIA?
REPENSANDO AS RELAÇÕES ENTRE O
DIREITO E A POLÍTICA A PARTIR DA TEORIA
DE RONALD DWORKIN**

Katya Kozicki*

1. A Tese dos Direitos
2. A Tese da Resposta Certa
3. O Direito como Integridade - Law as Integrity
4. Complexidade e decidibilidade: limites da perspectiva do direito enquanto integridade
5. Referências Bibliográficas

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada.



“A lei, diz o juiz enquanto olha por sobre seu nariz,
Falando claro e mais severamente,
A lei é o que eu disse antes a você,
A lei, como eu suponho que vocês saibam,
A lei é, mas me deixem explicar isto uma vez mais,
A lei é a lei”¹

O Direito e a ciência jurídica são tradicionalmente conservadores. Este caráter conservador pode ser verificado a partir de diversas perspectivas teóricas, tais como as perspectivas epistemológica, política, moral, social e ética, entre outras. Entretanto, paradoxalmente, o discurso jurídico, e o próprio ordenamento jurídico, podem se constituir em um efetivo instrumento de intervenção e transformação, possibilitando a obtenção de “boas” e “justas” respostas para alguns dos problemas vivenciados pela sociedade contemporânea. “Bom” e “justo” referem-se aqui ao aperfeiçoamento, à melhoria da sociedade, em termos de uma estrutura radicalmente democrática, ao reconhecimento dos princípios da liberdade e igualdade como princípios políticos constitutivos desta mesma sociedade, e ao estabelecimento de novos direitos, que constantemente surgem como resposta às demandas sociais². As sociedades contemporâneas são extremamente complexas, e tal complexidade importa no surgimento cada vez maior de demandas que exigem tomada de decisões, tanto a nível político, quanto a nível jurídico. Em meio a esta complexidade, termos aparentemente simples, como “lei” ou “direito” perdem seu sentido aparente e se tornam tão incertos quanto o cenário que os abriga. Neste final de século, nada pareceria mais inócuo do que afirmar, como faz o juiz do poema acima, que a lei é a lei.

Esta característica das modernas sociedades não pode ser negligenciada: a dimensão plural das mesmas vem se tornando mais e mais complexa, levando ao incremento do número de conflitos, conflitos estes que atingem também o sentido do direito e da interpretação que lhe é dada. A discordância entre as diferentes concepções de bem, como também quanto a valores considerados fundamentais, têm importado que a relação entre o direito e a ética, bem como quanto à lei e à política, se tornem cada vez mais problemáticas. Isto tem ampliado a necessidade de repensar estas relações, buscando uma melhor adequação entre as noções do direito e da justiça e as noções de democracia e direitos. Pode-se dizer que, embora o direito seja basicamente um instrumento para a realização ou

¹ AUDEN, W.H. **Collected poems**. London : Faber & Faber, 1976. p 208. As traduções que aparecem neste artigo são livres e foram realizadas pela própria autora, exclusivamente para fins acadêmicos.

² A este respeito conferir CHUEIRI, Vera Karam de. **Philosophy, law and literature: crisscrossings and interweavings**. New York, 2000. Thesis (M.A.) - Department of Philosophy, Graduate Faculty of Political and Social Sciences, New School For Social Research, New York.

implementação de direitos, sendo o mesmo bastante refratário às transformações, movimentos em direção à transformação da sociedade passam - na maior parte das vezes - pela intervenção do direito, enquanto instrumento normativo, e pelo campo da ciência jurídica, o campo do saber teórico.

Para que isto seja possível, é necessário que se pense além do discurso jurídico tradicional. Por tradicional se entende aqui a escola do direito natural e, por outro lado, o positivismo jurídico, os quais podem ser considerados as bases mais influentes do chamado discurso jurídico conservador. Se, por um lado, estas duas escolas de pensamento são intrinsecamente diferentes na sua formulação teórica, elas compartilham uma mesma característica: nenhuma delas é capaz de lidar com a crescente complexidade das sociedades modernas. Em ambas se constata uma perspectiva unilateral, incapaz de apreender o plural, a diversidade e a dimensão do conflito que existe contemporaneamente. O direito lida, fundamentalmente, com conflitos, os quais implicam em pluralidade, diferença, tensão. A escola do direito natural e a escola do positivismo jurídico oferecem respostas distintas a estes problemas: seja a aceitação resignada da sua “natural” ocorrência no mundo; seja negando tais dimensões completamente, como se as mesmas não existissem, de acordo com o direito positivo, o qual ignora as diferenças e simbolicamente assimila as incertezas.

Em uma perspectiva que se constitui, certamente, como um avanço à perspectiva conservadora, encontra-se o que se poderia chamar de uma perspectiva hermenêutico-crítica do direito. Esta perspectiva oferece uma possibilidade estimulante ao repensar da teoria jurídica, uma vez que procura equacionar, a partir de uma visão mais “aberta” do universo jurídico, as questões que vêm sendo levantadas nas modernas sociedades complexas, no que se refere ao direito, à política, à moral e à ética. No âmbito de uma teoria hermenêutica e crítica do direito, se poderia pensar em uma melhor forma de articulação entre o direito e a política, o discurso jurídico e o discurso político. Porém, ainda esta perspectiva é limitada, por também não conseguir captar de forma ampla o pluralismo, a contingência e a diversidade, característicos das sociedades complexas.

Contemporaneamente, é reconhecido que a democracia sempre vai importar no reconhecimento do pluralismo, do contingente, da diversidade, os quais conduzem a uma tensão, a um conflito inerradicável na sociedade política. Esta tensão, este conflito, se não podem ser eliminados, devem ser equilibrados de forma a permitir a convivência social, ao mesmo tempo em que a sociedade política procura a realização dos seus princípios políticos fundamentais. Porém, é necessário um certo grau de fechamento, para que a própria democracia possa ser vivenciada. E é neste sentido, da obtenção de respostas, que o direito pode ser um importante instrumento de realização da democracia. Desta forma, é necessário buscar novas maneiras de encarar o problema da aplicação do direito; uma nova perspectiva para a maneira como se constróem as decisões judiciais, adequada ao cenário de uma sociedade radicalmente democrática.

Superando a perspectiva positivista, com a assunção de um ponto de vista eminentemente hermenêutico, a teoria jurídica de Ronald Dworkin contribui em muito para analisar o aprofundamento das relações entre o direito e a democracia. Este autor tem uma importante produção teórica no campo da filosofia do direito e também da filosofia política e sua produção científica permite pensar a posição do direito - e da sua aplicação - no âmbito das sociedades liberais. Este artigo pretende, ainda que de forma bastante sucinta, analisar em que consiste a perspectiva do direito como integridade - *law as integrity*. É justamente neste aspecto que Dworkin constrói a sua teoria da aplicação do direito, bem como elabora a idéia de uma comunidade de princípios, tendo como pano de fundo o ideário político liberal. Desta forma, a intenção é a de explicitar em que se constitui a idéia do direito como integridade, com a exposição das idéias-chave contidas nesta formulação, e o que vem a ser esta comunidade de princípios sugerida pelo autor. Feito isto, se procurará demonstrar como, no fundo, a busca de uma resposta certa ou única para a aplicação do direito é insuficiente em uma perspectiva da democracia que reconheça a impossibilidade de um consenso final, uma vez que o fechamento de sentido, o esgotamento das possibilidades discursivas é impossível, nesta perspectiva.

Este artigo vai procurar analisar a filosofia jurídica de Dworkin em três pontos principais: a) a tese dos direitos (*the rights thesis*); b) a tese da resposta certa (*the right thesis answer*) e c) o direito como integridade (*law as integrity*). Isto servirá para a compreensão da postura deste autor quanto à aplicação do direito e permitirá compreender como este vê o próprio direito dentro da chamada comunidade de princípios. A partir disto, serão levantados alguns pontos obscuros de sua teoria, bem como o caráter “sonhador”³ e limitado da sua análise do direito.

1. A TESE DOS DIREITOS

Dworkin constrói sua argumentação, como já foi dito, a partir da análise casuística do direito anglo-saxão. Analisando as decisões produzidas pelos tribunais nos chamados *hard cases*, tenta demonstrar como - mesmo nos casos onde a aplicação da lei é controversa, ou o próprio direito não é claro - existe um direito por detrás da decisão dos juízes. A esta tese ele chama de a tese dos direitos. Ou seja, toda vez que uma decisão judicial é produzida, ela afirma o direito de uma

³ Em ensaio datado de 1977, Herbert Hart analisa duas posturas diferentes quanto ao problema da aplicação do direito pelos americanos. A uma ele denomina **O PESADELO (THE NIGHTMARE)** e a outra ele denomina **O SONHO NOBRE (THE NOBLE DREAM)**. Este autor inclui Dworkin na segunda categoria, motivo pelo qual o mesmo às vezes é chamado de *noble dreamer*. Conferir: American Jurisprudence through English Eyes. The Nightmare and the Noble Dream. (HART, H.L.A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford : Clarendon Press, 1983. p.123-144).

das partes em questão, e este direito não é novo, ele já estava presente no ordenamento jurídico - ainda que de forma latente, esperando vir à tona - sob a forma de um princípio. Para além de um direito, os tribunais devem sempre procurar a melhor resposta para o caso em questão, ou a resposta certa. Este autor parte do princípio de que uma análise acurada do ordenamento jurídico, com suas regras e princípios subjacentes, vai sempre permitir encontrar a melhor resposta possível para os problemas que necessitam solução a partir dos tribunais.

Contrariamente à perspectiva positivista e às teorias utilitaristas, Dworkin afirma que dentro da prática jurídica a proteção dos direitos é muito mais importante que considerações acerca de objetivos políticos ou do que a adesão a regras que não refletem mais a moralidade social. As regras jurídicas e os princípios de direito constroem e protegem direitos dentro de uma ordem normativa. Os juizes, dentro de uma comunidade fundada em princípios, necessitam de uma teoria das decisões que lhes permita distinguir claramente entre argumentos baseados em políticas e argumentos baseados em princípios. Quando os juizes decidem casos, eles devem demonstrar uma espécie de integridade moral, devendo tratar as partes com justiça. Isto significaria buscar os verdadeiros direitos das partes. A argumentação jurídica é um tipo de argumentação onde os princípios podem ser mais importantes do que as regras, ou do que os objetivos políticos, uma vez que eles expressam os ideais constitutivos da comunidade política. Estes princípios são inerentes ao direito e devem ser perseguidos pelo judiciário, através de uma atitude interpretativa.

A tese dos direitos está estruturada na distinção que este autor faz entre argumentos de princípio e argumentos de política:

Argumentos de política justificam uma decisão política demonstrando que esta decisão promove ou protege algum objetivo da comunidade como um todo. O argumento em favor do subsídio para produtores de aviões, arguindo que o subsídio servirá para a segurança nacional, é um argumento de política. Argumentos de princípios justificam uma decisão política demonstrando que esta decisão respeita ou assegura algum direito individual ou de um grupo. O argumento em favor de estatutos anti-discriminatórios, de que uma minoria tem o direito a igual respeito e tratamento, é um argumento de princípio.⁴

Estes dois argumentos seriam as principais bases da justificação política. A justificativa de um programa legislativo normalmente levará em consideração estes dois tipos de argumentos. Por outro lado, a decisão judicial deve sempre se apoiar em argumentos de princípios. Dworkin argumenta em contrário à originalidade judicial - a possibilidade do juiz criar um novo direito quando da construção da decisão - , com base em duas objeções: a primeira é que, em uma comunidade democrática, o povo deve ser governado por homens e mulheres eleitos e tornados

⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge : Harvard University Press, 1977. p. 82.

responsáveis pela maioria; em segundo lugar, objetando que, ao criar um direito novo, o mesmo não poderia ser aplicado retroativamente. Estes dois argumentos vão contra o poder discricionário dos tribunais e, segundo Dworkin, gozam de muito mais força quando aplicados a decisões baseadas em argumentos de política do que em decisões baseadas em argumentos de princípio.

Os argumentos de política, conforme mencionado acima, se prestam à justificação de decisões políticas, enquanto decisões judiciais devem ser sempre justificadas por argumentos de princípios. Os princípios se constituiriam muito mais em diretrizes para as decisões judiciais do que em mera aplicação das regras existentes de direito. Seriam justamente estes princípios, que devem ser buscados na história institucional da sociedade, que permitiriam afastar a idéia de discricionariade judicial. Para Dworkin, existe sempre um direito a uma resposta e, portanto, o ordenamento jurídico não apresentaria lacunas que pudessem justificar a discricionariade judicial. Ainda nos chamados *hard cases*, onde se acredita que tal discricionariade pudesse ser exercitada, existiriam princípios que, buscados na história institucional da comunidade e, dentro de uma perspectiva abrangente da tradição desta e do direito pré-interpretativo, serviriam de guia à atividade jurisdicional e indicariam o direito a ser aplicado ao caso concreto, sem que novo direito fosse criado. Por detrás das regras jurídicas existirão sempre princípios, os quais servem de base à justificação da decisão. Esta integração entre as regras jurídicas e os princípios constitui o núcleo da tese dos direitos.

A história institucional da sociedade, nesta perspectiva, não age como um limite, ou um constrangimento à atividade jurisdicional. Ao contrário, ela atua como um ingrediente desta atividade, porque “(...) a história institucional da sociedade é parte do background que qualquer julgamento plausível sobre direitos dos indivíduos deve acomodar.”⁵ Os direitos dos indivíduos são, ao mesmo tempo, frutos da história e da moralidade de uma determinada comunidade. Estes direitos dependem das práticas sociais e da justiça das suas instituições. O trabalho do intérprete, mesmo nos casos mais difíceis, é desvelar o conteúdo do direito preexistente ao conflito submetido à apreciação do tribunal. Para tanto, é necessário que se decida com base naqueles direitos que já estão no direito, mesmo quando não é óbvio quais são estes direitos ou quando decisões baseadas nesta interpretação possam ser controvertidas. Interpretar a lei, a partir dos princípios a ela subjacentes, significa afirmar quais princípios são aplicáveis ao caso em análise. Ao argumentar, neste sentido, contra a discricionariade judicial, Dworkin não somente critica o positivismo jurídico, que a admite, mas também realiza uma crítica contra o utilitarismo, ao não permitir que considerações quanto ao bem-estar da comunidade em geral influenciem as decisões judiciais.

⁵ DWORKIN, **Taking rights...**, *op. cit.*, p. 87.

2. A TESE DA RESPOSTA CERTA

Dando continuidade à sua argumentação quanto à decisão judicial, Dworkin lança mão da tese da resposta certa, onde compara a atividade jurisdicional à atividade literária. Na perspectiva deste autor, existe uma forma específica de narrativa que é construída a partir do ato de julgar e o entendimento de como esta narrativa se constrói, bem como o conhecimento dos seus fundamentos, é essencial para compreender o direito.

Em Dworkin o entendimento do direito é um exercício de interpretação construtiva, implicando a idéia de uma narrativa através da qual o sentido do direito é desenvolvido, elaborado e melhorado no decorrer do tempo. Para ajudar a compreensão acerca da aplicação do direito, este autor compara a interpretação levada a cabo pelos tribunais com um fictício exercício literário: “Eu proponho que nós podemos melhorar o nosso entendimento sobre o direito através da comparação entre a interpretação jurídica e a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. Eu também espero que o direito, quando melhor entendido proporcione uma melhor compreensão da interpretação em geral.”⁶ Ele afirma que os intérpretes do direito devem assemelhar-se, no exercício crítico do direito significado pela interpretação e aplicação do mesmo, aos críticos literários. A diferença entre ambos é que o intérprete do direito não possui nenhum material “pronto” ou “acabado”, posto que é o próprio ato interpretativo que o constrói. Neste sentido, a doutrina do precedente judicial é comparada à construção de uma *chain novel* (cadeia literária), significando uma situação onde vários autores escrevem um livro - romance - que nunca chega ao seu final, ou nunca é concluído (o direito é entendido como algo sem um final definido, *open ended*, posto que a interpretação do mesmo sempre agrega novos sentidos ao sentido original).

Dando seguimento a este exercício ficcional, Dworkin coloca que o direito se construiria a partir do encadeamento das diversas decisões umas nas outras, os chamados precedentes. Sucessivos autores se encarregariam de escrever, cada um, um capítulo desta história inacabada. O segundo autor, neste elo, teria a obrigação de escrever alguma coisa que se adequasse em sentido àquilo que foi escrito no primeiro capítulo e, ao mesmo tempo, agregar um novo material, com um novo sentido. Da mesma forma, os juízes devem trabalhar no sentido de agregar novos capítulos à história institucional da sociedade, começada há anos e anos atrás. Deve haver continuidade entre o que foi escrito anteriormente e aquilo que se lhe é acrescentado. Assim, também o direito exige esta continuidade que, no seu caso específico, poderia ser chamada de consistência. O que está sendo contado é a história do desenvolvimento da sociedade, a maneira como esta vem se desenvolvendo na modernidade.

⁶ DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 146.

Neste autor, o direito é entendido como uma prática social argumentativa. O que esta prática argumentativa permite ou requer depende da verdade ou falsidade de algumas proposições cujo sentido só pode ser obtido internamente a estas mesmas práticas. Nesta ótica, a prática do direito se constituiria em apresentar e argumentar em relação à veracidade de algumas destas proposições. E é precisamente neste ponto que a idéia de narrativa é fundamental para compreender o sentido da interpretação do direito. O intérprete ou participante não tomaria estas proposições como descrições não-valorativas da realidade. Mas ele também não as consideraria apenas como expressões de preferências políticas pessoais. Ao contrário, o intérprete analisa e interpreta tais proposições como parte de uma narrativa, ou seja, como parte da história jurídica que ele está interpretando. Ao mesmo tempo em que a interpretação permite desvendar o sentido da norma, esta interpretação vai agregar à norma um novo sentido, alterando a sua configuração original: “A interpretação retorna ao interior da prática, alterando sua configuração, e a nova configuração encoraja outra reinterpretação e então a prática muda dramaticamente, como se cada estágio nesta cadeia fosse interpretativo do que foi por último obtido.”⁷ Neste sentido, comentando Dworkin, Habermas coloca que o mesmo

(...) olha para uma ambiciosa teoria que permita, especialmente nos casos difíceis, justificar as decisões individuais pela sua coerência com uma racional reconstrução histórica do direito existente...A coerência entre afirmações é estabelecida através de argumentos substantivos..., e a partir daí por razões que têm a pragmática propriedade de trazer à tona um acordo motivado racionalmente entre os participantes na argumentação.⁸

A aplicação do direito pressupõe uma atitude interpretativa perante este. Esta atitude do intérprete é constitutiva do sentido do direito. Ao mesmo tempo, o intérprete não é completamente livre ao interpretar: ele vai estar sempre limitado pelo objeto e pelo propósito da interpretação.

Os princípios estão sempre na base da atitude interpretativa; eles estão presentes na teoria de Dworkin como sendo um *standard* que dá suporte aos argumentos jurídicos: “O participante, interpretando uma prática social, propõe um valor para esta prática, através da descrição de um esquema de interesses, ou objetivos, ou princípios que esta prática adota para servir, expressar ou exemplificar.”⁹ Entretanto, é possível que diferentes intérpretes escolham diferentes - e às vezes conflitantes - sentidos para os valores envolvidos. Neste caso, o critério para escolher uma interpretação ou outra é saber qual interpretação irá fazer da

⁷ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Oxford: Hart Publ., 1998, p. 52.

⁸ “HABERMAS, Jürgen. **Between facts and Norms**. Contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: The MIT Press, 1996, p. 76.

⁹ DWORKIN, **Law's empire**, *op. cit.*, p. 52.

prática o melhor que ela pode ser. E o melhor a que esta prática pode aspirar é ser um caminho que realmente viabilize a equidade.

A crença dworkiniana de que existe sempre uma resposta certa no direito pressupõe este modelo construtivo de interpretação criativa. Por exemplo, um juiz pode ser confrontado com dois possíveis argumentos baseados em diferentes considerações sobre a prática jurídica em avaliação. Estes argumentos podem repousar em dois tipos diferentes de princípios, tais como liberdade ou equidade; ou eles podem apelar, de um lado, a um princípio e, de outro lado, a um argumento de política. O juiz deve decidir de acordo com aquele princípio que fará da prática a melhor possível.¹⁰

Desta forma, haverá sempre uma resposta certa no direito, quando duas partes estiverem em desacordo não somente quanto a fatos mas também quanto a valores. Neste caso, o juiz deve dimensionar qual é o valor que deve prevalecer. Este processo de decidir qual valor é “melhor” tem uma dimensão política e moral. Mas o juiz não deve “inventar” ou “criar” nada. Ele deve interpretar os argumentos apresentados no sentido de descobrir, de acordo com suas convicções políticas e morais, e dentro daquilo que os demais juízes fizeram no passado, quais são os padrões que melhor expressam a comunidade, e quais argumentos realizam melhor o princípio da igualdade. Quando o juiz interpreta uma linha de precedentes, estatuto, ou o que seja que ele reconheça como portador de significados jurídicos, ele está, na realidade, procurando por aquilo que possa fazer desta prática o melhor em termos de valores políticos e morais. E este tipo de interpretação é criativa. Porém, é criativa pelo fato de impor um propósito, uma justificativa para o texto jurídico ou a tradição que está sendo interpretada. O juiz não é livre para criar direito, pois sempre haverá um instrumento do qual ele pode se servir - os princípios políticos constitutivos daquela comunidade - para julgar o caso concreto e o qual afasta a possibilidade da discricionariedade judicial.

No sentido de melhor compreender como se dá esta atitude interpretativa perante o ordenamento jurídico, Dworkin imagina uma comunidade de princípios e concebe o direito enquanto integridade, elementos fundamentais para a compreensão da teoria política subjacente ao pensamento deste autor.

3. O DIREITO COMO INTEGRIDADE - *LAW AS INTEGRITY*

Nós aceitamos integridade como um ideal político distinto, e nós aceitamos o princípio da integridade na adjudicação (aplicação) como sendo

¹⁰ Para Dworkin a equidade deve sempre prevalecer, quando necessário estabelecer um valor para uma prática social. Isto se deve à sua crença num tipo de liberalismo onde o princípio da equidade é central, sendo toda sua filosofia do direito direcionada no sentido de justificar este tipo de liberalismo igualitário. A este respeito, conferir também o último livro deste autor: **The sovereign virtue** : the theory and practice of equality. Cambridge : Harvard University Press, 2000.

soberano sobre a lei, porque nós queremos tratar a nós mesmos como uma comunidade de princípios, como uma comunidade governada por uma única e coerente visão de justiça e equidade e o devido processo legal em uma correta relação.¹¹

Esta afirmação, retirada de um dos principais livros de Dworkin, *Law's Empire*, permite que se tenha uma visão geral do que a noção de integridade (*integrity*) representa, no conjunto do seu pensamento. Dworkin, através de sua teoria, defende um tipo especial de liberalismo, que subscreve os ideais contidos no princípio da integridade.

A modernidade envolve a compreensão de que o homem pode controlar o mundo e construir as condições que lhe permitam progredir indefinidamente rumo ao bem-estar. A questão que pode ser levantada é quanto ao guia capaz de conduzi-lo neste processo, dissolvidos os “sinalizadores de certeza” típicos do período pré-moderno. A ausência de fundações, marcadamente a idéia de Deus como elemento aglutinador de certezas e esperanças, deixa uma espécie de “vazio”, o qual necessita ser preenchido.¹² Não existe um noção geral, abrangente, acerca da justiça, a qual permita que a mesma possa servir como um princípio universal regulador. Ainda assim, Dworkin constrói toda a sua teoria política a partir da afirmação do ideal de justiça, acreditando que toda a discussão - na filosofia - acerca da mesma não deixa de ser um reflexo das tentativas dos homens em se associarem politicamente em comunidades que aspiram a este ideal.

No livro *Law's Empire* existe um deslocamento quanto à preocupação central de Dworkin: não mais a busca de uma resposta certa, mas a preocupação com uma correta metodologia para a compreensão do processo de tomada de decisão no direito.¹³ A maneira como a tomada de decisão no direito deve ser processar surge em Dworkin dentro da sua perspectiva liberal, através da valorização dos já estabelecidos direitos individuais, protegendo os mesmos de quaisquer agressões, inclusive quanto à ameaça que pode ser significada pelo abuso do poder público. A legitimidade política, nesta perspectiva, deve ser garantida através da generalidade e neutralidade de um processo de decisão baseado nestes direitos. Mas a teoria de Dworkin, para além de ser liberal, também é democrática, no sentido de que os direitos a serem protegidos não são somente direitos individuais, mas se fundam na idéia de que todos merecem igual respeito e tratamento. Uma prática jurídica fundada em princípios exige consistência e, como se depreende da citação que inicia este item, esta consistência revela a idéia da comunidade falando através da lei como uma única e coerente voz, a qual pode garantir o status de

¹¹ DWORKIN. *Law's empire*, *op. cit.*, p. 404.

¹² A discussão acerca da necessidade ou não de “fundações” para o conhecimento, e para a própria comunidade, é bastante controversa e não será objeto de discussão neste trabalho.

¹³ Esta afirmação pode ser melhor compreendida a partir de MORRISON, Wayne. **Jurisprudence: from the greeks to postmodernism**. London: Cavendish, 1997, p. 428 e seguintes.

igualdade de todos os membros da associação política. O valor desta consistência, chamada de integridade, se estende para além do direito e da aplicação do mesmo. O núcleo do ideal deste autor consiste em uma comunidade democrático-liberal. Esta comunidade, embora adequada aos princípios liberais e respeitando a diversidade e a liberdade individual, deveria vivenciar um consenso forte o suficiente para gerar identificações que permitam a todos se enquadrarem como membros da mesma, ou seja, fazerem parte do seu povo.

O direito como integridade é apresentado a partir de dois pressupostos que toda interpretação deve assumir: a) a idéia de adequação - *fit* - e b) a idéia de justificação - *justification*. A interpretação exigiria um complicado balanceamento entre ambos estes aspectos, que poderiam ser chamados de formais e substantivos, respectivamente. Formalmente, o juiz deve se indagar como a interpretação por ele produzida se adequa à história institucional da prática jurídica em questão e, em termos substantivos, o juiz deve procurar a interpretação que pode fazer desta prática a melhor possível.

Uma interpretação produz um sentido para um objeto ou prática, que existem independentemente do ato interpretativo; assim, esta interpretação pode ser avaliada a partir da acuidade com que se adequa ao passado e ao conjunto dos princípios que regem tal prática ou, dito em outras palavras, até que ponto esta interpretação serve para dar a conhecer ou dar sentido ao que é alvo do ato de interpretação. O objetivo da busca de tal adequação é sempre modificado e afetado pelo papel da justificação: a interpretação coloca o que está sendo interpretado dentro de um contexto, ou gênero, ou prática da qual o objeto faz parte e seu objetivo é o de fazer destes o melhor que eles podem ser. Ao mesmo tempo, a integridade que se apregoa tem a ver com princípios e não requer consistência quando se trata de políticas (“Integrity is about principle and does not require any simple form of consistency in policy”)¹⁴. Ou, dito de outro modo, a integridade é fundamental quando se trata de decisão produzida com a utilização de princípios e não é tão fundamental quando a decisão se fundamenta em argumentos de política, isto porque objetivos políticos são geralmente imediatistas, variando conforme as prioridades políticas elencadas em cada período, ao passo que os direitos não têm esta característica de transitoriedade imediata.

Este autor considera o direito como integridade corolário da democracia, pois implica o Estado e o povo falando através de uma única e coerente voz. A integridade, nesta perspectiva, pode ser vista a partir de duas posições: a) a integridade como limite e b) como princípio¹⁴. Na primeira situação, ela significa uma limitação fática - representada pelas leis e pelos já existentes precedentes, a requerer que as novas decisões produzidas sejam consistentes com os mesmos. Como

¹⁴ DWORKIN, **Law's Empire**, *op. cit.*, p. 221.

¹⁵ A este respeito conferir KEENAN, Alan Joyce. **The democratic question**: on the rule of the people and the paradoxes of political freedom. Maryland, 1995. Tese (PhD em Filosofia). Johns Hopkins University, capítulo III.

princípio, demanda coerência com a história institucional; isto implica que se busque esta consistência nas lacunas aparentes do ordenamento, para tornar o mesmo ainda mais consistente em princípio. Ou seja, a integridade, como princípio, significa a promessa de incrementar a consistência do sistema.

No final da nota que abre este item, é mencionado que a integridade demanda “uma única e coerente visão da justiça e da equidade e do devido processo legal em uma correta relação”. Mas qual é esta correta relação que deve prevalecer entre princípios? Dworkin não a fornece; ao contrário, admite que não existe nenhuma fórmula através da qual os tribunais possam chegar a esta correta relação. Assim, de que maneira aumentar a consistência ou coerência do sistema? Ou como realizá-la?

O sistema jurídico, por si só, não apresenta nenhum mecanismo que garanta que o direito como integridade, enquanto princípio, possa se realizar. Quaisquer possibilidades de que isto possa acontecer vão ocorrer na forma de respostas meta-jurídicas, ou externas ao sistema jurídico propriamente dito. Isto pode se dar como resposta a pressões políticas, buscando uma certa coerência entre as indicações para os cargos judiciais¹⁶ ou através de um forte consenso na comunidade acerca de princípios morais e políticos. De qualquer maneira, estas respostas sempre vêm de fora do sistema. Disto se depreende que não existe qualquer garantia, interna ao sistema, que permita concluir que esta perspectiva do direito como integridade seja viável, ou de que esta maneira de proceder seja a correta compreensão daquilo que efetivamente os tribunais fazem ou deveriam fazer.

A perspectiva de que a integridade possa ser obtida efetivamente na vida dos tribunais, bem como possa significar o povo falando através de uma só voz leva a perspectivas paradoxais no conjunto da obra deste autor. Ele próprio afirma sua teoria como liberal e democrática. Porém, a busca incessante pela integridade - tendo a consistência e coerência como corolários desta - leva a uma visão unificadora e restritiva demais no que toca ao reconhecimento da diversidade e pluralismo, característicos do pensamento liberal. Ao invés de fornecer uma resposta aos dilemas trazidos pela complexidade crescente das democracias liberais, a sua proposta acentua estes mesmos dilemas, como se verá.

4. COMPLEXIDADE E DECIDIBILIDADE: LIMITES DA PERSPECTIVA DO DIREITO ENQUANTO INTEGRIDADE

Ao elaborar a sua teoria acerca da integridade política, Dworkin a concebe com base em dois princípios distintos: a) um princípio legislativo (“(...) o qual demanda

¹⁶ Neste sentido, na busca de tal coerência, podem ser referidas as indicações para a Suprema Corte americana: os juízes são apontados tendo em vista compromissos políticos. Estes mesmos compromissos permitem avaliar as tendências da mesma.

daqueles que fazem as leis que façam do conjunto das mesmas um conjunto moral coerente....”) e b) um princípio interpretativo, ou de aplicação do direito (“(...) o qual instrui que a lei seja vista como sendo coerente, neste sentido).¹⁷ A sua preocupação central é, sem dúvida, com a integridade na interpretação - ou aplicação do direito. Entretanto, para que esta possa ser realizada, é necessário que a dimensão político-legislativa deste princípio se realize, e que a elaboração das normas se direcione a realizar os princípios políticos e morais constitutivos da sociedade. Em ambos os planos, a integridade demanda não somente respeito às leis enquanto tais, mas também respeito aos princípios de igualdade e justiça que subjazem a estas leis e que as mesmas pressupõem, no sentido de serem legítimas.

No plano da aplicação do direito, o direito enquanto integridade não deixa de ser um desenvolvimento dos princípios advogados por Dworkin em obras anteriores ao *Law's Empire* (basicamente a tese dos direitos e a tese da resposta certa, obtida a partir da idéia da *chain novel*, como referido acima). Na realidade, mesmo tendo havido um deslocamento temático - antes a busca da resposta certa e agora a preocupação em como se processa a tomada de decisões no campo do direito - nesta obra, o pano de fundo continua o mesmo. Este inclui: 1) a busca por consistência e coerência na maneira dos tribunais aplicarem o direito; 2) a crítica ao positivismo jurídico (na vertente convencionalista), no tocante ao fato dos tribunais não criarem direito e 3) a crítica ao chamado utilitarismo legal (na vertente do pragmatismo), a partir do pressuposto que os juízes julgam e devem julgar com base em argumentos de princípios e não de políticas. Implícita nesta idéia, está a crença de que o direito e seus aplicadores podem sempre não somente fornecer uma resposta para os conflitos apresentados aos tribunais, mas que haverá sempre uma resposta interna ao sistema, e que é função dos tribunais procurarem sempre a melhor resposta.

O direito, na perspectiva de Dworkin, é claramente mediado por uma teoria moral e ele vê as decisões passadas dos tribunais como contendo uma teoria moral relevante para a comunidade e que deve se perpetuar, ajustando-se aos novos tempos. Esta aspiração moral de Dworkin se dirige ao compromisso de se obter uma comunidade de princípios, sendo a integridade a moralidade interna do direito, do que poderia ser chamado do seu critério de validade. O direito enquanto integridade une objetivos comunais e interesses individuais. Nesta perspectiva, este seria também o melhor caminho para a obtenção desta comunidade de princípios e a forma possível de se obter um balanceamento entre os dois lados desta equação: comunidade/identificação X indivíduo/independência.

Como já foi referido antes, este autor é partidário de um tipo específico de liberalismo, que poderia ser chamado de democrático e igualitário, dada a ênfase que por ele é posta sobre o princípio da equidade. A democracia requer uma

¹⁷ DWORKIN, *Law's empire*, *op.cit.*, p. 177.

forma de identificação coletiva; requer que os indivíduos se reconheçam enquanto sujeitos da comunidade política e que se identifiquem com os princípios políticos constitutivos desta sociedade. Em paralelo, o liberalismo parte do pressuposto da diferença, do pluralismo e Dworkin, adotando o paradigma hermenêutico, reconhece a indeterminação de sentido e a complexidade das modernas sociedades e do direito que nelas se apresenta. Isto implica reconhecer que existe uma tensão, inerradicável, entre a demanda por identidade/identificação, requerida pela ótica democrática, a qual neste autor pressupõe a formação de uma comunidade de princípios, e a demanda por autonomia/independência, características de uma concepção liberal de política, que coloca o indivíduo e os direitos individuais no centro de sua existência. Dworkin revela um tipo especial de concepção republicana, algo que poderia ser chamado, ainda que talvez de forma imprecisa, de comunitarismo liberal, dada a ênfase que os aspectos comunitários e individuais apresentam no cerne da sua teoria política.

Dworkin pressupõe a integridade como prática desejada de uma política liberal-democrática, em uma comunidade apta a combinar desacordo acerca de princípios políticos com o consenso necessário para a obtenção da legitimidade política. A integridade proporciona uma compreensão da comunidade política como associação de princípios (*association of principle*), sendo a política uma atitude de princípios, com um caráter fraternal e que expressa divergências quanto a fins, mas coloca a comunidade como ponto de partida. Porém, o sentido da equidade como prática política não é capaz de fornecer um ideário neutro acerca de como equacionar objetivos distintos, visões de mundo distintas, sem que se comprometa o consenso necessário para a existência da comunidade.

A teoria de Dworkin, neste sentido, não é capaz de explicitar como este consenso pode ser obtido em meio à diversidade que o pluralismo pressupõe. Isto não deixa de ser um paradoxo nas modernas democracias: deve haver um mínimo de consenso, apto a criar laços de solidariedade e identificação, ao mesmo tempo em que se reconhece a diversidade, o pluralismo e a impossibilidade de um sentido final, único, no tocante às formas de convivência. Os elementos de consenso e desacordo que Dworkin acredita serem balanceados dentro de uma prática política baseada na integridade devem, na realidade, sempre permanecer em tensão. Não existe maneira neutra de se obter um equilíbrio entre eles e todo equilíbrio que pode vir a ser obtido será sempre provisório, sujeito a novas formas de articulação e negociações. Na realidade, assim como fundamenta a sua teoria da aplicação do direito a partir da crença na existência de uma sempre possível resposta certa para os conflitos submetidos aos tribunais, ele também acredita que a democracia possa ter uma melhor resposta, ou uma resposta capaz de fazer frente aos dilemas que as modernas democracias apresentam e esta resposta seria a política enquanto integridade. A integridade seria o princípio político aglutinador de outros princípios que fundam a sociedade e forneceria, ao mesmo tempo, os sinais indicadores do caminho a ser seguido no futuro - rumo à sua

comunidade de princípios, fraternal, apoiada nos princípios da equidade, justiça e devido processo legal - a partir de uma correta apreciação e fé nos valores do passado.

Porém, não existe uma forma neutra de se determinar, a princípio, qual situação ou que tipo de acordo melhor representaria um ponto de equilíbrio entre os já mencionados opostos: comunidade e indivíduo; identificação e independência; fraternidade e diversidade; consenso e desacordo. O direito, na ótica de Dworkin, realizado através da utilização da integridade na aplicação, poderia servir como o norte desta comunidade de princípios, a bússola a guiá-la na realização e experimentação de seus princípios morais e políticos. Aqui, volta-se a perceber um dilema insuperável: na aplicação do direito, na perspectiva da integridade, se faz necessária uma interpretação do direito que parte do pressuposto de que o seu sentido só se constitui a partir do próprio ato de interpretação. Neste ato de interpretação estão presentes as convicções morais e políticas dos juízes e as mesmas lhes servem de parâmetros para a busca da coerência que as decisões presentes e futuras devem manter com as decisões passadas - precedentes. A integridade, enquanto princípio político, necessita do fechamento de sentido (a busca do equilíbrio mencionado acima, bem como da melhor relação entre os princípios que constituem a comunidade) que a integridade, vista na ótica de uma teoria da adjudicação, pode lhe fornecer. Porém, na ótica da teoria da adjudicação, a integridade só se viabiliza a partir de elementos externos, respostas externas ao sistema jurídico. Todas as disputas de interpretação acerca de leis e princípios políticos repousa, em certo ponto, em afirmações gerais acerca do que a comunidade significa e requer. Esta interação é natural e, para usar uma expressão de Habermas, o mundo da vida se fecha a partir de significados jurídicos predeterminados, ao mesmo tempo em que estes se alimentam dos significados encontrados naquele. Porém, esta avaliação não se coaduna com a leitura que Dworkin faz da sua comunidade de princípios ou do direito enquanto integridade.

Todas as afirmações acerca de diferentes interpretações são contestáveis, não possuindo validade absoluta ou universal. A resposta certa é uma interpretação possível entre sentidos diversos, que se constituem a partir do próprio ato interpretativo. Não existe uma fórmula neutra capaz de levar a esta resposta certa, bem como o próprio ato de interpretação não é mecânico, apoiado em cânones. Assim, sempre que houver divergências interpretativas (entre juízes, legisladores, cidadãos...) acerca dos princípios da comunidade, a interpretação vitoriosa pode parecer aos outros desprovida de valor ou obtida de forma a não respeitar os princípios que lhe cabia desvendar. Toda interpretação vai acabar por estabelecer certezas, ainda que provisórias, criar distinções, semelhanças, leituras. Para que estas sejam produzidas, vão ocorrer princípios que não são neutros em si mesmos. Criticar estas interpretações como não-neutras, políticas, ou recusá-las sob a argumentação de que não acomodam os princípios da comunidade é esquecer o fato de que alguém só pode criticar uma determinada concepção de mundo,

ou de bem, ou um programa político, ou um princípio político, a partir da afirmação de certos valores: não existe um independente ou neutro conjunto de princípios para julgar tais interpretações. Neste sentido, a resposta certa, base da teoria da adjudicação de Dworkin, será sempre uma resposta possível entre várias. Desta forma, esta tese da resposta certa acaba por comprometer a própria visão deste autor acerca da interpretação construtiva, e do direito visto como narrativa da história institucional da sociedade, com a abertura de sentido característica desta.

Ao mesmo tempo, a visão de Dworkin de que é possível uma sociedade onde o direito expresse o povo através de uma só voz acaba por ser totalitária e antidemocrática em si mesma. Embora o faça através da afirmação do ideal de fraternidade, não existem elementos, nas modernas democracias, capazes de levar à conclusão de que os obstáculos à formação deste consenso possam ser superados sem atos de força ou sem exclusão. Este é um dos dilemas da democracia: uma parte da comunidade, falando em nome de todos, pode tentar realizar uma determinada concepção de bem, ou conjunto de princípios, concepção ou conjunto este que é apenas uma possibilidade entre outras mas que, em um determinado momento, pode ser suficientemente poderoso para gerar acordos e identificações coletivas. E esta concepção pode sair-se vencedora, implicando na exclusão daqueles que se lhe opõem. Na vivência democrática, na maneira como se combinam direitos e obrigações e se articulam as diversas posições de sujeito dentro da comunidade, sempre vão existir perdedores e vencedores. Uns poderão ser excluídos em um determinado momento e incluídos em outros, e não existe interpretação definitiva sobre a melhor adequação entre as variáveis envolvidas neste processo. Em suma: não existe *uma resposta certa*, tanto no âmbito da aplicação do direito, quanto no âmbito da democracia; a escolha de uma resposta representa sempre uma decisão, um escolher entre possibilidades distintas, e a conseqüente exclusão das possibilidades não contempladas no ato decisório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUDEN, W.H. **Collected poems**. London : Faber & Faber, 1976.
- BENHABIB, Seyla (ed.). **Democracy and difference**. Contesting the Boundaries of the Political. Princeton : Princeton University Press, 1996.
- BODENHEIMER, Edgar. Hart, Dworkin and the problem of judicial lawmaking discretion. **Georgia Law Review**, Athens, v. 11, n. 5, p. 1143-1172, set. 1977.
- CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba : JM Editora, 1995.
- _____. **Philosophy, law and literature: crisscrossings and interweavings**. New York, 2000. Thesis (M.A.) - Department of Philosophy, Graduate Faculty of Political and Social Sciences, New School for Social Research.
- DWORKIN, Ronald. Does law have a function? A comment on the two level of theory of decision. **Yale Law Journal**, n. 74, p. 640-651, 1965.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge : Harvard University Press, 1977.
- _____. **A matter of principle**. Cambridge : Harvard University Press, 1985.
- _____. **Freedom's law**. The moral reading of the American Constitution. Cambridge : Harvard University Press, 1996.
- _____. **Law's empire**. Oxford : Hart Publishers, 1998.
- _____. **The sovereign virtue** : the theory and practice of equality. Cambridge : Harvard University Press, 2000.
- GUEST, Stephen (Ed.). **Positivism today**. Aldershot, England : Dartmouth, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge : The MIT Press, 1996.
- _____. Paradigms of law. In: ROSENFELD, M. ; ARATO, Andrew (Orgs.). **Habermas on law and democracy** : critical exchange. Berkeley : California University Press, 1998.
- KEENAN, Alan Joyce. **The democratic question** : on the rule of the people and the paradoxes of political freedom. Maryland, 1995. Tese (PhD em Filosofia) - Johns Hopkins University.
- LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa : Fragmentos, 1990.
- MORRISON, Wayne. **Jurisprudence**: from the greeks to postmodernism. London: Cavendish, 1997.
- MOUFFE, Chantal. **The return of the political**. London : Verso, 1993.
- 56** - RPGE, Porto Alegre 24(54): 39-56, 2001

O RASGO CONTEMPORÂNEO DA LÓGICA DIALÉTICA

UMA CONCEPÇÃO METODOLÓGICA PARA A ANÁLISE QUALITATI- VA DO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO LOCAL-REGIONAL*

Dinizar Fermiano Becker**
Maria Beatriz Oliveira da Silva***

* Este texto, mais do que qualquer outro, é um texto em elaboração. De acordo com o pensamento de Demo, “conhecimento é processo, está sempre se fazendo” e, por isso, está sempre se refazendo. Portanto, este é um texto sujeito a críticas e, mais, um texto à espera de contribuições e sugestões dos seus possíveis e eventuais leitores, porque, na nossa proposição e nas palavras de Castoriadis, este “é um texto se fazendo”.

** Doutor em Economia pela UNICAMP. Pós-Doutor em Economia Política do Desenvolvimento pela Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, Braga, Portugal. Professor do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Desenvolvimento Regional e em Direito da UNISC. Professor do Departamento de Ciências Econômicas da UNIVATES - Centro Universitário. Livros Publicados: REDENEP: A pesquisa, o planejamento e a gestão local-regional do desenvolvimento. EDUNIVATES, 2000; Desenvolvimento local-regional: determinantes e desafios contemporâneos. EDUNISC, 2000; *Desenvolvimento Sustentável* – EDUNISC, 1999; *Competitividade – Os descaminhos da globalização*. FATES, 1998. Presidente do Conselho de Desenvolvimento do Vale do Taquari – CODEVAT, 08/1995 -08/2001. Presidente do Fórum dos Conselhos Regionais de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul - COREDES – RS, 09/1997 -07/2000. dinizar@dinizarbecker.ecn.br 519955 – 5995.

*** Mestre em Direito pela UNISC. Professora do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC.



Um instrumental lógico-metodológico¹, como sabemos, é, por um lado, o caminho (o como?) e, por outro lado, é o ferramental (as técnicas) que usamos para chegar ao conhecimento de determinada realidade - e esse instrumental usamos de acordo com a concepção que temos dessa realidade.

Mesmo sabendo que “a marcha do real é filosoficamente mais verdadeira e mais profunda do que nossos pensamentos mais profundos”², reduzimos a duas grandes linhas a construção filosófica da realidade. Uma dessas construções organiza a tendência analítica³, que enquanto orientação teórica fundamentou o empirismo lógico e, enquanto orientação lógico-metodológica, fundou o positivismo lógico⁴. Outra organiza a tendência histórica⁵, que, enquanto orientação teórica fundamentou a crítica às concepções da tendência analítica hegemônica e enquanto orientação lógico-metodológica fundou o historicismo⁶ ou a sociologia compreensiva⁷.

Na dicotomia epistemológica que estrutura o embate e organiza o debate da teoria do conhecimento sobra muito pouco espaço para avanços e superação de algumas contradições basilares da ciência moderna. Isto ocorre porque, de um lado, enfileiram-se os positivistas defensores das ciências naturais como fundante e única fonte lógico-metodológica do método científico. Para estes, o quantitativo, o objetivo, a neutralidade (a realidade do fato sem valor), o imediato observado pelos sentidos (a aparência), o objeto dado, o sujeito separado do objeto, o isolamento do objeto, a dedução, entre outras são os pressupostos determinantes do processo de produção do conhecimento.

De outro lado, entrincheiram-se os, digamos assim, não positivistas, defensores das ciências sociais como alternativa lógico-metodológica de produção do conhecimento científico. Para estes, a qualidade, a subjetividade, a não-neutralidade (a ideologia do valor contido no fato), o mediato das relações históricas

¹ “... é uma preocupação instrumental. Trata das formas de se fazer ciência. Cuida dos procedimentos, das ferramentas, dos caminhos”. Demo, P. . *Introdução à metodologia da ciência*. 2ed. São Paulo: ATLAS, 1987, p. 19.

² Lenin citado por Minayo, M. C. S.. *O desafio do conhecimento*. 6 ed. São Paulo: HUCITEC--ABRASCO, 1999, p. 37.

³ Para uma análise dessa tendência consultar: Bombassaro, L. C. . *As fronteiras da epistemologia*. 2ed. Petrópolis:Vozes, 1992, p.26 e segs.

⁴ “ A hipótese central do positivismo lógico é de que a sociedade humana é regulada por leis naturais que atingem o funcionamento da vida social, econômica, política e cultural de seus membros”. (Minayo, 1999, p. 39 e segs).

⁵ Consultar: Bombassaro, 1992, p. 31 e segs, op. cit. .

⁶ “Afirma o primado da compreensão do significado das ações humanas, dotadas de liberdade ...”. Rüdiger, F. R. . *Paradigmas do estudo da história*. Porto Alegre: IEL, 1991, p. 20.

⁷ “Privilegia a compreensão e a inteligibilidade como propriedades específicas dos fenômenos sociais, mostrando que o significado e a intencionalidade os separam dos fenômenos naturais”. Minayo, 1999, p. 50 e segs.

(essência da representação e dos significados), o objeto construído pelo cientista, a impossibilidade de separar o sujeito do objeto, as limitações de um objeto esterilizado, a indução, entre outros são os elementos limitantes do processo de produção do conhecimento.

Diante da (...) problemática da quantidade e da qualidade, a dialética assume que a qualidade dos fatos e das relações sociais são suas propriedades inerentes, e que quantidade e qualidade são inseparáveis e interdependentes, ensejando-se assim, a dissolução das dicotomias quantitativo/qualitativo, macro/micro, interioridade/exterioridade com que se debatem⁸ positivistas e não-positivistas.

Por isso, a dialética possibilita desconstruir e, ao mesmo tempo, reconstruir a totalidade social concreta⁹.

Portanto, “a dialética (...) abarca não somente o sistema de relações que constrói o modo de conhecimento exterior ao sujeito, mas também as representações sociais que constituem a vivência das relações objetivas pelos atores sociais, que lhe atribuem significados”¹⁰.

“Este tipo de abordagem penetrou no âmbito da pesquisa das ciências humanas, principalmente embasada nas concepções do materialismo histórico de Marx e na interpretação de seus seguidores”¹¹.

Fazendo a crítica da Economia Política clássica, Marx distingue dois métodos: “o primeiro, que parte do todo concreto e chega ao conhecimento abstrato de suas partes; e o segundo, que parte das abstrações feitas pelo pensamento, e retorna ao todo concreto agora reconstruído pelo pensamento”¹².

No primeiro ficaríamos apenas com um conhecimento abstrato da realidade, nas palavras de Marx “a representação plena volatiliza-se em determinações abstratas”¹³, determinações gerais. O segundo aponta para um caminho de volta, que, segundo Marx, é o método “cientificamente exato”, porque, além de ir do abstrato ao concreto, vai das determinações concretas, das determinações particulares à reconstrução do todo. “Com efeito, a explicação dialética é obtida quando, no mesmo movimento da razão, os fenômenos são concebidos e analisados com referência ao singular e ao geral, com relação ao qual o particular não é senão sua diferenciação”¹⁴.

⁸ Minayo, 1999, op. cit., p. 11 e 13

⁹ Cardoso, F. H. . *Capitalismo e escravidão no Brasil Meridional*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, p. 9 e 10.

¹⁰ Minayo, 1999, op. cit., p.11

¹¹ Baquero, N.; Gonçalves M.A. S.; Baquero, R. V. A. Reflexões sobre pesquisa nas ciências humanas . *Barbarói*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, n.2, p.17-32/mar, 1995, p. 29.

¹² Marx, K. . *Para a crítica da economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p.39.

¹³ Idem, *Ibidem*, p.39.

¹⁴ Cardoso, 1962, op. cit., p. 19.

No entanto, essa ida do abstrato ao concreto não se dá de forma isolada ... “as abstrações devem ser feitas a partir de um princípio unificador, uma pressuposição da existência de uma determinada concepção do todo, cada passo da análise e da abstração deve ter em conta, desde o começo, esse todo que ultrapassa a intuição e a representação”¹⁵.

“Como não se pode ir do abstrato ao concreto sem ir, ao mesmo tempo, do concreto ao abstrato - fazendo a crítica das abstrações - a indução e a dedução também não constituem caminhos independentes”¹⁶, mesmo sendo métodos diferentes.

Não é possível um conhecimento indutivo puro, pois a indução não se resume a uma mera análise de dados empíricos; não se pode ir do particular ao geral, sem que se tenha de antemão uma idéia “geral” do particular; é impossível fazer tábula rasa da mente ou se ter uma consciência vazia para analisar os fatos empíricos;(..)¹⁷.

De outra parte, assim como não há fatos puros, não há tampouco pensamentos puros... “dedução não é mera análise de conceitos, de suas determinações internas, não é simples exposição de conhecimentos já adquiridos, mas implica criação de novos conhecimentos. A dedução envolve também um momento empírico ou um momento indutivo. Não se pode ir do geral ao particular sem antes ter ido do particular ao geral”¹⁸ e vice-versa.

Por isso, dentro de uma concepção dialética, a indução e a dedução, o concreto e o abstrato, a quantidade e a qualidade, o objetivo e o subjetivo, o imediato e o mediato, a aparência e a essência, o sentido e o significado, o fato e o valor, o natural e o social, a análise e a síntese, o pensamento do objeto e o objeto pensado “são momentos contrários, internos e inseparáveis do mesmo processo de conhecimento”¹⁹ da realidade, enquanto totalidade concreta. Já que “a realidade é a unidade do fenômeno e da essência”.²⁰

Em sendo “a realidade um todo dialético e estruturado, o conhecimento concreto da realidade não consiste em um acrescentamento sistemático de fatos a outros fatos, e de noções a outras noções”²¹.

¹⁵ Silva, M. B. O. da . *Cedo demais para dizer “adeus”* - (Ao trabalho enquanto um direito fundamental e à centralidade do trabalho). Santa Cruz do Sul: Inédito, 2000, p18. (Dissertação de Mestrado em Direito da UNISC).

¹⁶ Idem, *Ibidem*, p.18.

¹⁷ Corazza, G. O todo e as partes: Uma introdução ao método da economia política. *Estudos Econômicos*. São Paulo: FIPE/UISP, v26, n.º especial, p. 40.

¹⁸ Idem, *Ibidem*, p. 41.

¹⁹ Id. , *Ib.*, p.41

²⁰ Kosik, K. . *A dialética do concreto*. Rio de Janeiro: Paz e Terras, 1976, p. 12

²¹ Idem, *Ibidem*, p. 41.

Ao contrário, é um processo de concretização que procede do todo para as partes e das partes para o todo, dos fenômenos para a essência e da essência para os fenômenos, da totalidade para as contradições e das contradições para a totalidade; é justamente neste **processo de correlações em espiral no qual todos os conceitos em movimento recíproco se elucidam mutuamente, [é que se] atinge a concreticidade²², (grifo nosso) na análise qualitativa e, portanto, no conhecimento da realidade.**

Portanto, o conhecimento dialético da realidade não deixa intactos os conceitos no ulterior caminho do conhecer; não é uma sistematização dos conceitos que procede por soma, sistematização essa fundada sobre uma base imutável e encontrada uma vez por todas: **é um processo em espiral de mútua compenetração e elucidação dos conceitos, no qual a abstratividade (unilateralidade e isolamento) dos aspectos é superada em uma correlação dialética, quantitativo-qualitativa, regressivo-progressiva²³, (grifo nosso).**

Assim, “a compreensão dialética da totalidade significa não só que as partes se encontram em relação de interação e conexão entre si e com o todo, mas também que o todo não pode ser petrificado na abstração por cima das partes, visto que o todo se cria a si mesmo na interação das partes”.²⁴

Além disso, para que o pensamento possa progredir do abstrato ao concreto, tem de mover-se no seu próprio elemento, isto é, no plano abstrato, que é negação da imediatidade da evidência e da concreticidade sensível. A ascensão do abstrato ao concreto é um movimento para o qual todo início é abstrato e cuja dialética consiste na superação desta abstratividade. O progresso da abstratividade à concreticidade é, por conseguinte, em geral, movimento da parte para o todo e do todo para a parte; do fenômeno para a essência e da essência para o fenômeno; da totalidade para a contradição e da contradição para a totalidade; do objeto para o sujeito e do sujeito para o objeto²⁵.

De fato, o processo do abstrato ao concreto, como método materialista do conhecimento da realidade, é a dialética da totalidade concreta, na qual se reproduz idealmente a realidade *em todos os seus planos e dimensões*. O processo do pensamento não se limita a transformar o todo caótico

²² Id., lb., p. 41

²³ Id., lb., p. 41

²⁴ Id., lb., p. 41.

²⁵ Id., lb., p.30.

das representações no todo transparente dos conceitos; no curso do processo próprio o todo é concomitantemente delineado, determinado e compreendido²⁶.

Por isso, a interpretação totalizadora na dialética faz-se através da elaboração [em espiral] de categorias capazes de reter, ao mesmo tempo, as contradições do real em termos dos fatores histórico-sociais efetivos de sua produção (e, neste sentido, categorias 'saturadas historicamente', empíricas) e de categorias não definidas empiricamente, capazes de desvendar as relações essenciais que aparecem de imediato(...)²⁷, (grifo nosso).

Entretanto, os dois planos da totalidade concreta não são concebidos como se fosse a conseqüência irreversível ou mecânica do outro, nem, muito menos, como se os processos sociais tal qual os agentes sociais os representam se constituíssem como meros 'invólucros' sem eficácia sobre as condições que determinam verdadeiramente o processo social. Ao contrário, as relações entre os dois planos são dialéticas, e, **na construção das totalidades sociais, é necessário elucidar as conexões recíprocas que os mantêm como uma unidade entre pólos opostos, diverso, mas integrados²⁸, (grifo nosso).**

Portanto são, simultaneamente, momentos contraditórios e conflituosos e, por outro lado, momentos complementares e integradores, compondo, **nessa forma, um universo, uma totalidade²⁹ concreta que oferece duas interpretações: uma contraditória e conflitua, porque concebida e composta de agentes divergentes, que se opõem uns aos outros; outra complementar e integradora, porque concebida e composta por agentes convergentes³⁰.**

No entanto, nem sempre os agentes são necessariamente diferentes. Muitas vezes um mesmo agente, em nível estrutural, vive e convive com contradições e conflitos e, em nível superestrutural, busca transformar a divergência em convergência, ou seja, busca a integração e a complementação.

Em termos dinâmicos e, por isso, lógico-metodológicos, pode-se admitir que a realidade, enquanto totalidade concreta e complexa de relações em movimento, comporta, ao mesmo tempo, essa dupla face de

²⁶ Id., lb., p. 30.

²⁷ Cardoso, 1962, op. cit., p. 14.

²⁸ Idem, lbidem, p. 15.

²⁹ (...) significa: realidade como um todo estruturado, dialético, no qual ou do qual um fato qualquer (classe de fatos, conjunto de fatos) pode vir a ser racionalmente compreendido". Kosik, 1976, p. 35.

³⁰ Bobbio, N. . *Direita e esquerda*. São Paulo: UNESP, 1995, p. 32.

mudança, de transformações, de revolução e de continuidade, de permanência, de conservação.

Só assim é possível entender a dinâmica da realidade contemporânea como um processo que, embora contraditório e conflituoso, possui uma complementaridade, uma unidade,³¹ “um princípio unificador”.

Nessa concepção, o conhecimento dialético da realidade pode ser entendido como resultante de duas forças básicas que lhe dão movimento e desenvolvimento: primeira, as contradições e os conflitos estruturais³² contidos nas relações de base, sociais e econômicas. Essas “se exprimem através de regularidades objetivas que podem ser verificadas e explicadas (...) (em termos de conexões estruturais, funcionais ou de sentido)³³.

No entanto, precisamos ter clareza, “(...) a explicação científica deve passar da análise desse plano [estrutural] para a descoberta das conexões que as regularidades empíricas mantêm com as condições, fatores e efeitos essenciais que determinam realmente a dinâmica e o sentido do processo social”³⁴. E isso só será possível se avançarmos para um outro nível ou plano de análise: o superestrutural³⁵. Neste outro plano é que se conforma a segunda força: a força das mudanças e transformações e/ou das permanências e continuidades³⁶. Esta, por sua vez, decorre das possibilidades de superação das contradições e de resolução dos conflitos. É, portanto, no nível superestrutural que se encontra a totalidade concreta. Porque é onde e quando “o todo se cria a si mesmo na interação das partes”³⁷ e, ao mesmo tempo, enquanto movimento, determina a dinâmica e o sentido do processo de transformações econômicas, sociais e políticas.

Essa forma de pensar o método difere, por exemplo, da terceira via do mestre Bobbio³⁸. Em seu livro *Direita e Esquerda*, ele diz, em outras palavras, que a economia contemporânea não pode mais ser vista como resultante de dois movimentos opostos: capital x trabalho, econômico x social, globalização x regionalização, ou, como nos tempos da guerra fria, capitalismo x socialismo, quando cada local que privilegiasse um ou outro lado da disputa não eliminava o conflito, mas contribuía para que os opostos se distanciassem, impedindo que se

³¹ Fonseca, P. C. D. . *VARGAS: o capitalismo em construção*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 25 e segs.

³² Estrutura define-se “como o conjunto das forças sociais e do mundo da produção [forças produtivas]”. Portelli, H. . *Gramsci e o bloco histórico*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p.45.

³³ Cardoso, 1962, p. 14.

³⁴ Idem, *Ibidem*, p. 14.

³⁵ Superestrutura entendida como “o reflexo do conjunto das relações sociais de produção (...)”. Portelli, H. . 1983, op. cit. , p. 47.

³⁶ Minayo, 1999, op. cit. , p. 67

³⁷ Kosik, K. . 1976. op. cit. , p. 41.

³⁸ BOBBIO, N. . *Direita e Esquerda*. São Paulo: UNESP, 1995, p.38

tocassem e que entrassem em choque, ou impediam a alternativa seca, ou capitalismo ou comunismo, impossibilitando um terceiro caminho (**ou, em nossos termos, impossibilitando um caminho alternativo**)³⁹.

Seriam essas duas dimensões, o global (o abstrato, o homogêneo) e o local (o concreto, o heterogêneo), complementares e só aparentemente contraditórias, configuradoras e dinamizadoras de uma terceira via integradora do desenvolvimento contemporâneo?

Esta forma de perceber o processo de desenvolvimento se distinguiria da totalidade mecânica, na qual o todo deriva da combinação de partes componíveis, e componíveis porque compatíveis, quanto da totalidade orgânica, na qual as partes singulares estão em junção do todo, e, portanto, não são antitéticas entre si, mas convergentes para o centro?

Em nosso entender, o processo de desenvolvimento contemporâneo vai além dessa concepção: caracteriza-se por ser resultado da síntese de dois processos contraditórios e, ao mesmo tempo, complementares: um, de transnacionalização dos espaços econômicos⁴⁰ (globalização), que pode ser considerada em tese como sendo a direção econômico-corporativa do desenvolvimento, uma hegemonia exercida de fora para dentro e de acordo com os interesses econômico-corporativos, transnacionalizados e financeirizados ou financeirizados e transnacionalizados⁴¹. Essa seria a dimensão quantitativa do desenvolvimento; outro, de regionalização dos espaços sociais⁴² (localização), que pode ser considerada em antítese como sendo a reação socioambiental do desenvolvimento, uma contra-hegemonia, exercida de dentro para fora e de acordo com os interesses sociais e ambientais dos agentes do desenvolvimento do lugar. Essa, por sua vez, seria a dimensão qualitativa do desenvolvimento.

Nessa proposição, a síntese só será real enquanto totalidade concreta, e portanto possível, se emergir do processo um modelo (um projeto) próprio e

³⁹ À tese Bobbiana somam-se outros muitos defensores da terceira via, como foi vinculado pela mídia no recente encontro de líderes políticos mundiais (Clinton, Schroeder, Jospin, Blair), em Florença - Itália. Entre eles, merecem destaque os gurus do Presidente Fernando Henrique Cardoso, o Sociólogo Francês Alain Touraine e o do Primeiro Ministro Inglês Tony Blair, o Cientista Político Inglês Anthony Giddens.

⁴⁰ Para uma discussão contemporânea de espaço consultar: BENKO, G. . *Economia, espaço e globalização*. São Paulo: HUCITEC, 1999 e CORRÊA, R. L. . ESPAÇO: um conceito-chave da Geografia. IN: CASTRO, I. E. ; GOMES, P. C. C. ; CORRÊA, R. L. . *GEOGRAFIA: conceitos e temas*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1995

⁴¹ Esses processos e conceitos podem ser vistos: BELLUZZO, L. G. M. . Dinheiro e transfigurações da riqueza. IN: TAVARES, M. C. & FIORI, J. L. . *Poder e dinheiro*. Petrópolis: Vozes, 1997; BRAGA, J. C. S. . Financeirização global. IN: TAVARES, M. C. & FIORI, J. L. . *Poder e dinheiro*. Petrópolis: Vozes, 1997; BEKER, D. F. . (Org.). *COMPETITIVIDADE: o (des)caminho da globalização*. Lajeado: FATES, 1998; TAVARES, M. C. & FIORI, J. L. . *Poder e dinheiro*. Petrópolis: Vozes, 1997

⁴² Para uma discussão conceitual da dinâmica espacial atual, consultar: HARVEY, D. . *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1993 e BENKO, op. cit.

específico de desenvolvimento do lugar, enquanto totalidade concreta. Em outros termos, a síntese resultará da capacidade dos agentes regionais (econômicos, sociais, políticos) de superarem as contradições e resolverem os conflitos através da articulação dos interesses locais com os interesses socioambientais regionalizados, e, sobre essa articulação, construir um modelo (projeto) próprio e específico de inserção diferenciada e diferenciadora, portanto, alternativa, do desenvolvimento local-regional no desenvolvimento global, vinculando os interesses econômico-corporativos transnacionalizados (o mercado capitalista) aos interesses socioambientais regionalizados. Esse modelo (projeto) somente é (será) possível, como veremos mais adiante, se o lugar conseguir estruturar na esfera da política um aparato político-institucional mediador e viabilizador desse modelo (projeto) próprio e específico, configurando, dessa forma, (via 'integração', 'unificação', 'complementação'), um todo estruturado e dialético ou uma totalidade concreta.

Em tese, pode-se dizer que, por um lado, existe um movimento geral de mundialização, que se caracteriza pelo primado do econômico, considerando os demais aspectos da vida humana como meio. Nesse processo de transnacionalização do econômico, a direção está nas mãos dos grandes conglomerados e é liderado pelos países do primeiro mundo, principalmente EUA.⁴³ Esse conjunto de países e de conglomerados econômico-financeiros dão uma determinada lógica e dinâmica ao processo de valorização do capital, que se objetivam em padrões de concorrência⁴⁴ ou de competitividade para o mundo e, enquanto tal, configuram tendências econômico-corporativas determinantes do desenvolvimento contemporâneo.

Essas tendências, segundo alguns estudiosos,⁴⁵ acabam se transformando em determinantes globais (mercadológicos) das formas de desenvolvimento locais. É com base nessas tendências globais (do mercado capitalista) que muitos pesquisadores e analistas de mercado fazem suas críticas e avaliações do desenvolvimento local-regional, seguindo uma velha fórmula metodológica, marxiano-habermasiana, de criticar o particular pelo universal⁴⁶. É o tal de pensar global e

⁴³ Consultar a esse respeito a *Coleção Zero à Esquerda da Vozes*, coordenada por: Paulo Eduardo Arantes e Iná Camargo Costa. E especialmente consultar o volume organizado por Maria da Conceição Tavares e José Luís Fiori. *Poder e dinheiro* – Uma economia política da globalização.

⁴⁴ Ver a respeito desse conceito e do processo de concorrência intercapitalista contemporânea, duas obras: Coutinho, L. , Ferraz, J. C. . *Estudo da Competitividade da Indústria Brasileira*. Campinas: Papyrus, 1994, e Ferraz, J. C. *et al.* . *Made in Brazil*. Rio de Janeiro: Campus, 1995.

⁴⁵ Neste grupo de estudiosos, encontram-se aqueles pesquisadores que discutem a questão da competitividade do desenvolvimento. **Alguns desses pesquisadores podem ser encontrados nas bibliografias referidas nas notas de n.º 7, 9 e 10.**

⁴⁶ LASH, S. . Reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. IN: GIDDENS, A.; BECK, U. ; LASH, S. *A modernização reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1997, p.165

agir local, conforme prega Stroh⁴⁷, que tem no horizonte do global o modelo ideal para a análise da realidade local, num estilo idealista de se produzir “determinações conceituais e da dialética destes conceitos”⁴⁸, esquecendo-se, que esse modelo ideal deveria ser só o ponto de partida do pensamento.

Metodologicamente, estes estudos desenvolvem-se em três momentos: num primeiro, procuram identificar as tendências globais de mercado (o ideal, o abstrato); num segundo, com base nessas tendências, buscam radiografar/diagnosticar o desenvolvimento local (o real, o concreto); num terceiro momento, fundamentados neste “diagnóstico” (o ideal menos o real), procuram formular estratégias de ação pró-desenvolvimento (do real para alcançar ou chegar ao ideal) e/ou propor alternativas de desenvolvimento do local-regional.

São estudos tipicamente econômicos e setoriais, que analisam o local a partir da dimensão econômica e de uma forma setorializada. São exemplos desse tipo de trabalho: *Made in América*, coordenado por Dertouzos, *Made in France*, coordenado por Coriat e *Made in Brazil*, coordenado por Coutinho e Ferraz. Todos partem do econômico e do setor em geral para analisar o particular. Portanto, fazem a crítica do local pelo global.

Ficam evidentes as limitações desses estudos. Primeiro: porque a pesquisa, ao apropriar-se detalhadamente da realidade (da localidade), ao analisá-la nas suas múltiplas formas de desenvolvimento e ao rastrear seus nexos internos, a partir de uma construção “a priori”, o global (o ideal, o abstrato), faz com que a vida material da realidade (da localidade) se espelhe idealmente em determinações gerais e abstratas. E, assim, esquece de fazer a viagem inversa, identificando e analisando “uma rica totalidade de determinações e de relações diversas”,⁴⁹ determinantes singulares e concretas do desenvolvimento local-regional.

Parafraseando Marx, a realidade é realidade (a localidade é localidade), “porque é síntese de muitas determinações, isto é, unidade do diverso”. Por isso, a realidade (a localidade) só pode aparecer “no pensamento como processo de síntese, como resultado, não como ponto de partida”, como fazem os estudos, “ainda que seja o ponto de partida efetivo, e, portanto, o ponto de partida também da intuição e da representação”⁵⁰. Só depois de consumada a etapa da pesquisa de apropriação da realidade, a etapa que Marx denomina de método de investigação⁵¹, é que se pode apresentar adequadamente o movimento efetivo do real⁵². E isso, os estudos referidos não fazem.

Uma segunda limitação desses estudos manifesta-se no privilegiamento da dimensão econômico-corporativa do desenvolvimento. Ao analisarem o local com

⁴⁷ STROH, P. Y. . As ciências sociais na relação interdisciplinar do planejamento para o desenvolvimento sustentável. IN: CAVALCANTI, C. (org.). *Desenvolvimento e natureza*. São Paulo: Cortez; Recife: Joaquim Nabuco, 1995, p.285.

⁴⁸ GRESPAN, J. L. S. . *O negativo do capital*. São Paulo: HUCITEC, 1998, p.38.

⁴⁹ MARX, K. . *Para a crítica da economia política*. 2ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p.14.

⁵⁰ Idem, *Ibidem*. p.14.

⁵¹ Id., *Ib.*, p14/5/6

⁵² GRESPAN, op. cit. P.38/9.

o foco do global, concebem o processo de desenvolvimento com um sentido único de determinações: do global para o local, do econômico-corporativo para o socioambiental, como se existisse um único modelo de desenvolvimento, uma única receita de desenvolvimento de um determinado lugar⁵³. Ou, como se isso fosse possível, homogeneizar o processo de desenvolvimento, igualando a forma e conteúdo do mesmo, quantificando, desse modo, a qualidade.

Em antítese, pode-se especular que, por outro lado, existe um movimento geral de regionalização socioambiental que se caracteriza: primeiro, pela defesa dos recursos culturais e ambientais (naturais); e, segundo, pela busca de alternativas socioambientais para sobreviver ao processo de globalização. Num primeiro momento, as iniciativas dos agentes do desenvolvimento caracterizam-se pela resistência, pela defesa dos interesses socioambientais regionalizados. Num segundo momento, poderão ocorrer, dependendo da tradição de cada lugar, atividades cooperadas dos agentes local-regionais e, enquanto necessidade-possibilidade de reação, configurarem contratendências ou contramovimentos do desenvolvimento contemporâneo.

Esse processo de regionalização socioambiental, enquanto contratendências local-regionais fundada na cooperação⁵⁴ entre os agentes do desenvolvimento da região (do local), define e fundamenta, por conseqüência, a capacidade de articulação autônoma dos interesses socioambientais regionalizados e destes com os interesses econômico-corporativos transnacionalizados.

No entendimento de muitos estudiosos, é nesse desabrochar dos interesses socioambientais regionalizados que afloram as diferenças culturais e as diversidades ambientais como vantagens e trunfos dos múltiplos espaços e escalas geográficas. E, enquanto vantagens e trunfos, transformam-se em qualidades (potencialidades) diferenciadas e diferenciadoras do processo de desenvolvimento local-regional. Cultura e natureza, juntas, tornam-se os elementos fundantes da sabedoria de articular a autonomia decorrente da diferença e da diversidade com a unidade da comunidade regional. Assim, o cultural e o natural, ao mesmo tempo que são elementos diferenciadores e diversificadores dos desenvolvimentos locais-regionais, são os elementos agregadores, identificadores de uma comunidade regional, tornando-a singular. Em outros termos, é a qualificação da quantidade.

Esta nova realidade, enquanto uma nova materialidade do sistema capitalista, abre a possibilidade para o surgimento de novas e diversas utopias, com o que geram-se as condições concretas para a coexistência de múltiplos modelos de desenvolvimento. Essa diversidade de processos de desenvolvimento orienta-se

⁵³ Ver a esse respeito: IANNI, O. *A sociedade global* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993, p. 80 e segs. Ali, o autor demonstra exatamente o contrário – o quão desigual e desequilibrador é o desenvolvimento atual.

⁵⁴ Compreende a participação, a parceria, o consórcio, a integração, dos e entre os agentes do desenvolvimento_local-regional.

pelos interesses socioambientais regionalizados, configurando e conformando tendências local-regionais (ou contratendências) funcionais ao desenvolvimento global.

Essas tendências local-regionais (ou contratendências), segundo alguns estudiosos⁵⁵, acabam transformando-se em desafios locais de inserção das regiões no desenvolvimento global.

É com base nessas tendências (ou contratendências) local-regionais que determinados pesquisadores e analistas fazem suas críticas e avaliações do desenvolvimento contemporâneo, seguindo uma velha fórmula metodológica, nietzscheniano-adorniana, de analisar o universal pelo particular⁵⁶. Dessa forma, seguindo à risca a premissa tolstoniana, que diz: “conhece tua aldeia e serás global”. Como afirma Haddad⁵⁷, “uma região não é, pura e simplesmente, a manifestação local da economia nacional”. Segundo essas concepções, cada região mantém características específicas e possui identidade própria. Por isso, necessita de teorias próprias e específicas para explicar o seu processo singular de desenvolvimento. Esquecendo-se de que esse ponto de partida é, na verdade, o ponto de chegada do pensamento ao concreto.

Metodologicamente, esses estudos compreendem três fases distintas de elaboração. A primeira, faz-se uma descrição, uma caracterização da economia política do processo de desenvolvimento local-regional (o real, concreto); a segunda, sobre essa e com essa descrição do local faz-se a análise da caracterização, para produzir um conhecimento do desenvolvimento local-regional, criticando o desenvolvimento global (o ideal, o abstrato); a terceira fase, uma vez identificadas e analisadas as tendências local-regionais (ou contratendências), propõe as correções de rota do desenvolvimento local-regional, linhas de ação para as comunidades local-regionais, alternativas de inserção da economia local-regional (o real) no processo de desenvolvimento global (o ideal).

Embora, comparativamente, pareça mais apropriado com o foco do local (concreto) analisar o global (o abstrato), na verdade, estes estudos sofrem de um certo grau de miopia, pois, ao partirem do particular, não conseguem visualizar toda a complexidade das determinações e dos desafios contidos no processo de desenvolvimento contemporâneo. Principalmente, as decorrentes das múltiplas determinações econômico-corporativas e as que afloram das muitas e diversas relações que dão nexo interno a cada realidade (localidade) singular.

Ao percorrerem um único caminho, o do real ao ideal (ou do concreto ao abstrato). Esquecem-se de fazer o caminho inverso de ida do ideal ao real (ou do abstrato ao concreto) e assim, produzem conhecimentos impossíveis de serem generalizados.

⁵⁵ Neste grupo de estudiosos, encontram-se aqueles pesquisadores que discutem a questão da sustentabilidade do desenvolvimento.

⁵⁶ LASH, 1997. Op. cit. P.165

⁵⁷ HADDAD, P. R. . Regiões, regionalismos e desequilíbrios espaciais de desenvolvimento: Algumas reflexões. *Análise Conjuntural*. Porto Alegre: FEE, v2, n2, p. 255-270, 1993.

Além disso, enfrentam as limitações da inexistência de instrumentais técnicos e metodológicos para fazerem análises qualitativas da realidade (localidade), como, por exemplo, a construção de "indicadores" sociais ou ambientais qualitativos. Estes são estudos que deveriam trabalhar exaustivamente a dimensão qualitativa da realidade, relativizando a dimensão quantitativa, mas, para tanto, lhes faltam ferramentas (técnicas).

Isso acontece porque faltou aos estudos a "pesquisa prévia" do "nexo interno" da realidade (localidade) estudada. Sem ela, não conseguem apropriarse do "movimento efetivamente real". Foram direto, para o que Marx denomina de método de exposição⁵⁸, esquecendo-se do método de investigação ou do ponto de partida. Assim, relativizando a necessidade de todo um aparato teórico-metodológico para se constituir a realidade (a localidade), enquanto objeto de estudo⁵⁹.

Como podemos deduzir do exposto, as duas correntes de estudo mantêm um certo paralelismo, compondo uma via de mão dupla cujas pistas estão separadas por um canteiro central, que impede e impossibilita o cruzamento e o intercruzamento das duas dimensões do desenvolvimento contemporâneo: o global e o local. Os referidos estudos isolam e analisam os determinantes econômico-corporativos separados dos desafios socioambientais do desenvolvimento atual.

Ao conceberem a transnacionalização e a regionalização como processos distintos, o econômico e o social como duas esferas separadas, os estudos caem na vala comum dos universalismos⁶⁰ ou dos particularismos⁶¹. Enquanto tais, são

⁵⁸ MARX, 1985. Op. cit. P.14/5/6/7.

⁵⁹ Aqui se pode, a título de ilustração, separar o ecólogo do ecologista. O ecólogo é o cientista que se apropria da realidade através de um instrumental teórico-metodológico e, uma vez constituído seu objeto de estudo, identifica e analisa toda a complexidade de suas múltiplas determinações e de suas muitas e diversas relações conformadoras de seu nexo interno, produzindo, dessa forma, conhecimento novo. O ecologista é o ativista que se apropria de uma bandeira de luta e sai a campo defender a sua causa. Normalmente, essa bandeira tem pouco a ver com a realidade. Embora possa existir o cientista engajado, unindo ciência e bandeira em nome de uma causa.

⁶⁰ São exemplos clássicos dessa dificuldade histórica, as velhas teorias do colonialismo, imperialismo e em menor escala a teoria da dependência, mas nem por isso menos importante. Bem como, é exemplo as atuais "teorias da globalização" que, ao mesmo tempo, explicam tudo, não explicam nada.

⁶¹ São exemplos clássicos desses extremismos de direita e de esquerda as mais diversas formas de localismos, regionalismos, nacionalismos tenham eles motivos religiosos, étnicos, políticos, ideológicos ou comerciais. Muitos já morreram (milhões de judeus, armênios, soviéticos, kosovares) outros continuam morrendo, em decorrência de determinados dogmas "científicos". Agora mesmo, diante da devastação provocada pela reestruturação econômica e produtiva das nações capitalistas, não faltam movimentos extremistas de direita para apartar socialmente o mundo. Nestes movimentos, destacam-se alguns que são pacíficos e são "legítimos" como os dos ambientalistas americanos que conseguiram impor condições restritivas aos produtos mexicanos no tratado de livre comércio da América do Norte. Ou como do movimento internacional e/ou americano de erradicação do trabalho infantil, que muito antes de garantir os direitos da criança e do adolescente, cuida de aplicar sanções econômicas impeditivas da entrada de produtos desses países infratores nos países defensores desta bandeira. Muito antes de ser uma causa humanista, o trabalho infantil é utilizado como barreira não tarifária.

análises metodologicamente parciais, pois tanto uma quanto outra tem um único sentido de determinações do desenvolvimento: do universal para o particular ou do particular para o universal.

Em resumo, o que aqui se defende é que já não é mais possível tão somente “pensar global e agir localmente”. É preciso, também, pensar local e agir globalmente. Ou melhor, já não basta conhecer o local para ser global. É preciso, ao mesmo tempo, conhecer o global para ser local. Isto significa que já não basta estudar tão somente o processo de transnacionalização dos espaços econômicos, o processo de avanço do mercado capitalista ou os determinantes econômico-corporativos, a dimensão econômica (a competitividade) do desenvolvimento contemporâneo⁶². É preciso, ao mesmo tempo, estudar o processo de regionalização dos espaços sociais, os desafios socioambientais, a dimensão social e ambiental (a sustentabilidade) do desenvolvimento contemporâneo⁶³.

Entretanto, (esses dois processos) essas duas dimensões são somente as bases estruturais, econômica e social, do desenvolvimento contemporâneo. Porque, dialeticamente, o primeiro processo configura a ação econômica; o segundo, conforma a reação social. Os dois em conjunto, enquanto processos contraditórios, conformam um dos planos da análise qualitativa do desenvolvimento contemporâneo, o plano das contradições entre os dois processos, entre as duas dimensões (ou “entre as partes”). Dimensões (ou processos) resultantes das relações econômicas e sociais que “se exprimem através de regularidades objetivas que podem ser verificadas e explicadas (...) (em termos de conexões estruturais, funcionais ou de sentido)”⁶⁴.

No entanto, “a interpretação totalizadora na dialética faz-se através da elaboração [em espiral] de categorias capazes de reter, ao mesmo tempo, as contradições do real em termos dos fatores histórico-sociais efetivos de sua produção (e, neste sentido, categorias ‘saturadas historicamente’, empíricas) e de categorias não definidas empíricamente, capazes de desvendar as relações essenciais que aparecem de imediato”. E “justamente neste *processo de correlações em espiral* no qual todos os conceitos em movimento recíproco e se elucidam mutuamente, [é que se] atinge a concreticidade”⁶⁵ na análise qualitativa e, portanto, no conhecimento do desenvolvimento contemporâneo.

Como fazer essa análise qualitativa do processo de desenvolvimento contemporâneo? Eis a questão!

⁶² Maiores detalhes sobre esse tema consultar: Becker, D. F.(org.) .*COMPETITIVIDADE: o (des)caminho da globalização*. Lajeado: EDIFATES, 1998.

⁶³ Para uma discussão mais aprofundada do tema consultar: Becker, D. F. (org.). *Desenvolvimento Sustentável: Necessidade e/ou Possibilidade*. 2ª ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999.

⁶⁴ Cardoso, 1962, p.14.

⁶⁵ Kosik, 1976, p.41.

Já que “para que o pensamento possa progredir do abstrato ao concreto, tem de mover-se no seu próprio elemento, isto é, no plano abstrato, que é negação da imediatidade da evidência e da concreticidade sensível. A ascensão do abstrato ao concreto é um movimento para o qual todo início é abstrato e cuja dialética consiste na superação desta abstratividade. O progresso da abstratividade à concreticidade é, por conseguinte, em geral, movimento da parte para o todo e do todo para a parte; do fenômeno para a essência e da essência para o fenômeno; da totalidade para a contradição e da contradição para a totalidade; do objeto para o sujeito e do sujeito para o objeto”⁶⁶.

Por isso, precisamos encontrar a “unidade do diverso”, a “integração dos opostos”, a complementaridade entre as tendências e as (contra)tendências, a mediação entre as dimensões, social e econômica, do processo de desenvolvimento contemporâneo. Só dessa forma poderemos analisar o desenvolvimento contemporâneo, enquanto uma totalidade dialética resultante de múltiplos determinantes econômico-corporativos (do mercado capitalista) e de muitos desafios local-regionais (socioambientais).

Metodologicamente, dois outros autores, Karl Polanyi⁶⁷ e Antonio Gramsci⁶⁸ podem nos ajudar na difícil tarefa de encadear os dois planos analíticos numa totalidade concreta ou numa totalidade dialética.

Polanyi, discutindo a grande transformação ocorrida no século XIX, demonstra como o primado do econômico e a crença no mercado capitalista auto-regulável levaria inevitavelmente à autodestruição da civilização⁶⁹. Sua tese é de que o mercado auto-regulável não passa de uma recatada utopia. “Uma tal instituição não poderia existir em qualquer tempo sem aniquilar a substância humana e natural da sociedade; ela teria destruído fisicamente o homem e transformado seu ambiente num deserto”⁷⁰.

Para evitar a “autodestruição da civilização”⁷¹, necessariamente “a sociedade teria que tomar medidas para se proteger”⁷². A autoproteção da sociedade recolocaria a possibilidade do controle “da devastação social de um sistema

⁶⁶ Kosik, 1976, p.30.

⁶⁷ Polanyi, K. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

⁶⁸ Gramsci, A., especialmente em seus escritos da prisão, *Quaderni del Carcere*. Torino: Einaudi, 1975.

⁶⁹ Esta autodestruição, na compreensão de Schumpeter (1985, p.47), seria “construtiva” quando não imposta de fora, mas surgindo de dentro da economia local regionalizada, sendo um fator de mudança, um fator de desenvolvimento regional. Nesse sentido, segundo Beck (1997, p. 12) seria uma “autodestruição criativa” para toda uma região.

⁷⁰ POLANYI, 1980, op. cit. p.23.

⁷¹ dem, *Ibidem*, p.23

⁷² Os múltiplos nacionalismos decorrentes da 1ª grande crise do sistema capitalista no último quartel do século XIX são exemplos desse processo, pois acabaram se transformando em protecionismo, fato que, segundo alguns, levou à 1ª e à 2ª guerra mundial.

incontrolado, a economia de mercado”. Com isso, a sociedade estaria reafirmando, pelas suas próprias condições e pelas suas próprias necessidades, os valores essenciais da vida humana⁷³.

De um lado, Polanyi demonstra como a lógica econômica deixada ao livre arbítrio do mercado capitalista auto-regulável provocaria a devastação da vida humana. De outro lado, defende a necessidade da auto proteção social, a legítima defesa da sociedade através da regulação social dos mercados⁷⁴.

Embora Polanyi tenha andado no sentido de constatar o contraditório do movimento do econômico com o contra-movimento do social, é com Gramsci que a esfera da política entra como mediação⁷⁵ (como “unidade do diverso”, como integração de opostos, como complementaridade de movimento e contra-movimento) e, em consequência, como esfera-espaço de superação dessa contradição básica entre a esfera econômica (o mercado auto-regulável) e a esfera social (a autoproteção da sociedade).

Ao trabalhar o conceito de bloco histórico⁷⁶ como uma totalidade dialética em cuja superestrutura abarca a sociedade civil⁷⁷ e a sociedade política, e, na sua estrutura, baseia as forças materiais de produção (a economia) e as forças sociais de produção (a sociedade), Gramsci engloba, num só conjunto, as principais dimensões do desenvolvimento contemporâneo: a econômica, a social, a política e, ao mesmo tempo, define o intelectual⁷⁸ como principal mediador das múltiplas relações do bloco histórico.

E mais: ao vincular a estrutura e a superestrutura⁷⁹ dessa forma, Gramsci concebe o bloco histórico como uma totalidade concreta que, além de dialética e

⁷³ Esta referência foi buscada na apresentação do livro de Polanyi.

⁷⁴ Mesmo que os termos analíticos propostos por Polanyi tivessem como objeto de estudo as grandes transformações econômicas e sociais do século XIX, sua proposta metodológica possui um rasgo de contemporaneidade. Nada parece mais atual do que observar no desenvolvimento atual duas ordens de determinações: uma, definida pelo primado do econômico, devastando nações e regiões; a outra, perseguida pelas sociedades regionais e nacionais, reagindo à devastação e buscando autoproteção de suas sociedades.

⁷⁵ Autores contemporâneos como Buarque, 1990, 1991 e 1992; Santos, 1996; Beck, 1997; Thurow, 1997; Kumar, 1997; Touraine, 1994 e 1996; Genro, 1997; Boisier, 1996; Demo, 1996; Fischer, 1996; Chilcote, 1998 tratam a esfera da política como a esfera da mediação e superação das contradições do desenvolvimento moderno.

⁷⁶ Para aprofundar a discussão do bloco histórico consultar: Portelli, 1983, op. cit.

⁷⁷ Sobre o conceito de sociedade civil e política consultar: Bobbio, N. *O conceito de sociedade civil*. Rio de Janeiro: Graal, 1982. Gruppi, L. *O conceito de hegemonia em Gramsci*. Rio de Janeiro: Graal, 1978. Innocentini, M. *O conceito de hegemonia em Gramsci*. São Paulo: Tecnos, 1979. Portelli, H. *Gramsci e o bloco histórico*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

⁷⁸ Sobre os papéis dos intelectuais, bem como sobre o próprio conceito de intelectual, consultar: Bobbio, N. *O conceito de sociedade civil*. Rio de Janeiro: Graal, 1982. Gruppi, L. *O conceito de hegemonia em Gramsci*. Rio de Janeiro: Graal, 1978. Especialmente, Portelli, 1983, op. cit. No Cap.: IV. “O papel dos intelectuais no seio do bloco histórico”.

⁷⁹ Ver a esse respeito: Portelli, 1983, op. cit. Especialmente o Cap.: II onde discute a “relação entre estrutura e superestrutura no seio do bloco histórico”, p. 45.

dinâmica, é orgânica⁸⁰. Uma organicidade viabilizada e realizada pelos “operários da superestrutura”, os intelectuais, que, ao mesmo tempo que conectam a estrutura à superestrutura e vice-versa, medeiam as relações estruturais intraclasse e as relações superestruturais interclasses, resolvendo os conflitos e superando as contradições do processo socio-econômico e, dessa forma, dinamizando e dando sentido ao processo social.

Na concepção gramsciana, tanto a estrutura pode determinar a superestrutura quanto a superestrutura pode determinar a estrutura⁸¹. Nesses termos, a economia pode determinar a política, como pode determinar o social, bem como em determinados blocos históricos, pode estar ocorrendo o inverso: o social determinando a política e a economia, ou a política estar determinando a economia e o social.

Assim, não existe um único sentido nas determinações do processo de desenvolvimento contemporâneo. Existem múltiplas determinações. Em alguns blocos históricos, uma determinada esfera pode ter a primazia nos determinantes, como ocorre hoje com a economia, em outro momento, outra.

No entanto, o próprio Gramsci reconhece ser inerente ao sistema capitalista que a iniciativa da ação seja do econômico⁸² (seja do mercado) e que, a partir da ação econômica (do mercado capitalista), ocorra a reação do social. Dessa forma, o movimento do econômico (a ação econômica - do mercado auto-regulável) e o contramovimento do social (a reação do social – autoproteção social) compõem um processo contraditório por natureza, que necessita da mediação⁸³ do político⁸⁴, (a “unidade do diverso”, a “integração dos opostos”).

Ao contrário do que propõe Bobbio e seus parceiros da terceira via, a nossa concepção instrumental de análise qualitativa do desenvolvimento contemporâneo tem como pressuposto “a unidade do diverso”, “a integração de opostos” sem

⁸⁰ Orgânico no sentido que lhe dá Gramsci. De ser mediatizada pelo intelectual e de possuir múltiplas determinações. E não no sentido que lhe dá Bobbio de ser uma totalidade orgânica, na qual as partes singulares estão em junção do todo e, portanto, não são antitéticas entre si, mas convergentes para o centro.

⁸¹ Nesse sentido, Gramsci vai além, superando Hegel que, na sua proposição, o ideal era que determinava o real e superando Marx, que propunha o real determinando o ideal.

⁸² Gramsci não fica sozinho nesta constatação. Além de Polanyi e Marx muitos outros o acompanham. Merecem destaque Schumpeter (1985, p. 44) que afirma “o mundo econômico é relativamente autônomo”; Porter, 1990, 1993 e 1996 que deixa evidente “minha teoria parte das indústrias e competidores até chegar a economia como um todo”; Coutinho e Ferraz, 1994 e Ferraz *et al*, 1995, são unânimes em eleger a empresa como a célula dinâmica e econômica do desenvolvimento recente. Nessa concepção, encontram-se todos aqueles que trabalham com a concorrência intercapitalista ou o mercado capitalista como fator único e exclusivo do desenvolvimento atual, que não é o caso de Gramsci e Polanyi.

⁸³ Essa necessidade de mediação política tem sido destacada insistentemente pelo ex-prefeito Tarso Genro em seus escritos recentes. Ele vai além, seguindo a vertente gramsciana do papel do intelectual na sociedade moderna e afirma que o papel do político, em si, e no sentido amplo do que se entende por político, é o de ser mediador.

⁸⁴ Para uma análise mais aprofundada da proposição, ver bibliografia referida na Nota N.º 38.

anular as partes, acabar com as contradições e os conflitos por decreto já que o todo, não podemos esquecer, se cria a si mesmo na interação das partes. Sem partes não existe a totalidade dialética e sem a totalidade concreta não existe a dialética das partes.

Acrescente-se que, conforme afirma Schumpeter (1985), o estado de desenvolvimento de um povo não resulta só de determinantes econômico-corporativos, mas resulta de uma totalidade ampla e complexa de determinantes. Por isso, não é nenhuma aberração afirmar que o estado de desenvolvimento de um determinado local emerge da criatividade e da capacidade de articulação dos agentes sociais, econômicos e políticos do desenvolvimento local-regional em torno de um projeto socioambiental regionalizado, próprio e específico, portanto, diferenciado e diferenciador dos seus singulares.

A essa articulação interna diferenciada deve ser acrescida a capacidade de articulação autônoma dos interesses socioambientais regionalizados⁸⁵ com os interesses econômico-corporativos transnacionalizados, o que deve propiciar uma inserção diferenciada e alternativa no desenvolvimento global⁸⁶. Trata-se, pois, conforme propõe Goldman⁸⁷, de pensar e realizar o desenvolvimento local-regional através do *diferencial*.

Por isso, o ponto de partida das articulações é a base local-regional. Sobre e a partir dessa base localizada, ocorrem as múltiplas determinações-desafios em seus múltiplos sentidos: do setorial para o regional ou vice-versa; do econômico-corporativo transnacionalizado para o socioambiental regionalizado ou vice-versa; do global para o local ou vice-versa; do econômico para o social ou vice-versa; do mercado para a sociedade ou vice-versa, compondo um processo de articulações configuradas por um conjunto de relações setoriais e espaciais, estruturantes de uma determinada economia política e de um determinado processo de desenvolvimento local-regional.

Em síntese, qualquer instrumental lógico-metodológico que quisesse dar conta da dinâmica do processo de desenvolvimento contemporâneo deveria trabalhar as três principais dimensões do desenvolvimento contemporâneo, a saber:

Primeira: o movimento econômico (a tese – a ação do econômico – transnacionalização dos espaços econômicos – dimensão econômica, o mercado auto-regulável – a competitividade), medido por indicadores econômico-corporativos

⁸⁵ Ou dos interesses locais articulados diretamente aos interesses econômico-corporativos transnacionalizados.

⁸⁶ Isso não impede que um determinado lugar articule-se diretamente aos interesses econômico-corporativos transnacionalizados sem uma articulação aos interesses socioambientais regionalizados. As ilhas fiscais são exemplos dessa articulação. O normal seria o desenvolvimento local estar articulado, social e ambientalmente, com os locais vizinhos, contíguos e, ao mesmo tempo, estar articulado, econômica e corporativamente, aos interesses econômico-financeiros transnacionalizados

⁸⁷ GOLDMANN, M. . *Razão e diferença*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1994, p. 29.

do desenvolvimento setorial. Essa é uma das partes, a parte econômica – quantitativa, abstrata, objetiva, aparência - do processo de desenvolvimento contemporâneo;

Segunda: o contramovimento social e ambiental (a antítese – a reação do social e ambiental - dimensão socioambiental, a autoproteção social e ambiental – a sustentabilidade), medido por indicadores socioambientais do desenvolvimento local-regional. Essa é a segunda parte, a parte social e ambiental – qualidade, concreta, subjetiva, essência - do processo de desenvolvimento contemporâneo;

Terceira: a mediação política (a síntese – a mediação do político – dimensão política – flexibilidade), medida por indicadores político-institucionais do desenvolvimento setorial-regional. Essa é a dimensão política mediadora que se cria e se constitui no processo de construção da totalidade do processo de desenvolvimento contemporâneo, que ocorre através da unidade das partes, da integração da dimensão econômica com a dimensão social e ambiental, da complementaridade entre o movimento, a ação da economia e o contramovimento, a reação socioambiental.

Assim, o processo econômico e o processo social e ambiental, juntos, tornam-se a base estrutural dos desenvolvimentos diferenciados e diferenciadores viabilizados e mediatizados, na superestrutura, pelo processo político, dando forma e conteúdo ao processo de desenvolvimento contemporâneo.

Portanto, a economia (o mercado) e o socioambiental (a sociedade), estando prenhes de contradições e conflitos, e em sendo as dimensões basilares do movimento e contramovimento estrutural, conferem dinâmica ao bloco histórico através do processo político de superação das contradições e da resolução dos conflitos na superestrutura pela agregação das partes, unidade do diverso, integração dos opostos, enfim, pela mediação política dando forma e conteúdo ao desenvolvimento contemporâneo.

O JOVEM PAULISTA NA VIRADA DO SÉCULO: CASO DE POLÍCIA, “ABORRECENTE” OU VÍTIMA?

Celia Soibelman Melhem*

1. Pressupostos básicos para reflexão
2. O país da desigualdade
3. Jovens: trabalho duro e pouco estudo
4. Juventude morrendo no anonimato
5. Um cotidiano mediado pela violência
6. Mais abonados e mais violentos
7. Estado: colocando o lixo debaixo do tapete
8. Conformismo ou ousadia para mudar: quais os cenários possíveis?

* Doutora em Ciência Política pela Universidade de São Paulo – USP, professora universitária e membro fundador do Instituto de Estudos de Direitos, Política e Sociedade – IEDIS.



Um depreciativo rótulo social vem sendo colado em boa parcela da juventude brasileira contemporânea, excessivamente associada à violência ou no mínimo a algum tipo de encrenca (briga de *gangs*, excesso de drogas, badernas), em função do aumento de ocorrências policiais em que aparece envolvida. E essa imagem negativa dos jovens vem se enraizando no imaginário popular e mesmo entre autoridades. São cidadãos comuns evitando adolescentes nas calçadas, é o Secretário da Segurança de São Paulo “explicando a periculosidade” juvenil¹: o jovem “é mais aguerrido, tem naturalmente mais agressividade, até por questões biológicas da nossa condição de mamífero. Basta você olhar os crimes mais graves. Verá esse tipo de comportamento principalmente entre os mais jovens”.

Mas convenhamos, se o jovem é aguerrido, em muitos lugares tem se obtido razoável sucesso em canalizar o vigor juvenil para empreendimentos saudáveis como esportes, música ou outras atividades de forte receptividade entre adolescentes. Preocupações com estudo e futura carreira profissional também tem absorvido muitos deles. E não consta que as universidades, que concentram milhares de jovens em alguns metros quadrados, sejam os lugares mais perigosos para a segurança do cidadão. Ao contrário, parece que a ocorrência mais habitual são alunos e professores universitários vítimas de assaltos por estranhos às atividades acadêmicas – evidentemente com exceções que chamam a atenção e confirmam a regra. E quando se pensa em classes menos abonadas – já que os universitários costumam pertencer, no mínimo, à classe média – o mesmo pode-se dizer dos cursos supletivos noturnos, das fábricas ou outras empresas que empregam jovens, ou mesmo da multidão de honestos *office-boys* que circulam com cheques de vultuosas quantias pelas ruas e bancos do país.

Nem sempre, porém, os jovens foram fortemente vinculados à criminalidade. Na politizada década de 60, por exemplo, em muitos países (inclusive no Brasil), parte da energia jovem foi absorvida pela militância política, freqüentemente contestatória, é verdade – e, por conseqüência, combatida pelo pensamento conservador, muitas vezes com truculência – mas minoritariamente de caráter violento. Em rota diversa, na mesma década, o então mundialmente influente movimento da contracultura tinha como lema “paz e amor”. E nem por isso foi pacificamente aceito pelas forças conservadoras². As rebeliões estudantis de Paris, em maio de 68, embora ruidosas, não foram sangrentas, inclusive pelo razoável bom senso de autoridades em um país com democracia consolidada, embora não faltassem conservadores franceses que as considerassem perigosamente revolucionárias. E muitos dos jovens contestadores da época (na França e também no resto

¹ *Folha de São Paulo*, 18 de outubro de 1999, pág 1/7.

² Como destacaram filmes consagrados como *Sem Rumo (Easy Rider)*, em que dois motociclistas que percorriam aventurosamente o país são abatidos a tiros.

do mundo e no Brasil) se transformariam em destacados líderes políticos ou sindicais nas décadas seguintes, assumindo papel influente na consolidação ou no aperfeiçoamento da democracia em vários países, como no Brasil. Militância quando jovem, freqüentemente funciona como uma escola de política, e ausência dela pode resultar em uma despolitização perigosa para a vida democrática³.

Assim, se os jovens não são intrinsecamente “perigosos” para a sociedade, como insinuam alguns, o dilema que se coloca é pensar porque eles estão sendo estigmatizados como violentos e/ou drogados, em que circunstâncias o vigor juvenil tende para a delinqüência, qual é o perfil básico e a efetiva ocorrência social desta delinqüência e o que ela representa de fato na sociedade brasileira contemporânea, com ênfase na paulista. E, uma vez colocada em suas efetivas proporções qualitativas e quantitativas, buscar maneiras adequadas de lidar com a delinqüência juvenil.

Minha hipótese para reflexão neste artigo, no caso das políticas de segurança pública brasileiras, é que com a permanência do pensamento conservador como força predominante à testa delas e nos postos influentes da sociedade – além de gerar crescente descrédito popular em relação à política e aos direitos do cidadão – favorece a que decisões e pressões sociais bem aceitas tendam a apresentar caráter eminentemente repressivo e esta não tem se revelado a melhor resposta à rebeldia do jovem. Esse predomínio conservador nos postos públicos influentes – e não apenas na área de Segurança Pública – é uma das características marcantes de uma sociedade altamente excludente e concentradora de renda, como a brasileira, que conviveu anos com governos autoritários, substituídos, a partir da democratização da década de 80, por governos de coalizões partidárias de centro-direta, que desenvolveram políticas públicas insuficientes e/ou inadequadas para reverter o quadro social de baixo desenvolvimento humano do país, já que não priorizaram políticas sociais transformadoras da injusta realidade nacional. E além do governo e das elites, boa parcela do restante da sociedade civil também tem sido majoritariamente um ator conservador no tocante à segurança pública, limitando-se a clamar por mais polícia e repressão, quando não abraça bandeiras como a pena de morte ou incentiva justiceiros.

No campo específico da segurança pública, propostas transformadoras chegam a ser tratadas com a mesma truculência que a rebeldia jovem, independentemente do fato de que as soluções conservadoras – concentradas em reforço quantitativo policial e em repressão, ignorando ações preventivas e desdenhando a cidadania – tem se revelado cada vez mais incapazes de enfrentar adequadamente, sozinhas, a questão da criminalidade no país.

³ Um interessante tema de pesquisa seria a avaliação dos efeitos da despolitização na vida brasileira, a partir dos anos de repressão do regime militar.

Este texto pretende expor o quadro atual da criminalidade juvenil no contexto brasileiro, correlacionando-o com a hegemonia de uma postura repressivo-conservadora no tocante a políticas de segurança pública, tentando avaliar as possibilidades de implantação de caminhos transformadores que, além do aperfeiçoamento da ação policial e da Justiça, visem diminuir a delinqüência juvenil através de uma melhor inserção social do jovem.

1. PRESSUPOSTOS BÁSICOS PARA REFLEXÃO

Uma análise que valorize soluções transformadoras – em termos de eficiência e eficácia – para a segurança pública, deve considerar necessariamente os seguintes pressupostos:

- Cabe ao Estado, e esta é a razão primeira de sua existência, *garantir a segurança pública do cidadão*, tendo, para isto, o monopólio social da força organizada;
- Segurança pública é um conceito que, no tocante às ações do Estado, **não pode se limitar ao uso do monopólio da força organizada**, mas deve se constituir em um **complexo de ações públicas** indispensáveis à **garantia da cidadania**: segurança pública e direitos da cidadania são conceitos inseparáveis;
- Segurança pública é uma questão complexa, que excede amplamente as fronteiras das políticas públicas repressivas ou essencialmente apoiadas na ação policial, bem como em aperfeiçoamentos da legislação penal;
- Políticas públicas – preventivas e curativas – de socialização e de reforço do tecido social, sintonizadas com a ação policial e com aperfeiçoamentos da legislação vigente, costumam ser mais eficientes, a médio prazo, do que ações somente de caráter repressivo;
- Conjecturas sócio-econômicas desfavoráveis, baixa renda e pobreza repercutem em eventuais aumentos das taxas de delinqüência social, sobretudo entre os jovens, mas o que efetivamente pressiona são os níveis de **desigualdade social** predominantes, sobretudo em modernas sociedades de consumo e de forte influência da mídia, escancarando quotidianamente essas desigualdades.

Essas premissas colocam o Estado como ator decisivo na área de segurança pública que, por sua vez, é decisiva para a questão da cidadania. Por conseqüência, o combate à criminalidade não pode prescindir de reflexões sobre a ação do Estado em uma dada sociedade, e esta reflexão, no tocante ao Estado de São Paulo e seus jovens, é o que este texto pretende alimentar.

2. O PAÍS DA DESIGUALDADE

O Brasil é o país da exclusão social, inclusive quando comparado com seus vizinhos latino-americanos⁴, e de desigualdades⁵ evidentes em todos os patamares.

O cenário de má distribuição de renda (brasileira e paulista) é profundo. No Brasil, os 50% mais pobres ganham 14,5% dos salários pagos, enquanto o 1% dos mais ricos concentram 45,7% da massa salarial do país. E nas regiões mais pobres a concentração é maior. O país se desenvolveu na década de 90, porém os mais ricos sempre lucraram mais que os mais pobres – e mesmo que a classe média. E em épocas de descenso econômico, os extratos mais favorecidos perderam menos que os demais. **A década apresentou, portanto, “uma nítida evolução do grau de desigualdade de renda”⁶, transformando a distribuição de renda urbana brasileira na mais desigual do continente:** em 1996, os 40% mais pobres recebem 10,5% da renda, enquanto os 10% mais ricos ficam com 44,3% dela⁷. De 1989 a 1999, o rendimento do brasileiro caiu 7,1%⁸, entrando na nova década “como o mais baixo já visto fora do período recessivo de 90 a 93”. O rendimento médio do trabalhador empregado foi de 3.7 salários mínimos.

⁴ Segundo o Informe de 1988 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD sobre o Índice de Desenvolvimento Humano–IDH, considerando os fatores de renda, educação e saúde, o Brasil **caiu** para a categoria **país de desenvolvimento humano médio** (perdendo 17 pontos de posição, em 3 anos), ficando colocado em **79º lugar** na escala mundial. Na América Latina, está abaixo do Chile (34º), da Argentina (39º), do Uruguai (40º), da Venezuela (48º), da Colômbia (57º) e do Equador (72º); quase empatado com o Peru (80º) e bem próximo do Paraguai (84º). E isto apesar de apresentar uma performance econômica muito elevada, se comparada com esses mesmos países.

⁵ Começa com as grandes diferenças econômicas entre regiões: em 1996, o PNUD apontou a existência de **três «Brasis»**, que apresentam Índices de Desenvolvimento Humano–IDH desde os mais elevados, em comparação com os parâmetros internacionais, até chegar a situações de vida abaixo da linha de pobreza. Em termos comparativos, o IDH de Rio Grande do Sul é parecido com o da República Checa, enquanto o da Paraíba está abaixo do africano Lesoto. São Paulo se situa na chamada **região Sul** – constituída pelos 7 estados do sul e do sudeste brasileiros, mais o Distrito Federal –, que apresenta nível de desenvolvimento humano superior. Ainda que escape da carência aguda do norte-nordeste do país, abriga substancial pobreza urbana que, no caso brasileiro, acusa elevado índice de concentração nos grandes centros, especialmente na cidade de São Paulo, que possui cerca de 5,1 milhões de miseráveis. Na região metropolitana de São Paulo, entre 1989 e 1999, houve uma queda de rendimentos da ordem de 29,9% entre 10% mais pobres (além de 19,8 % entre os 10% mais ricos). E o desemprego permanece muito alto: em setembro de 1999, 1.760.000 pessoas estavam sem emprego na Grande São Paulo, 19,7% da mão de obra ativa, um recorde histórico. É o reflexo do quadro econômico negativo que envolve o país no final da década de 90. Esses dados contrastam com o fato do Estado de São Paulo apresentar o terceiro IDH em qualidade do país – perdendo apenas para Rio Grande do Sul e Distrito Federal –, sendo o segundo em renda *per capita* e escolaridade (em ambos os casos, atrás do DF), contrastando com seu 11º posto em esperança de vida.

⁶ Santos, Antônio Vieira, *El Informe sobre el desarrollo humano en Brasil*, Revista Instituciones y Desarrollo nº3, PNUD/Internet.

⁷ Entre 1993 e 1996, diminuiu em 1% a participação dos mais pobres, e aumentou em 1,1% a dos mais ricos na renda.

⁸ Fonte: IBGE – Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar–PNAD, 1999, in *Folha de S.Paulo*, pag B1, 21 de julho de 2000.

Em São Paulo (agosto de 1999), o **maior** rendimento da faixa dos mais pobres corresponde a 8,5% da **menor renda** entre os mais ricos. Em países latino-americanos vizinhos, a diferença é menor: no Uruguai, por exemplo, os mais pobres tem 22,9% da renda, e os mais ricos 25,8%, ao mesmo tempo que vem crescendo a participação dos primeiros.

A taxa de desemprego urbano brasileira cresceu de 4,5% para 8,1% entre 90 e 97. “A desocupação cresceu em todas as regiões do país, tanto entre homens como entre mulheres. Isso significa que a economia não está dando conta do crescimento da força de trabalho...O índice de desocupados foi mais alto nas áreas urbanas da região Norte (11,4%), seguida pelo Sudeste (11,2%)”⁹. No caso dos jovens, além de dificultar a sua entrada no mercado formal de trabalho, a falta de emprego para os pais afeta toda a renda familiar, restringindo ainda mais sua qualidade de vida e suas perspectivas educacionais e profissionais.

3. JOVENS: TRABALHO DURO E POUCO ESTUDO

Jovens de 10 a 19 anos correspondem a 18,9% da população da Grande São Paulo (1998). Somados aos 16,6% de crianças de 0 a 9 anos, verifica-se que praticamente **1/3 da população da região é extremamente jovem**. E são muitos jovens prematuramente convocados para o trabalho, o que repercute negativamente no processo de escolarização: 1/3 dos jovens brasileiros entre 13 e 17 anos trabalham¹⁰, índice que, na América Latina, só está acima do paraguaio (31,4%)¹¹. E certamente só conseguem trabalhos de baixa qualificação e rendimentos reduzidos.

Por conseqüência, a participação e o progresso escolares ainda são críticos em São Paulo, permanecendo, em 1996, uma taxa de analfabetismo de 10,2%¹². Apenas 10,6% da população estudam 12 anos ou mais, para 33,3% que só cursam de 1 a 4 anos, e 28,2% de 5 a 8 anos. Logo, **mais de 60% das pessoas não alcançam o Ensino Médio**, embora a partir de 1996 esteja aumentando a demanda por ele em São Paulo. **A maior procura, entretanto, é para o período noturno**¹³, confirmando o ingresso precoce no mundo do trabalho, e em condições profissionais adversas.

E no caso da “elite” juvenil que freqüenta a escola, não se pode desconsiderar as deficientes condições pedagógicas e mesmo ambientais de

⁹ Fonte: IBGE—Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar—PNAD, 1999, in *Folha de S.Paulo*, pag **B1**, 21 de julho de 2.000.

¹⁰ Cepal, *Panorama Social da América Latina 1998*, dados para 1995, Internet.

¹¹ No Chile esta porcentagem é de 4,6%, na Argentina 9,6% e no Uruguai 14,7%.

¹² Em 1995, a taxa brasileira de analfabetismo era de **16,7%** (IDH) e a dos países de grande desenvolvimento humano era de 4,3%.

¹³ Fonte: SEE/CIE, *Ensino Médio, Contribuição para Futuros Estudos*, 06/98, mimeo, pag.10.

muitos estabelecimentos de ensino público, freqüentados pela maioria, principalmente os situados em bairros periféricos das metrópoles. Em muitos casos, a realidade escolar (aulas sem atrativos, faltas constantes de professores com duplo emprego, etc.) desestimula o interesse pelo estudo, além de forçar o convívio em ambientes degradados (poucos equipamentos escolares, espaços físicos destruídos, banheiros abandonados, etc.)¹⁴.

4. JUVENTUDE MORRENDO NO ANONIMATO

O Brasil e especificamente São Paulo vêm assistindo a um incremento da violência social. Frise-se a palavra violência – e não delinqüência. E esta é uma diferença relevante. Eis alguns fatos:

- Segunda a Secretaria da Segurança Pública de São Paulo, no primeiro semestre de 1999, **diminuiu o número de roubos e furtos**¹⁵, mas **aumentou o de homicídios**¹⁶ e os roubos e furtos de veículos, o que pode ser visto como sintoma de mais violência social e expansão do crime organizado (na área de veículos), revelando um perfil de criminalidade ascendente que não corresponde automática e simplisticamente ao binômio miséria = crimes contra o patrimônio, embora entre os bairros da Capital mais violentos estejam os periféricos pobres (como Capão Redondo, Parelheiros etc.), mas em função de outros mecanismos perversos da pobreza, que serão mencionados mais adiante;
- Durante a década de 80, as taxas de homicídio brasileiras cresceram de 11,5 para 19,7 por 100 mil hab.. Na América Latina, só a Colômbia bate a taxa nacional brasileira (89,5 no início dos anos 90). Parceiros do

¹⁴ Correlacionando condições ambientais de estabelecimentos de ensino e rendimento escolar, recente pesquisa de Julio Jacobo Waiselfisz (Unesco) em 440 escolas revela que, em países como o Brasil, no qual nem todas as escolas possuem o mínimo de equipamentos necessários, o ambiente escolar influencia diretamente o rendimento dos alunos: **a proficiência aumenta na medida em que cresce o número de ambientes escolares disponíveis**. E em países não desenvolvidos (conforme revela o Banco Mundial), o impacto da escola é elemento decisivo na formação dos alunos – enquanto que, em nações ricas, os pais seriam os elementos mais determinantes, já que todas as escolas estão minimamente equipadas. Por conseqüência, em nações como o Brasil, mais decisiva ainda é a importância das políticas sociais e do desempenho do Estado na socialização juvenil, com ênfase na área de Educação, cuja rede pública atende à esmagadora maioria dos jovens brasileiros. É bem possível que uma melhora sensível na oferta de serviços e espaços nas escolas públicas – além do aperfeiçoamento didático-pedagógico – tenha imediata repercussão nas escolhas existenciais dos jovens paulistas, inclusive nos níveis de adesão à delinqüência. E certamente o mesmo pode-se dizer de outras políticas públicas – como as de lazer, esportes, cultura, transportes, conservação e iluminação de vias públicas, etc.– a espera de uma vontade política que as priorize.

¹⁵ Diminuição de -2,5% e -1,5% nos roubos e de -3,7% e -5,9% nos furtos, entre julho e agosto de 1999, na Grande São Paulo e na Capital, respectivamente.

¹⁶ Aumento de +1,3% e +2,5%, na Grande São Paulo e na Capital, no mesmo período.

Mercosul (Chile, Argentina, Uruguai e Paraguai) apresentam valores bem inferiores. No Estado de São Paulo, o crescimento da violência tem sido tão grande que se tornou a principal causa de mortalidade entre homens de 15 a 44 anos. De 1980 a 1997, a taxa anual de homicídios por 100 mil habitantes cresceu 212%, indo de 12,27 para 38,21¹⁷;

- Levantamento realizado em 49 países, pela Comissão sobre Prevenção de Crimes e Justiça Criminal da ONU, classificou **o Brasil como líder mundial em crimes cometidos com o emprego de armas de fogo**: campeão de mortes (agregado de homicídios, acidentes e suicídios), com 26,97 ocorrências por grupo de 100 mil hab.; e de roubos e assaltos realizados com armas, 127,35 casos por 100 mil hab¹⁸;
- A Cepal¹⁹ detectou como os três principais problemas de segurança nas cidades brasileiras, em 1998: 1) matanças e chacinas em conseqüência da guerra entre traficantes de drogas; 2) tráfico de drogas entre as escolas e entre adolescentes; 3) roubo a bancos e a transportes de cargas.

Nossos jovens estão, portanto, no olho do furacão e, como se percebe, alguns em promiscuidade com o crime organizado, tanto no tráfico de drogas, como em quadrilhas de assaltos a bancos e veículos. Não se está mais lidando, portanto, apenas com o ladrãozinho pobre que bate uma carteira e sai correndo. São quadrilhas organizadas, armadas e profissionais e que atuam muito próximo à juventude, pois freqüentemente envolvidas com tráfico de drogas. Além de representarem uma “oferta de emprego” bem remunerado²⁰ em um mercado de trabalho pouco atrativo para os adolescentes.

O excludente modelo de desenvolvimento econômico brasileiro tem se revelado, portanto, muito eficiente em transformar **camadas da população em solo fértil para a criminalidade**.

A sociedade brasileira contemporânea apresenta uma grande *gap* entre as expectativas e as reais possibilidades sócio-econômicas oferecidas aos filhos das classes populares, ou mesmo da classe média empobrecida, que é um bom caldo de cultura para a violência: o roubo pode se apresentar como uma alternativa ao trabalho, dentro de um modelo imediatista de conduta, típico de jovens – para que vou me esforçar para estudar e trabalhar, e depois ganhar uma miséria? Este pode ser tanto o raciocínio de um trabalhador de salário mínimo, quanto o de um

¹⁷ Andrade, Mônica Viegas (Universidade Federal de M.G.-UFMG) e Lisboa, Marcus (Fundação Getúlio Vargas – FGV/Rio), in *Estado de São Paulo*, pág C1, de 09/07/2000.

¹⁸ Entre crimes considerados graves, o Brasil só não é campeão no item assaltos sexuais com coerção de arma de fogo, categoria mundialmente liderada pela África do Sul.

¹⁹ Cepal, *Encuesta sobre seguridad ciudadana dirigida a las autoridades de 23 ciudades de América Latina y el Caribe, 1998*, in *Panorama Social da America Latina*, Cap. VI, 1999.

²⁰ “Avaliação de assistentes sociais apontam para ganhos diários de iniciantes no tráfico que podem ir facilmente além dos R\$100,00 por dia”(Estado de São Paulo, 9 de julho de 2.000, pág C3).

futuro médico da rede pública de saúde. E no caso dos que habitam em territórios físicos e sociais em que impera a lei do mais forte, esta idéia pode resultar em condições selvagens de vida social, contexto que a ampla disseminação de armas de fogo certamente tem favorecido.

Como contrapeso, qual é o modelo de comportamento positivo (ídolos, ideologias, personalidades, lideranças) que tem contrabalançado, entre os jovens, o desencanto com o sistema e atuado como antídoto a escolhas imediatistas, como a criminalidade? Pesquisas revelam que cantores de pagode, jogadores de futebol e grandes astros de TV são as personalidades mais admiradas pela adolescência brasileira. Além dos visíveis limites para a ampla multiplicação dessas opções de vida na sociedade brasileira atual, o fato revela a importância exacerbada da grande mídia na formação dos adolescentes. E este é um fator muito preocupante, tanto quando se considera a má qualidade didática da grande mídia nesta virada do século, como quando se percebe que ela talvez esteja deixando em segundo plano a escola e a família como influências fundamentais na socialização do indivíduo – o que certamente é facilitado por problemas atuais destas instituições: escolas inadequadas, famílias desestruturadas ou também extremamente sensíveis a idéias, hábitos e ídolos divulgados pela mídia, ou ainda desprovidas de ferramentas adequadas para inculcar valores sólidos em seus filhos, em função de suas próprias carências neste campo.

Mas é preciso ter sempre presente que não se pode fazer uma correlação simplista entre pobreza e criminalidade, pois são inúmeras e diversificadas as causas que estimulam violência social e, dependendo de cada localidade, elas têm pesos diferentes. Se os jovens mais pobres aparecem nas estatísticas oficiais como vítimas mais freqüentes da violência, isto pode resultar também do fato da polícia ser mais ausente e ineficiente na proteção dos moradores de regiões em que habitam e circulam pessoas carentes. Desmentindo correlações simplistas entre pobreza e crime, a maioria dos pobres tenta viver sua pobreza com dignidade, como atestam a existência de milhões de pobres no Brasil, enquanto os números de ocorrências criminosas referem-se a não mais do que uns milhares de bandidos. Por outro lado, não tem sido poucos os exemplos de violência entre jovens mais abonados, como bem ilustram “trotos” universitários com morte, vitimando calouros de faculdades de elite de São Paulo²¹.

Recente pesquisa²² focada nas correlações entre situação sócio-econômica e criminalidade, no Brasil, constatou que crises econômicas empurram os mais jovens para o crime, embora “não tire o adulto da vida honesta...É o filho adolescente dele que é empurrado para o crime”. E, pior ainda, “adolescentes, quando

²¹ É o caso da ainda não esclarecida morte por afogamento de um calouro da Faculdade de Medicina da USP, durante o “trote”, no início de 1999.

²² Andrade, Mônica Viegas (Universidade Federal de M.G.-UFMG) e Lisboa, Marcus (Fundação Getúlio Vargas_FGV/Rio), in *Estado de São Paulo*, pág C1, de 09/07/2000.

optam pelo crime, quase nunca retornam à vida de estudo e trabalho honestos, mesmo quando a economia se recupera”. Como arremate, os pesquisadores destacam que, com a melhora da economia, “as ondas de violência vão caindo lentamente, à medida que os jovens criminosos vão matando uns aos outros,... Na prática, é como se fosse uma pena de morte informal”. Em muitos casos, a polícia seria a responsável pelas mortes.

Quando esse ciclo atinge filhos de classes mais abastadas, é amplamente divulgado e acarreta reações sociais; quando envolve os mais pobres, as mortes não despertam grande interesse nem da mídia nem de organizações sociais influentes. E jovens carentes vão morrendo no anonimato. Nada se faz na área preventiva e, uma vez envolvido na malha dos desvios comportamentais, ao adolescente pobre geralmente só resta tentar adiar sua morte.

5. UM COTIDIANO MEDIADO PELA VIOLÊNCIA

Documento²³ elaborado pelo Banco Mundial²⁴ - BIRD - considera a atual evolução da violência social com muita apreensão, acreditando que os aumentos dos índices de criminalidade e violência nas Américas já estariam assumindo um caráter de epidemia.

Esta concepção de violência como epidemia social parte do princípio de que um fato social complexo não se expande linearmente, mas em ciclos, semelhantes aos observados em epidemias, cuja explosão obedece “ao princípio do *tipping point*, ou seja, do momento em que o líquido transborda.(.....) De repente, um aumento milimétrico da inclinação (de uma garrafa com líquido, por exemplo) pode produzir um dilúvio inesperado... completamente fora de proporção com o último gesto. O ponto onde isso acontece é o *tipping point*” (Calligaris, 1996)²⁵.

Embora todas as camadas da população acabem vitimadas pelo quadro epidêmico de violência, **as grandes vítimas têm sido os grupos em situação de maior vulnerabilidade social**: o documento do BIRD destaca uma maior incidência desta moléstia entre jovens e contra mulheres – considerados como grupos de risco – das camadas mais carentes da população. Adolescentes pobres costumam aderir (ter seu *tipping point*) à violência e à criminalidade no momento

²³ Apresentado em seminário promovido pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento–BID: “O Desafio da Violência Criminal Urbana”, Governo do Estado do Rio de Janeiro e BID, Rio de Janeiro, Março de 1997.

²⁴ The World Bank, *Crime and Violence as Development Issues in Latin America and the Caribbean*, Rio de Janeiro, Março de 1997, mimeo.

²⁵ Calligaris, Contardo; “A praga escravagista Brasileira”, in *Folha de São Paulo*, 22 de setembro de 1996, mencionando artigo de Malcolm Gladwell, do *The New Yorker*, de 3 de julho de 1966.

em que algum fator os leva a desacreditar nas regras do jogo, transformando a violência em principal mediadora de suas relações sociais cotidianas.

Complementando essa linha de raciocínio, Pinheiro²⁶ destaca que “em São Paulo e na maior parte das metrópoles latino-americanas, há uma correlação positiva entre as comunidades pobres e a mortalidade por causa violenta (.....) a população vive em moradias precárias, com insegurança no acesso ao trabalho, à renda e aos serviços básicos. Além disso, o Estado, em particular as agências encarregadas da ordem e da pacificação estão ausentes nessas pré-cidades, os excluídos abandonados socialmente a sua sorte.” É neste estado de coisas que **a violência pode passar a intermediar as relações sociais**, pois “sempre que o monopólio da violência física legítima do Estado se afrouxa, a sobrevivência do indivíduo depende da capacidade de manter sua reputação por meio de uma ‘ameaça crível de violência’”. **Quando as “restrições sociais são relaxadas, e a violência é considerada um meio usual de resolução de conflitos, recorrer a atos de violência para resolver disputas na verdade pode ser encorajado”**; uma mera afronta cotidiana pode assumir importância dentro dos mecanismos de manutenção de reputação e *status* face à comunidade. Este seria o processo perverso em desenvolvimento acelerado nas metrópoles do Brasil que, cada vez mais, expõem sintomas de violência em suas relações sociais²⁷, com mais impacto entre os jovens. Uma média de 102 deles, entre 15 e 24 anos, são assassinados para cada grupo de 100 mil habitantes da mesma faixa etária na cidade de São Paulo; e entre os mais pobres os números atingem proporções alarmantes, chegando a 222 jovens por 100 mil habitantes, o que equivale a mais de dez vezes a média nacional de homicídios ou quatro vezes a de São Paulo²⁸.

E a situação parece ainda mais crítica quando se sabe que o Brasil é um país rejuvenescido: o percentual de jovens cresceu tanto nos últimos 30 anos, que alterou a pirâmide populacional tradicional, aproximando-a da forma de cone, com a base mais estreita, uma vez que desde 1970 o índice de crescimento da população vem declinando. Correspondem a mais de 20% da população brasileira.

E como são diversas as causas dessa endemia social que contamina adolescentes, trata-se de um fenômeno complexo que, como destacam inúmeros especialistas, **não pode ser combatido com uma só vacina e/ou remédio universal** – como a Polícia, por exemplo.

²⁶ Pinheiro, Paulo Sergio; in *Folha de São Paulo*, 22/09/1996.

²⁷ Para informações sobre o tema leia: Zaluar, Alba; Albuquerque C.N; Noronha, J.de Carvalho; “Pobreza não gera violência”, in *Ciência Hoje*, Vol.20, nº115, nov.1995, e Camargo, A.B.M.; Ortiz, Luiz P., Fonseca, L.M.; “Evolução da Mortalidade por Acidentes e Violências em Áreas Metropolitanas”, in Monteiro, C.A (org.), *Velhos e Novos Males de Saúde no Brasil, Huicitec/Nupens/USP, S.Paulo, 1995*.

²⁸ Pinheiro, Paulo Sergio; “As relações Criminosas”, in *Folha de S. Paulo*, 22 de Setembro de 1996.

6. MAIS ABONADOS E MAIS VIOLENTOS

O Perfil do Jovem Infrator paulista, traçado a partir dos internos da Febem²⁹ (que abriga 45,8% dos internos de todo o país), revela que eles **são bem mais abonados** e socialmente inseridos do que pobres meninos de rua:

- 96,4% deles **são homens**;
- 60% **brancos** (para 21% de negros e 19% de pardos);
- 75,5% **tem família** e apenas 20% moravam nas ruas. Mas 50% só tem a mãe – 47% desses foram abandonados pelo pai e 26% são órfãos de pai –, e 11% só tem pai – 40% dos quais foram abandonados pela mãe e 42% são órfãos de mãe;
- Só 7,2% tem família com renda inferior a **1 SM**, e **27,1% apresentavam renda familiar acima de 7 SM**;
- 66,8% habitavam em **imóvel próprio**, e 77,7% em moradia com **infraestrutura completa**. 86% tem geladeira, 78% TV a cores, 65% aparelho de som, 21 % carro e 4,5% computador;
- Apenas 14,6 % dos **pais estão desempregados**;
- 12,3% dos pais são **analfabetos**, taxa próxima à média nacional.

No tocante às infrações cometidas, apresentam as seguintes características:

Jovem Infrator Detido, por Faixa Etária Estado de São Paulo, Setembro de 1999

Idade	%
12 a 13	1,6
14	4,8
15	11,8
16	24,5
17	34,4
18	18,4
19	3,2
20	0,4
21	—
Indeterminado	0,9
	100,0

Fonte: Febem, 1999

Jovem Infrator Detido, por Faixa Etária Estado de São Paulo, Setembro de 1999

Local	Primeira internação n°	%	Segunda internação n°	%
Capital	886	36,4	942	63,1
GSP	608	25,0	178	12,0
Interior	941	38,6	370	24,9
TOTAL	2.435	100,0	1.493	100,0

Fonte: Febem, 1999.

Origem do Jovem Infrator Estado de S. Paulo, Setembro 1999

Origem	%	Origem	%
Capital	46,3	Interior	34,7
Resto GSP	18,8	Outra UF	0,1
Indeterm.	0,1	Total	100,0

Fonte: Febem, 1999.

²⁹ Folha de São Paulo, 26/09/99.

FEBEM: MOTIVO DE INTERNAÇÃO
Estado de São Paulo, Setembro de 1999

Motivo	Nº	%
Roubo	2.360	60,1
Furto	269	6,8
Quebra de Medida	221	5,6
Tráfico de Drogas	218	5,5
Homicídio	197	5,0
Furto qualificado	142	3,6
Latrocínio	116	3,0
Porte de Arma	93	2,4
Tentativa de Homicídio	69	1,8
Porte ou Uso de Drogas	31	0,8
Estupro	29	0,7
Receptação	18	0,5
Atentado Violento ao Pudor	18	0,5
Lesão Corporal com Morte	14	0,4
Agressão	12	0,3
Falsidade Ideológica	9	0,2
Lesão Corporal Grave	7	0,2
Dano ao Patrimônio	7	0,2
Extorsão	7	0,2
Seqüestro	7	0,2
Extorsão mediante Seqüestro	6	0,2
Ameaça de morte	5	0,1
Estelionato	4	0,1
Violação de domicílio	4	0,1
Desvio de Conduta	3	0,1
Não Determinado	62	1,6

Fontes: Febem, in *Folha de São Paulo*, 26/09/99.

Os internados na Febem, porém, representam apenas **em torno de 6 a 7% do total de infrações julgadas pelo Tribunal de Justiça**. A maioria dos infratores é sentenciada a outros tipos de medidas sócio-educativas, conforme a tabela a seguir:

Penas Aplicadas pelo Judiciário
Estado de São Paulo
1995-99
em%

Ano	Nº Infrações Julgadas	PENAS						
		Perdão	Advertência	Liberdade Assistida	Prestação de Serviços	Internação	Semi-Liberdade	Reparação de danos
1995	45.916	37,1	32,2	14,0	7,0	5,7	2,8	1,2
1996	47.480	37,2	32,5	15,4	7,4	5,4	1,1	1,0
1997	52.051	38,6	29,6	15,5	9,4	5,7	0,6	1,1
1998	56.130	41,0	25,2	15,2	9,7	7,1	0,8	1,0
1999(*)	38.931	43,1	22,5	14,4	12,0	6,2	1,2	1,0

Fonte: Febem e Faculdade de Saúde Pública da USP, 1999, in *Folha de São Paulo*, 31/10/99, pág 33.

(*) Até 31/6/99.

Desde 1995 tem ocorrido, portanto, um aumento constante do número de infrações, mais acelerado a partir de 98 e explodindo em 99. Mesmo assim, como em 1998 o número de jovens de 10 a 19 anos no Estado era de 6.590.420 (Fundação Seade), ao falar dos que cometeram infrações, está se referindo a cerca de **0,85%** dos jovens paulistas, em torno de 7% dos quais serão internados, ou seja, **0, 60%** da juventude de São Paulo. **Isto evidencia que o verdadeiro temor da sociedade, quando se menciona a violência juvenil contemporânea, é sobretudo um problema qualitativo – os níveis de violência exibidos por alguns** (em roubos, homicídios) – e não quantitativo. E resulta mais da repercussão pública de casos em que jovem assaltante não hesita em metralhar vítima desarmada, do que da preocupação com as terríveis chacinas de jovens em favelas ou escolas pobres da periferia. Reflete sobretudo a sensação generalizada de que a polícia é incapaz de reprimir e prevenir qualquer um desses eventos, deixando a população largada a sua própria sorte. Moral da história: tem segurança quem a compra ou a conquista “na marra”.

7. ESTADO: COLOCANDO O LIXO DEBAIXO DO TAPETE

É inviável apresentar, no espaço de um artigo, um diagnóstico aprofundado sobre instituições públicas responsáveis pela Segurança Pública, inclusive porque demandaria pesquisa especial para suprir a falta de levantamentos sistemáticos sobre elas. Mas é válido tentar uma breve reflexão a partir das informações disponíveis, atitudes e providências que iluminam algumas pistas sobre a atuação daqueles órgãos.

No tocante à segurança pública, os últimos 15 anos assistiram a uma mudança estrutural no perfil dos conflitos predominantes que envolvem a atuação do Estado, em comparação com as décadas de 70 e início de 80. Encerrado o período autoritário, com seus desmandos, militarização na área de Segurança Pública e confronto bipolar truculento do Estado com contestadores do regime, observa-se a permanência de muitas dessas distorções – truculência e pouca sintonia com os conceitos de cidadania e comunidade – nos órgãos públicos encarregados da segurança pública. Mas socialmente predomina uma violência de tipo difuso, uma multipolaridade na qual o Estado é apenas um dos muitos atores destacados, que vem encontrando dificuldades de ajuste e para impor a lei. A debilidade, falta de coesão e incompetência que vem expondo, e não só na área exclusiva de Segurança Pública (polícia, presídios etc.), **não tem permitido ao Estado impor uma mediação pacífica dos conflitos sociais traduzidos em criminalidade, nem o adequado respeito à cidadania.**

Entre outras conseqüências nefastas, essas deficiências do poder público tem estimulado a “privatização” da segurança, com ricos pagando por ela e entrincheirando-se em guetos, enquanto em bairros pobres acaba se impondo a lei do mais forte, disseminando-se a justiça pelas próprias mãos – com extermi-

os, justiceiros e outras práticas terríveis similares, algumas delas com participação “extra-oficial” de elementos da própria polícia.

Não que tudo isto seja novo no Brasil. O regime autoritário não esteve imune à corrupção e à inoperância na área de Segurança Pública – ao contrário, muitas distorções atuais são heranças daquele período – ocorre que a cobrança – assim como a desilusão – por uma Justiça e uma polícia eficientes e que respeite a cidadania, bem como por políticas sociais adequadas, certamente é muito maior e socialmente mais visível em relação a governos democraticamente eleitos. Da mesma forma, com o término da censura, ficam acessíveis para toda a população informações que expõem publicamente os fatos.

Judiciário

Responsáveis pelo julgamento de atos infracionais cometidos por jovens, observa-se que as Varas da Infância e da Juventude têm exibido uma postura de evitar internações – que correspondem, em 1999, a entre 5 e 7 % dos casos julgados. Muitas ocorrências são perdoadas (cerca de 43%) ou limitam-se a receber advertências (cerca de 20% dos casos). Também se observa um aumento de 1/3 das penas de prestação de serviços, sugerindo uma outra tendência do Judiciário.

O Tribunal de Justiça também tem ensaiado algumas medidas modernizadoras dos serviços das Varas da Infância e da Juventude, tentando, por exemplo, planejar mais adequadamente, pelo menos no tocante a avaliação e melhor distribuição de recursos humanos, os serviços sociais oferecidos e as informações que eles geram. Estas iniciativas, entretanto, tem esbarrado em obstáculos e caminham lentamente³⁰.

Governo do Estado

Menores infratores condenados a internação tem sido entregues à Fundação Estadual do Bem Estar do Menor – FEBEM, órgão do Executivo Estadual.

A verba anual orçamentária prevista para a Febem, em 1999, foi de R\$171.123.474,00, o que significa uma previsão de custo mês do interno de R\$1.717,76. Mesmo assim, as unidades de internamento são superlotadas, o que se acentuou a partir de 1995. Em setembro de 1999, com rebeliões eclodindo, havia 1.366 internos (95,03% destes na Capital) além da capacidade de 3.276 vagas das unidades. O aumento da oferta de vagas não tem acompanhado, portanto, a demanda social.

³⁰ Falta o básico, uma rede computadorizada que acompanhe, *on line*, os serviços em seu movimento e quanto ao perfil da clientela. Definida e testada a planilha suporte do Sistema de Informações dos Serviços Auxiliares das Varas, o projeto aguarda recursos.

O mesmo descompasso pode ser observado com os recursos humanos da Febem. Desde 1995 houve um aumento de apenas 16% no quadro de pessoal, forçando cada monitor a cuidar de mais internos a cada ano. Cerca de 4.186 funcionários trabalham na instituição, incluindo em torno de 1.718 monitores, com escolaridade de 2º grau³¹. Com o aumento da escolaridade dos internos, emerge um novo problema na instituição, quando se pensa em obstáculos para que os monitores se imponham aos detentos, sem uso da força.

Os recursos materiais também não cresceram na proporção da demanda: 39,8% de aumento de recursos para 70% de elevação da demanda³².

Conseqüentemente, as condições de internamento exibem desleixo, superlotação, ambiente inadequado à ressocialização, ainda que o gasto seja elevado. Boa parte dos internos fica simplesmente depositada ociosamente na instituição, já que apenas 23% fazem curso de iniciação à profissionalização e 64% cursam o ensino fundamental³³. Não se pode afirmar que haja respeito integral ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

As crescentes fugas e rebeliões são mais um sintoma das inadequações da Febem:

**Número de fugitivos por ano da Febem
Estado de São Paulo
1995-99(**)**

<u>Ano</u>	<u>Fugitivos</u>
1995	861
1996	836
1997	1.378
1998	1.217
1999	2.252

Fonte: Febem, in *Folha de São Paulo*, 31/10/99.

(**) Até setembro de 1999.

Depois de cinco anos consecutivos de governo estadual da mesma coligação partidária (comandada pelo PSDB), marcados por alguns episódios sangrentos, em 1999 a administração do Estado passa a assumir publicamente um discurso por mudanças na Febem, acenando com a descentralização das unidades de internamento pelo Estado e com a possibilidade de, a longo prazo, trabalhar com unidades menores e efetivar uma triagem adequada por faixa etária e periculosidade

³¹ Recebem salário base médio de monitor de R\$701, 27, que pode dobrar com as horas extras (os do horário noturno ganham mais).

³² *Folha de São Paulo*, 31/10/99.

³³ Na Funcap do governo do Pará, por exemplo, este índice é de 90%.

dos jovens internos. São antigas reivindicações de especialistas da área a espera de uma vontade política que as transforme em política pública efetiva.

Enquanto as mudanças não se efetivam, 1999 terminou com medidas "tampão", como a desativação de uma Unidade problemática e seus internos emergencialmente abrigados em penitenciárias, e se rebelando³⁴.

O que efetivamente se assiste é a uma incapacidade (ou falta de vontade política) governamental, em todas as instâncias de governo, para definir e executar políticas que eduquem e integrem socialmente os jovens, sobretudo nos degradados espaços de miséria urbana. Como assinalou Dimenstein³⁵: "preste atenção no noticiário e veja se alguma autoridade de expressão, do presidente, passando por governadores, prefeitos e parlamentares, discutem propostas para integrar o jovem com baixa renda e escolaridade ao mercado de trabalho. É como se a guerra já estivesse perdida, nada houvesse para fazer – exceto encaná-lo. ... Tenta-se colocar o 'lixo' embaixo do tapete"³⁶.

Governos Municipais

Especialistas nacionais e internacionais são unânimes em apontar o poder local como instância privilegiada para desenvolver políticas públicas de prevenção à delinqüência juvenil. No tocante a Prefeitura Municipal de São Paulo – PMSP, cidade sede da maior parte das ocorrências adolescentes, não há providência relevante a mencionar. A criação da Guarda Municipal foi sua "grande" contribuição à Segurança Pública, o que deixa bem claro o enfoque eminentemente policial dado à questão pela prefeitura paulistana.

Outra medida da PMSP amplamente divulgada pela mídia, sempre na linha repressiva, é a lei que obriga bares e restaurantes a cerrar portas à 1 hora da manhã. Há certa unanimidade quanto a ineficiência desta medida, de difícil fiscalização, e que pode até se tornar um incentivo a "pressões fiscalizadoras" sobre proprietários de estabelecimentos em bairros mais abonados, mas de eficiência nula em outras regiões da cidade. Até porque estudos da Secretaria da Segurança têm revelado que o horário de maior ocorrências criminais tende a ser entre 20 e 24 horas. Talvez não seja injusto dizer, portanto, que a prefeitura de São Paulo

³⁴ Encerrando o ano, em 26/12/99, 262 internos da Febem colocados no Cadeião de Santo André se rebelaram por 17 horas, com um saldo de um morto e sete feridos, um em estado grave. No dia 21, a Justiça havia mandado desocupar o local em 30 dias no máximo, por considerá-lo impróprio para receber menores. Até o dia 27, a Febem não cumprira a ordem, alegando falta de instalações seguras para a transferência. O promotor da Infância e da Juventude Ebenezer Salgado Soares afirmou que o local não tem condições de abrigar menores porque foi projetado para presos adultos sentenciados. Considerou a irresponsabilidade do governo do Estado a causa da rebelião, pois não poderia ter transferido internos do Complexo Imigrantes da Febem para penitenciárias (*Folha de São Paulo*, 28/12/99, pág. 3/3).

³⁵ Dimenstein, Gilberto; "Porque o Brasil é uma Fábrica de Marginais", *Folha de São Paulo*, 26/12/99, pág. 3/8.

³⁶ Colocaria como exceção o governo de Christovam Buarque no Distrito Federal, que criou a bolsa escola, buscando pelo menos reter alunos, pagando para isto. Embora importante e premiado, o programa foi suspenso por seu sucessor, Joaquim Roriz.

tem se concentrado mais em demagogia repressiva do que em desenvolver políticas públicas eficientes. E isto sem falar de sua crise de governabilidade, com o oscilante processo de impeachment do prefeito, durante 2000.

As diversas experiências pontuais que já tenham sido desenvolvidas por outras prefeituras do Estado ainda estão aguardando um levantamento abrangente das mesmas, para posterior avaliação.

8. CONFORMISMO OU OUSADIA PARA MUDAR: QUAIS OS CENÁRIOS POSSÍVEIS?

Algumas propostas governamentais tornadas públicas, desde meados de 1999, permitem ousar o desenho de possíveis cenários para as políticas de segurança pública, no tocante à juventude, em um futuro imediato.

Governo Federal

As propostas federais são tímidas e não se afastam das discussões mais habituais sobre repressão, incluindo-se aí o Plano Nacional de Segurança, lançado em meados de 2000³⁷.

Manifestações do Ministério da Justiça³⁸ têm valorizado a discussão de eventuais reformas no *Código Penal (Folha de São Paulo, 15/10/99)*, na linha resumida pelo quadro a seguir, tratando especificamente dos jovens no tocante ao item responsabilidade penal:

Contravenção	Situação atual	Porque mudar:
Uso de drogas	Dar um cigarro de maconha configura tráfico, considerado crime hediondo	Diminuir pena e descaracterizar como hediondo
Crime ecológico	Matar um animal dá prisão sem direito de fiança	Abrandar este tipo de pena
Estelionato	Estelionatário tem benefícios de longo prazo, caso se proponha a pagar o que roubou	Tornar esta punição menos branda
Responsabilidade penal	Menores infratores são soltos ao completar 18 anos	Infratores devem ser acompanhados quando atingem a maioridade
Crime hediondo	Seqüestro e narcotráfico dão prisão em regime fechado, sem direito à revisão da pena	Lei deve ser revogada, por estimular fugas e rebeliões em presídios
Pena alternativas	Recurso pouco utilizado	Diminuir lotação dos presídios

³⁷ Este plano, por ser nacional e amplamente divulgado pelo governo federal, merece uma avaliação mais aprofundada, tendo-se reproduzido aqui apenas o impacto de uma primeira leitura e a maioria das manifestações coletadas pela mídia, imediatamente após o anúncio do Plano. O governador de São Paulo, Mário Covas, chegou a comentar que São Paulo se compromete a diminuir a criminalidade – uma exigência do plano para oferecer maiores recursos aos governos estaduais –, desde que o governo federal, comandado por Fernando Henrique Cardoso, se comprometa a diminuir o desemprego. Considerando que presidente e governador são do mesmo partido, parece que nem no PSDB o Plano foi bem recebido.

³⁸ Ainda durante a gestão do Ministro José Carlos Dias, depois substituído por José Gregory, aparentemente por entrar em rota de choque com outros setores do governo federal. Sob este novo comando, está difícil avaliar como essa proposta terá prosseguimento.

Aparentemente, a proposta do Ministério da Justiça – MJ – é uma tentativa de se contrapor a uma idéia que ganha força na sociedade, já defendida por um grupo de parlamentares: diminuir a idade para responsabilidade penal para 16 ou 14 anos. Segundo o MJ, até a criação do *Estatuto da Criança e do Adolescente*, em 1990, o extinto *Código de Menores* previa que o infrator que atingisse a maioria penal ficasse à disposição do juiz até completar 21 anos. O Ministério considera interessante aperfeiçoar este dispositivo. Também aventou a hipótese de nomear um grupo de juristas para repensar o *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

No tocante a políticas públicas federais, existem situações ilustrativas: a verba do Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente, vinculado à Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, apresentou dificuldades, em 1999, em despender as verbas orçamentárias previstas (R\$18 milhões previstos), para apoiar estados e municípios no atendimento a adolescentes infratores: 86% dos recursos foram bloqueados em decorrência do ajuste fiscal; com os 2,5 milhões restantes foram assinados convênios no valor de 1,5 milhão, mas nada havia sido repassado até o começo de outubro, há três meses do encerramento do ano fiscal³⁹. O Ministério alega que as causas do bloqueio e do pouco uso do dinheiro é a falta ou a lentidão de apresentação de projetos pelos Estados. Eis aí mais um tema que mereceria um estudo e acompanhamento aprofundados.

Em 1999, o Ministério da Justiça, através de seu Departamento da Criança e do Adolescente, alertou o governo de São Paulo para a necessidade de reformular seus sistemas de justiça, segurança e atendimento ao menor infrator, com a implantação de delegacias, varas criminais privativas e defensorias públicas especializadas no trato de jovens infratores. Até aquele ano, isto já teria ocorrido em quase todos os estados brasileiros⁴⁰.

Governo do Estado

Não se detecta sinais de mudanças significativas de rota⁴¹, mantendo-se a ênfase na repressão⁴², acrescida de ações emergenciais, quando necessário.

Mas a Secretaria da Segurança declara-se contra a revisão das responsabilidades penais e considera inadmissível pensar em menores cumprindo pena em presídios junto com adultos.

³⁹ *Folha de São Paulo*, 21/10/99.

⁴⁰ *Folha de São Paulo*, 30/10/99.

⁴¹ Reportagem da *Folha de São Paulo* de 27/7/200 (pág. C11), por exemplo, destaca que o sindicato dos funcionários da Febem denuncia a ocorrência de práticas de violência sexual entre internos sob responsabilidade da Fundação —como no Cadeão de Pinheiros, onde 12 funcionários apenas atendem a 300 internos; e vítima que abrir a boca está jurada de morte.

⁴² Salvo algumas políticas preventivas excepcionais, como o Projeto Guri, criado em 1995 pela Secretaria da Cultura, que desenvolve o potencial de crianças e adolescentes carentes através da música, atendendo a 7.000 deles em 27 pólos do Estado. Na mesma linha se insere a prioridade que passa a ser dada em 2000 ao Ensino Médio, pela Secretaria da Educação, apoiada por agências internacionais.

No tocante à Fundação Estadual de Bem Estar do Menor – Febem – o discurso de resposta à crise aguda do segundo semestre de 99 menciona as seguintes medidas:

- O governador declara (em 29/10/99) que passa a assumir pessoalmente o comando da Febem e que vai dedicar metade do seu tempo com a entidade;
- Descentralizar e informatizar as unidades da Fundação;
- Desenvolver atividades de esporte e cultura nas unidades;
- Colocar procuradores e formalizar convênios com faculdades de Direito, para promover verificação processual de cada menor;
- Entregar novas unidades para reduzir a superlotação, ao longo do ano 2000;
- Criar unidades menores, de cerca de 80 vagas, que permitam desenvolver atividades sócio-educativas;
- Criar um estabelecimento específico para adolescentes viciados em drogas.

Após o anúncio dessas propostas, houve mudança no comando da Secretaria de Estado responsável e novos temas, como terceirização e municipalização, afloraram na pasta.

Desconhece-se ênfase em programas específicos de caráter preventivo e de reforço à cidadania. Em um ato de boa vontade, pode-se considerar a prioridade da Secretaria de Educação de expansão do Ensino Médio, a ser implantada a partir de 2000, com apoio de recursos internacionais, como um bom programa preventivo.

Além deste desolador espectro de políticas públicas, qualquer tentativa de prever o futuro da delinquência juvenil no Brasil passa por uma reflexão sobre os cenários de violência social predominantes (a curto e médio prazos), considerando-se outros fatores intervenientes, de ordem econômica, política e social, assim como iniciativas da sociedade civil. O Estado pode reagir de diferentes maneiras a essas diversas situações, do que resultam diferentes cenários possíveis:

- a) resposta conservadora, com objetivos imediatos, basicamente apoiada na **repressão** à criminalidade pela polícia e por uma legislação dura;
- b) resposta transformadora, valorizando igualmente metas a médio e longo prazos, **apoiando ações diversificadas** que valorizem a prevenção da criminalidade, bem como a atuação da polícia associada com outras instâncias de organização pública e privada.

Cenário Conservador

A predominar este cenário, a situação da criminalidade tende a ser tratada essencialmente como um estado de guerra.

A ocorrência criminal que mais atemoriza a sociedade e suas autoridades é a que envolve delitos contra a propriedade antecidos de violência, nos quais jovens delinquentes são especialmente temidos, porque considerados fora de controle, por suposto envolvimento com drogas e *gangs* (grupos). O cenário conservador tende a deixar em segundo plano outros crimes, mesmo que resultem em tantas ou mais vítimas fatais – como acidentes de trânsito e atropelamentos, chacinas ou mesmo crimes ecológicos. Isto sem falar na “vista grossa” com relação a crimes de colarinho branco, que podem atingir negativamente a vida de todos os cidadãos, muitas vezes com conseqüências de vida ou morte. O que faz mais vítimas, furtos e roubos ou superfaturamento em obras públicas, fiscais da prefeitura corruptos, postos de saúde do Plano de Assistência à Saúde – PAS – da Prefeitura desativados por improbidade administrativa?

Para o pensamento conservador, parece mais grave um carro roubado do que corrupção em órgãos públicos, suborno de parlamentares no Congresso Nacional, tortuoso processo de privatização de empresas etc.

E neste cenário, o temor social ao roubo e furto passa a ser tão forte, que pode sofrer um efeito multiplicador que resulte no entendimento generalizado de que, para resolver o problema da delinquência, aí incluída a juvenil, deve-se aumentar a confrontação e o castigo. Para não falar em movimentos de defesa da pena de morte. Também serve de adubo à proliferação de grupos paramilitares de justiceiros, para “limpar as ruas”.

Nesta visão de mundo, delinquentes não têm qualquer direito, devem ser sumariamente julgados, com aplicação irrestrita de prisão preventiva e penas severíssimas. Qualquer preocupação com direitos humanos e convenções internacionais de Direito equivale a “dar pão de ló para bandido”. O pensamento conservador tende a considerar um luxo desnecessário as garantias processuais que permitem a correta aplicação da lei para todos (inclusive delinquentes).

E esta percepção acaba permeando tanto diversas camadas da sociedade civil, como organismos encarregados da Justiça e de ressocialização.

O pensamento conservador não considera que os sistemas penais mais repressivos, que desconhecem os direitos dos acusados, não têm se revelado mais eficientes para tutelar os direitos do cidadão comum e, ao contrário, tendem a aumentar a violência e a impunidade. Regimes militares repressores, como ocorreram recentemente na América Latina, são exemplo disto: não só deixaram muitos cidadãos desamparados⁴³, como estimularam ou criaram órgãos públicos de segurança habituados a atuar acima da lei, muitos deles truculentos e/ou corruptos, que deixaram seqüelas e suspeitas sobre a Polícia e mesmo o Exérci-

⁴³ Um Secretário da Segurança paulista à época (Dr. Gonzaga), não hesitou em sugerir que as pessoas andassem armadas, se queriam segurança. Outro, o Coronel Erasmo Dias, não pensou duas vezes antes de mandar invadir a Pontifícia Universidade Católica-PUC, causando várias vítimas, já que muitos estudantes eram de oposição ao governo autoritário.

to⁴⁴, que ainda persistem. O autoritarismo abriu espaço para impunidade e desvirtuamentos nos órgãos de segurança latino-americanos, pois foram autorizados (ou assimilados) assassinatos realizados por organismos do Estado.

Difícil crer que nasça, neste caldeirão nebuloso, uma Polícia democrática, comunitária e respeitadora da cidadania. O mais provável é a proliferação de episódios de policiamento selvagem – como na chacina da Candelária, no Rio de Janeiro – e a permanência de uma fronteira fluída entre Polícia e crime, como têm revelado os inúmeros episódios de policiais envolvidos com criminalidade.

Em um cenário conservador, as respostas habituais ao problema da delinqüência juvenil costumam ser:

- Aumentar e militarizar a polícia;
- Aumentar e endurecer as penas;
- Aumentar o número de pessoas detidas.

A continuar a linha atual de atuação das diferentes instâncias de governo no Brasil, este será o cenário predominante na virada do século.

Cenário Transformador

- Considera que o problema da violência e da criminalidade é complexo e extrapola o âmbito da repressão e do castigo;
- Assume também a prevenção, em vez de concentrar só repressão, como política de governo, envolvendo esforços institucionais de peso e consistentes;
- Concorde que o endurecimento penal nunca mostrou mais eficácia para diminuir os níveis de delinqüência, pois o tamanho da pena só costuma intimidar eventuais praticantes de alguns tipos de crimes – como consumo de drogas e homicídio –, não existindo uma relação comprovada entre gravidade da sanção e desestímulo ao ato criminoso, como bem comprova a proliferação de traficantes de drogas no mundo todo;
- Não “joga todas as fichas” da área de segurança em um maior número de detenções, na rápida retirada de circulação, muitas vezes sem respeito ou critério, do maior número de bandidos. Considera que não está comprovado que quanto mais presos existem, menos delitos ocorrem, pois os Estados Unidos, campeões em número de cadeias e de criminalidade, comprovariam o contrário, enquanto estudos mostram que países que exacerbam na prisão preventiva não só não diminuem a criminalidade, como criam novos problemas, como a superlotação prisional e suas notó-

⁴⁴ Vide o rumoroso caso da bomba que explodiu no Rio Centro, durante um show popular para multidões, e que só não virou uma chacina porque o dispositivo explodiu antes, nas mãos dos militares que o ativaram.

rias conseqüências nefastas – a prisão, mais do que reeducar, é uma escola de crimes e fonte de rotulamento de quem por lá passou, transformando muitos presos em criminosos mais perigosos e de difícil reinserção social;

- Minimiza o uso do sistema de Justiça tradicional e do encarceramento, estimulando outras soluções e meios de ajuda a delinqüentes, antes de colocá-los em frente do juiz;
- Valoriza a aplicação de penas alternativas;
- Está sempre alerta para que a punição não seja desproporcional ao delito cometido;
- Garante ao menor infrator todos os direitos humanos;
- Estimula a ação em outras áreas de políticas públicas, procurando e testando alternativas viáveis no campo da prevenção e reinserção social;
- Profissionaliza e especializa uma polícia para menores.

Em apoio a uma postura transformadora, o Banco Mundial destaca cinco áreas de políticas públicas a serem prontamente consideradas para reverter uma epidemia de violência na América Latina, pois um fracasso neste combate pode se transformar em obstáculo intransponível para se alcançar o desejado crescimento econômico e social.

São elas:

- redução da pobreza urbana (melhor remuneração, mais emprego);
- esforços específicos junto a “grupos de risco”, privilegiando-se camadas mais vulneráveis, como adolescentes e mulheres;
- esforços para construir e reconstruir o capital social;
- **reforço da capacidade municipal de enfrentar o crime e a violência**, incluindo programas que envolvam a comunidade;
- reformas do sistema de justiça criminal.

Pelas respostas institucionais mais visíveis no atual cenário brasileiro e paulista, a condução pública da questão da criminalidade jovem não aponta, a curto prazo, para um cenário transformador. E certamente as escolhas feitas terão conseqüências decisivas no tocante à coesão do tecido social e à qualidade e segurança da vida brasileira. Sempre há uma possibilidade de que a ação de algumas parcelas da sociedade (ONGs, associações de classe, clube de mães, entidades religiosas, universidades etc.), a pressão de poderosas agências financiadoras internacionais e/ou mudanças políticas significativas consigam introduzir, a médio prazo, elementos transformadores na tendência hegemônica atual. Mas permanece a ameaça de que as coisas ainda possam ficar dramaticamente mais conservadoras, caso a população em desespero reaja à insegurança social votando maciçamente em políticos de conduta ética questionada, fantasiados de xerife e espumando pela pena de morte. Não creio em bruxas, *pero que las hay, las hay...*



DOUTRINA
(Procuradores do Estado do
Rio Grande do Sul)





A INADIMPLÊNCIA SISTEMÁTICA DO ICMS COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

Ricardo Seibel*

1. Considerações introdutórias
 2. A ordem econômica na Constituição de 1988
 3. A defesa da concorrência no ordenamento jurídico pátrio
 4. A regra do interesse social
 5. A harmonização dos preceitos nucleares
 6. O inadimplemento sistemático de ICMS como infração à ordem econômica
 7. A necessidade de defesa da concorrência e do interesse social
 8. Conclusão
- Bibliografia

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul



1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho tem por objeto a caracterização, sob o enfoque das regras de Direito Econômico, da conduta consistente no inadimplemento sistemático e contumaz de ICMS como infração à ordem econômica, que justificaria a atuação estatal nesse domínio.

Inicialmente, partindo de uma conceituação de Direito Econômico proposta, há de ser ressaltada a posição e a relevância do tema frente à Constituição Federal de 1988, especialmente no que toca aos princípios, fundamentos e finalidades da ordem econômica dentro do Estado Democrático de Direito. Estabelecido o cenário da ordem econômica no direito pátrio, é imperioso analisar a sistemática de apuração e pagamento do ICMS, e constatar, no plano prático, a existência de empresas que, apesar de informarem aos órgãos de fiscalização do ente federativo o montante de tributo devido ao final de cada período de apuração, nenhum pagamento realizam. Ocorre, contudo, que, muitas vezes, essa situação, ao invés de ser meramente esporádica ou eventual, passa a ser sistemática e duradoura, com sensível prejuízo às finanças públicas.

No presente, entretanto, não se quer cogitar das perdas pecuniárias diretas advindas ao erário público, que emergem de forma clara, em razão da adoção dessa espécie de estratégia empresarial. O objeto, como foi referido anteriormente, é análise da existência de infração à ordem econômica, coibível pelas normas de defesa da concorrência, posto que este tema realmente interessa ao ramo direito em pauta.

O sistema tributário vigente em certo ordenamento jurídico, especialmente quando impõe uma carga fiscal elevada, como é o caso do Brasil, constitui um importante condicionador dos preços de mercado de bens e serviços. Assim, a prática reiterada de inadimplência de ICMS por determinadas empresas poderia afetar a concorrência no mercado. Conforme será especificado, a infração à ordem econômica pode se apresentar, nesses casos, sob duas formas básicas: (a) o aumento arbitrário de lucros; e (b) a prática de preços predatórios, com prejuízo à concorrência.

A consideração do tema se fará sob o prisma dos preceitos nucleares da ordem econômica e das regras de Direito Econômico, em especial aquela concernente ao interesse social.¹

2. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Direito Econômico, entendido como ramo do direito que tem por objeto o tratamento jurídico dos atos e instrumentos de política econômica, deve ser

¹ Souza, Washington Peluso Albino: *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, pp. 130-142.

compreendido, dessa forma, como conjunto de normas de conteúdo econômico, que assegure a defesa dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica.²

Em nosso País, por advento da Constituição Federal de 1988, há de se considerar esse campo da ciência jurídica como um verdadeiro subsistema normativo, adequando-se, de forma precisa, ao conceito de constituição econômica, definida, por J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, como conjunto de normas e princípios constitucionais relativos à economia, caracterizando a forma basilar de sua organização, principais regras de funcionamento, esferas de ação dos sujeitos econômicos e grandes objetivos de políticas econômicas.³

O cerne das normas de Direito Econômico existentes na Constituição se encontra no art. 170, em que a redação do *caput*⁴ revela as características básicas da ordem econômica: (i) sua finalidade, que seria assegurar a todos uma existência digna; (ii) seus fundamentos, que seriam a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa; (iii) seu meio de atuação, que seria a justiça social; (iv) seus princípios gerais, que estão arrolados nos IX incisos do mencionado dispositivo.⁵

Importante referir, relativamente a esses elementos nucleares, que a dignidade da pessoa humana, e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem, também, fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, conforme disposição do art. 1º, incisos III e IV, da CF/88. Da mesma forma, a justiça social foi elevada a objetivo da nação, na forma do inciso I do art. 3º da Carta Política.

3. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Apesar de a livre iniciativa ser um dos fundamentos, e a liberdade de concorrência um dos princípios da atividade econômica, não se pode chegar à conclusão, por muitos defendida, de que o mercado espontaneamente regula a

² Souza, Washington Peluso Albino: *Direito Econômico*, Saraiva, 1980, pp. 3-49. Camargo, Ricardo Lucas, *Breve Introdução ao Direito Econômico*, Sergio Antônio Fabris Editora, 1983, pp. 37 e ss.

³ Canotilho, J.J. Gomes e Moreira, Vital: *Fundamentos da Constituição*, 1991, Coimbra Ed.

⁴ Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II- propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

⁵ Rios, Roger Raupp: *Ordem Econômica, Sociabilidade e os Mass Media na Constituição da República de 1988*. Internet. Palestra Proferida no curso de extensão *Direito Público e Desenvolvimento – A Ordem Econômica na Constituição de 1988, promovido pelo Departamento de Direito Público da UFRGS, em 18 de maio de 1996.*

competição e de que a intervenção do Poder Público seja totalmente desnecessária. Dizer que existe livre iniciativa e liberdade de concorrência, não significa dizer que está assegurada a iniciativa sem limites e a concorrência desleal, sendo que nem todas as práticas e condutas adotadas por aqueles que participam do mercado devem ser toleradas. Dessa forma, é necessário que haja uma certa intervenção do Poder Público na economia, a fim de que sejam, até mesmo, garantidas as liberdades de iniciativa e concorrência, bem como os demais elementos nucleares da ordem econômica, uma vez que a ocorrência de algumas práticas desvirtuadoras fere o direito subjetivo daqueles que, ao lançarem-se no mercado, o fazem sob o manto certo da proteção dos princípios da Constituição referente ao livre mercado⁶.

É o entendimento também do autor português Luis S. Cabral Moncada⁷: “o que se pretende é que o mercado se torne concorrencial, ou seja que exista uma verdadeira liberdade de escolha da parte do consumidor, competindo aos Poderes Públicos criar um estado concorrencial medido pela efectiva pluralidade de vendedores e compradores para os mesmos produtos, de modo a que possa existir autêntica liberdade de escolha. É esta liberdade o objetivo genérico da legislação de defesa da concorrência, não já uma liberdade espontânea, imanente ao desenrolar das trocas econômicas, mas verdadeiramente criada e sancionada pela lei.”

Nesse sentido, nossa Constituição, no Título dedicado à ordem econômica, em seu artigo 173, § 4º, dispõe que a lei reprimirá o abuso do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Ao ser promulgada a Constituição de 1988, a então vigente Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, foi recepcionada naquilo em que não conflitava com a nova Carta, e continuou a ser o diploma vigente em matéria de repressão ao abuso do poder econômico. Em 8 de janeiro de 1991, surgiu uma nova norma de defesa da concorrência, a Lei nº 8.158, que devido às inúmeras críticas que recebeu foi logo substituída pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Esta lei, que revogou expressamente as anteriores, é ainda a norma vigente a respeito da matéria, com algumas modificações posteriores, especialmente das Leis nº 9.021/95 e 9.069/95.

A chamada legislação antitruste nacional, juntamente com as normas de defesa do consumidor e os acordos internacionais, como, por exemplo, o GATT são os principais instrumentos de que dispõe o Poder Público para, através de seus órgãos administrativos e judiciais, controlar e punir práticas abusivas e lesivas à nação, ao mercado ou ao consumidor.

⁶ Bastos, Celso Ribeiro: *Caderno de Ciências Políticas e Constitucionais nº 11/95*, Ed. Revista dos Tribunais, Parecer elaborado em atenção a Consulta formulada pelo Sindicato dos Panificadores.

⁷ Moncada, Luis S. Cabral de: *Direito Econômico*. Coimbra. Coimbra Ed. 1988.

O Capítulo II da Lei nº 8.884 é dedicado a caracterizar as infrações da ordem econômica, sendo que o art. 20⁸ define, por seus efeitos, os atos que, genericamente, podem configurar infração à ordem econômica. Analisando tal dispositivo, constata-se que a responsabilidade pela prática dos referidos atos é objetiva, ou seja, prescinde da existência de culpa, bastando sua simples ocorrência para que se configure a infração. Além disso, não é necessário que tais atos produzam os efeitos elencados, nem mesmo que tenham a finalidade de produzi-los, basta que haja a possibilidade de ocorrência dos efeitos.

O artigo 21 tipifica condutas, exemplificativamente, que configuram, de forma clara, as infrações do artigo 20. Entre elas, nos interessam, precipuamente, as seguintes: (i) inciso XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo; (ii) inciso IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (iii) inciso V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.

4. A REGRA DO INTERESSE SOCIAL

Considerando o quadro normativo acima delineado, é importante analisar a questão proposta sob a ótica da regra do interesse social, que, nos consagrados ensinamentos de Washington Albino Peluso de Souza⁹, deve informar as relações abrangidas pelo Direito Econômico. De fato, segundo o autor citado, as normas postas em leis não esgotam as regras necessárias de aplicação do direito à realidade, cabendo ao estudioso identificá-las, com o fito de facilitar sua tarefa. Entre as diversas regras enunciadas em sua obra, merece especial relevo, na espécie, aquela atinente ao interesse social.

Tal regra é assim enunciada: “*O Direito Econômico toma o interesse social como fundamento dos seus ‘juízos de valor’ e por essa orientação procura realizar os princípios da Justiça Distributiva*”.

Entendendo o Direito Econômico como conjunto de normas que regula interesses públicos e privados, individuais e coletivos, muitas vezes contrapostos, há necessidade de conciliar as políticas econômicas com a justiça social, valendo dizer que no sempre almejado equilíbrio entre o particular e o coletivo, é indispensável dar prevalência a este último.

⁸ Art. 20 - Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

⁹ Ob. cit (nota 1).

A regra do interesse social, portanto, extraída do ordenamento jurídico, tem sua base no próprio princípio da justiça social que, conforme antes referido, é objetivo da República Federativa do Brasil e meio de atuação constitucionalmente eleito para a afirmação da ordem econômica. Nesse sentido, legitima-se a atuação do Poder Público, em dada relação que interessa ao Direito Econômico, quando, existente conflito nessa área, entre interesses particulares e coletivos. A solução correta, nessa hipótese, deve atender à regra do interesse social, procurando harmonizar, da melhor forma possível, os preceitos nucleares da ordem econômica, viabilizando, através da justiça social, a existência digna a todos, com observância dos fundamentos e princípios da atividade econômica.

5. A HARMONIZAÇÃO DOS PRECEITOS NUCLEARES

Diante da densidade dos preceitos eleitos pelo constituinte como elementos nucleares da ordem econômica, necessária a harmonização entre esses, sob pena de interpretarmos a Constituição de modo a tornar inconciliável seu texto e imprestáveis, no plano da efetividade social, seus mandamentos. Nesse sentido, saliente-se a utilidade dos princípios da unidade da constituição e da máxima efetividade¹⁰, como métodos interpretativos, que impõem a análise do texto constitucional de forma sistemática e total, nunca independente e parcial, sempre com vistas a dar efetivo cumprimento às disposições examinadas.

Tal processo de interpretação é indispensável, sobretudo, na questão atinente à livre iniciativa. De fato, a colocação da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica e da própria República Federativa do Brasil, poderia conduzir ao equivocado entendimento de que tal liberdade é absoluta, não deixando espaço para qualquer atuação estatal no domínio econômico, além daquela expressamente prevista pela Carta. A livre iniciativa, portanto, não pode ser concebida de forma estritamente liberal, ou em desconsideração com os demais princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.¹¹ No aspecto, importante observar que a Carta Constitucional dá relevo ao valor social da livre iniciativa e não propriamente à iniciativa livre, ampla e irrestrita¹².

Por sua vez, Ruy Cirne Lima¹³ lembra, a respeito do tema, que não existem direitos absolutos ou ilimitados, pois a norma pode, previamente, estabelecer li-

¹⁰ Canotilho, J.J. Gomes: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 3ª Ed., p. 1148.

¹¹ Faria. Werter R.: *Constituição Econômica, Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, pp. 108-110.

¹² Grau, Eros Roberto: *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Malheiros, 1988, 5ª Ed., p. 226.

¹³ Lima, Ruy Cirne: *Princípios de Direito Administrativo*, 6ª Edição, p. 105, Ed. Revista dos Tribunais

mitações em certos direitos, que passarão a compor o seu próprio perfil, respeitada sempre a Lei Maior: “O que devemos, entretanto, assinalar é que, na idéia de garantia de um direito, vai implícita a possibilidade de limitação desse direito ou do respectivo exercício. Consistirá a limitação em restrição consentida pelo indivíduo, ou provirá, talvez, de norma ou ato do poder público. Umhas e outras, contudo, hão de conservar-se dentro da medida, que a ordem jurídica prefixa.”

Nesse sentido, temos que a livre iniciativa somente é legítima quando conduz a uma situação de dignificação de todos, através da justiça social, pois se tal liberdade é fundamento de uma ordem econômica, não pode ser completamente desvinculada da finalidade e do modo de atuação consagrados para esse mesmo subsistema normativo. Da mesma forma, a livre iniciativa que conduz ao desequilíbrio da concorrência, ao desrespeito ao consumidor, e ao aumento arbitrário de lucros do empresário, não atendendo à dignidade de todos, como finalidade do ordenamento, nem respeitando a justiça social, como veículo de atuação, não tem amparo constitucional, devendo ser coibida pelo Poder Público. Negar ao Estado poderes de atuação contra essa espécie de conduta nociva ao interesse social, seria o mesmo que tornar sem qualquer efetividade as disposições constitucionais sobre a matéria. Conforme bem assinalado pelo Juiz Federal Roger Raupp Rios¹⁴, a dignidade da pessoa humana é a finalidade a ser alcançada pela justiça social, no mundo em que o trabalho e a livre iniciativa são fundamentos, revelando a evidente relação entre fins e meios.

Tal entendimento, inclusive, mereceu adoção pelo Supremo Tribunal Federal, através de seu Plenário, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319 – DF, em que foi examinada a Lei Federal nº 8.039, de 30 de maio de 1990, com relatoria e voto prevalente do Ministro Moreira Alves¹⁵. Na própria ementa, podemos destacar o seguinte trecho: “Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução de desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.”

Exsurge, com clareza, da decisão, que não existem liberdades absolutas, sendo que é necessário alcançar o equilíbrio da relatividade dos elementos nucleares da ordem econômica, posto que, se tomados em sentido absoluto, são conciliáveis. Assim, consta do voto do eminente Relator: “Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva – e por isso mesmo é que se chega à finalidade da ordem econômica (assegurar a todos uma existência digna) por meio dos ditames dela, e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princí-

¹⁴ Ob. cit. (nota 5).

¹⁵ Brasil, Supremo Tribunal Federal: *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 149, pp. 666-693.

pios constantes dos incisos desse artigo 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua condição a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos – e, portanto, aos elementos de produção e distribuição dos bens e serviços e aos elementos de consumo deles – a existência digna..

Em conclusão, e para que fosse assegurada a efetividade social da Constituição, entendeu o Egrégio Supremo Tribunal Federal em admitir a constitucionalidade da intervenção do Estado na ordem econômica, de forma antecipada, visando coibir as transgressões à ordem econômica, de modo a harmonizar os preceitos nucleares sobre a matéria, posto que a atuação *a posteriori* muitas vezes se destitui de eficácia, dificultando a recomposição do dano sofrido.¹⁶

Na matéria, foi confirmada a posição de José Afonso da Silva¹⁷ de que existem mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização da justiça social, sendo falaciosa a afirmativa consagrada pelo Estado Liberal de que haveria uma harmonia natural dos interesses, regulada unicamente pelo mercado, sem possibilidade de atuação estatal no domínio econômico. Dessa forma, impende que sejam transcritas parte das afirmações do citado autor: “*Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização de justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário*”.

Assim, evidenciada a necessidade de harmonização dos preceitos nucleares da ordem econômica, perfeitamente legítima a intervenção estatal nessa área, de forma antecipada, visando garantir a existência digna de todos, em conformidade com a justiça social, coibindo infrações aos princípios básicos, mesmo que tal atuação traga uma aparente violação ao fundamento da livre iniciativa, quando tomado este em sentido absoluto, o que, como visto, não é de ser admitido.

6. O INADIMPLEMENTO SISTEMÁTICO DE ICMS COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

O imposto incidente sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e

¹⁶ Acórdão citado (nota 15).

¹⁷ Silva, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Malheiros, 14ª edição, 1997, p. 726.

de comunicação denominado usualmente como ICMS, é, por expressa disposição do art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal de 1988¹⁸, não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação tributada com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado.

Como forma de efetivação prática do princípio da não-cumulatividade, desenvolveu-se um sistema de apuração e pagamento mensal de ICMS, baseado no registro escritural de créditos e débitos¹⁹. Assim, cada aquisição de mercadorias pelo contribuinte, nas hipóteses legais, gera um crédito fiscal e cada venda de mercadorias gera um débito fiscal, cujos registros contábeis, nos livros fiscais, são imediatos. Ao final de cada período mensal, há um encontro de contas, descontando-se dos débitos fiscais, os créditos fiscais, para finalmente chegar-se ao saldo devedor fiscal, que é o montante de tributos devidos, relativamente àquele período. Encontrado saldo devedor, ao final do período, cumpre ao contribuinte proceder, no prazo estipulado, o pagamento do ICMS devido.

Se tem, entretanto, constatado a existência de empresas que, após informar o valor do ICMS devido no período, deixam de efetuar qualquer pagamento, causando prejuízo aos cofres públicos. Saliente-se que o imposto em exame tem natureza indireta, isto é, a empresa devedora, contribuinte de direito, vende suas mercadorias, embutindo em seu valor o montante do tributo incidente sobre a operação. A carga tributária é, na verdade, suportada pelo contribuinte de fato, ou seja, o adquirente da mercadoria.

Na análise ora procedida, contudo, não se quer cogitar do prejuízo pecuniário imposto à coletividade, em função desse comportamento. Tampouco se pretende cuidar daquelas empresas que deixam de cumprir suas obrigações fiscais de maneira apenas eventual ou esporádica, revelando uma temporária dificuldade financeira, posto que tal situação, embora constitua infração à lei, por descumprimento de norma tributária, não interessa ao Direito Econômico. O objeto do estudo é caracterizar, como infração à ordem econômica, a conduta adotada por certas empresas, de, durante longo período, informar o ICMS devido mensalmente, sem realizar o pagamento, tornando sistemática a inadimplência perante a Fazenda Pública.

A análise detalhada desses casos permite concluir que não se trata de uma tentativa de escapar de uma crise financeira passageira ou de evitar um processo falimentar. Na maior parte das situações, a empresa continua exercendo normalmente suas atividades, efetua gastos supérfluos em outras áreas, tal como a publicidade, transfere previamente seus bens a terceiros, frustrando eventual tentativa de cobrança judicial do crédito, e, com frequência, designa como administradores

¹⁸ O conteúdo do dispositivo constitucional citado é repetido no art. 19 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, bem como no art. 14 da Lei Estadual nº 8.820, de 27 de janeiro de 1989.

¹⁹ Machado, Hugo de Brito: Aspectos Fundamentais do ICMS, Dialética, São Paulo, 1999, p. 13.

da sociedade pessoas sem patrimônio pessoal, evitando a possibilidade de responsabilização tributária, na forma do art. 135, III, do CTN. É evidente se tratar de uma estratégia planejada e concebida para duas finalidades distintas. Ambas, entretanto, podem caracterizar, como se pretende demonstrar, infração à ordem econômica, apresentando-se, nesses casos, sob duas formas básicas: (i) a prática de preços predatórios, com a criação de dificuldades à concorrência; e (ii) o aumento arbitrário de lucros.

O sistema tributário adotado no ordenamento jurídico pátrio, por exigir uma carga fiscal elevada, constitui um importante condicionador dos preços de bens e serviços. Assim, a prática reiterada de inadimplência de ICMS por determinadas empresas poderia afetar a concorrência no mercado.

No caso do ICMS exigido no Estado do Rio Grande do Sul²⁰, cuja alíquota básica é de 17% do preço da mercadoria, é possível imaginar o impacto da não oneração do ofertante do bem com o pagamento do tributo. Se a empresa oferece a mercadoria ao preço de mercado, onerando o consumidor e deixando de repassar os valores aos cofres públicos, temos um evidente caso de aumento injustificado e ilícito dos lucros dos controladores da sociedade. Por outro lado, se o bem é oferecido por valor abaixo do preço de mercado, em função da inexistência de oneração com o ICMS, temos um flagrante caso de prática de preços predatórios, com potencial prejuízo à concorrência.

Tais condutas, previstas como infrações à ordem econômica, conforme disposições da Lei Federal nº 8.884/94, especialmente em seus artigos 20, *caput*, e incisos I e III, e 21, incisos IV, V e XVIII, serão analisadas de forma mais detalhada a seguir.

6.1 A prática de preços predatórios

A empresa que, por certo lapso temporal considerável, deixa de realizar os pagamentos devidos a título de ICMS, passa a ter, em face das concorrentes, uma inaceitável vantagem. De fato, a não ser que seja objetivo desse contribuinte a obtenção de lucros pessoais ilícitos, poderá oferecer seu produto ou seu serviço a um custo substancialmente inferior ao praticado no mercado. Com isso, não só será configurada a prática de preços predatórios como também, possivelmente, haverá o enquadramento nas transgressões que tratam da limitação ou impedimento de acesso de novas empresas ao mercado, e da criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas concorrentes.

A venda injustificada de produtos abaixo do preço de custo, é a chamada prática de preços predatórios, expressamente definida em nossa legislação como infração à ordem econômica, sendo conhecida também como *underselling*.

²⁰ Cf. art. 12, II, "g", da Lei Estadual nº 8.820/89.

Sobre a conceituação, podemos citar o jurista Celso Ribeiro Bastos²¹: “Noção básica para o entendimento da prática lesiva a ser abordada no presente estudo diz respeito às práticas denominadas pelo Direito Antitruste Norte-Americano de predatory pricing, que, como veremos adiante, refere-se à prática de ofertar ao mercado consumidor produtos a preços predatórios se comparados aos preços de seus competidores num determinado mercado.”

A empresa que, tendo desoneração ilícita e sistemática de parte da carga tributária, consegue vender seus produtos abaixo do preço de custo prejudica não só a livre concorrência no mercado, como também os próprios consumidores. Tal prática, contrária à ordem econômica vigente, fere, num primeiro plano, o fundamento da livre iniciativa e o princípio da liberdade de concorrência, com o prejuízo às empresas do mesmo ramo. Num segundo momento, é atingido também o princípio de defesa do consumidor, pois o destinatário final da cadeia comercial, que poderia parecer beneficiado com a oferta de bens a preços inferiores aos de produção, também poderá passar a ser prejudicado. Isto porque a predatorialidade acaba por eliminar ou prejudicar a concorrência, favorecendo a concentração de mercado, o que facilita a posterior fixação de preços em níveis excessivos.

Examinando o inciso XVIII do artigo 21, conclui-se que há dois requisitos para a configuração da prática dos preços predatórios. O primeiro é que haja, efetivamente, a venda de produtos abaixo do preço de custo, mesmo que os danos ao consumidor não se concretizem e que o monopólio não venha a se confirmar. O segundo, de caráter negativo, é a ausência de justificativa para tal procedimento. Este último excepciona aquelas hipóteses em que, apesar de certas mercadorias estarem de fato sendo vendidas a preço diminuto, a conduta da empresa não pode ser considerada como lesiva à concorrência, pois há um motivo relevante.²² Nesse caso, exemplificativamente, estariam aquelas empresas que vendem produtos com preço baixo, com fins promocionais temporários, ou para se livrar de uma situação de falta de liquidez que poderia levar à falência. No regime da Lei nº 8.884/94, consoante entendimento pacificado, a intenção de dominação do mercado não é requisito para a configuração da infração da prática de preços predatórios. Na antiga Lei nº 8158/91, ao contrário, esta finalidade era necessária uma vez que o dispositivo que disciplinava a matéria era assim redigido: “vender mercadoria ou prestar serviços sem margem de lucro, visando a dominação do mercado”.

Recentemente, causou polêmica no Brasil o caso das lojas “Wal-Mart”²³. Esta rede norte-americana foi acusada pelas concorrentes da prática do

²¹ Ob. cit. (nota 6)

²² Franceschini, José Inácio Gonzaga: *Introdução ao Direito da Concorrência*. Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), *Processo Administrativo 10/91*, publicado no D.O.U. de 5.11.93, pg. 16609.

²³ *Folha de São Paulo*. Matéria publicada na edição do dia 5/12/95, Caderno Dinheiro, pp. 2-3.

underselling. De fato, foi constatado que a companhia vendeu seus produtos abaixo do preço de custo. No entanto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica entendeu que não se configurou a conduta desleal, uma vez que esta foi justificada por ser uma promoção temporária, visando a sua entrada no mercado e não a exclusão de suas concorrentes.

Transcreve-se, a seguir, interessante decisão do CADE sobre o tema, que cita, de forma não técnica, a ocorrência de *dumping*, que se trata de prática assemelhada ao *underselling*, porém dirigida ao comércio internacional: “Configura ‘dumping’ a prática de preços irrealmente baixos, com prejuízos ou utilização de meios ilícitos, com o objetivo de eliminar a concorrência. Assim, responde pela infração a empresa que comercializa produtos a preços reduzidos artificialmente mediante oferta de brindes, dispensa de custos financeiros, utilização de isenções tributárias e/ou de vantagens e direitos alheios, livres de ônus, em ofensa aos preceitos da livre concorrência.”²⁴.

Em face do exposto, há de concluir que tal prática configura verdadeira infração à ordem econômica, pois, além de violar seus preceitos nucleares, pode ser enquadrada nas condutas descritas pelos incisos IV, V e XVIII do art. 21 da Lei nº 8.884/94, merecendo ser coibida.

6.2 O aumento arbitrário de lucros

Caso o contribuinte do ICMS, tendo deixado de realizar seu pagamento por longo período, continuar a oferecer seus produtos a um preço compatível com o de mercado, estaremos diante de outra espécie de infração à ordem econômica, consistente no aumento arbitrário, injustificado e ilícito dos lucros dos controladores da sociedade. A infração é descrita no artigo 20, inciso III, da Lei nº 8.884/94, sendo evidente a contrariedade aos elementos nucleares da ordem econômica, verdadeira deturpação do fundamento da livre iniciativa que, no caso, é ilegítima, por não ter como objetivo a dignidade de todos, através da justiça social.

Em um mercado competitivo, a margem de lucro do empresariado é reduzida, na maior parte dos segmentos econômicos, a níveis compatíveis com a ordem constitucionalmente estabelecida. Assim, no custo de um produto ou serviço, estão agregados os valores gastos com insumos, mão de obra, tributos e uma parcela relativa ao lucro do empreendedor. Nesse sentido, o valor devido a título de ICMS, por se tratar de tributo indireto, é repassado ao consumidor, sendo parte integrante do custo do bem ofertado. Se, contudo, o valor agregado por força do ICMS não é recolhido aos cofres públicos, sendo cobrado do destinatário final, é visível que será aumentado, de forma injustificada e ilícita, o lucro do empresário.

²⁴ Ob. cit. (nota 22). Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), *Processo Administrativo 65*, publicado no D.O.U. de 11.5.1987, pg. 6951.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em resposta à consulta formulada pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais - PNBE²⁵, verificou a possibilidade de prejuízo à concorrência, em virtude da concessão indiscriminada de incentivos fiscais.

No âmbito da citada consulta, foram utilizados diversos exemplos de empresas e produtos hipotéticos, com variações de cargas de ICMS incidentes sobre a venda de suas mercadorias, como forma de demonstrar o impacto da redução do tributo no lucro auferido pelo contribuinte. A metodologia utilizada para realizar os cálculos toma como premissa uma base de “100”, que representa o “*Preço final, incluindo todos os impostos*” e leva em consideração custos e preços constantes do Balanço Anual da Gazeta Mercantil. Abaixo segue tabela, extraída da mencionada consulta, referente a hipotética venda de sabonete, cuja autoria é da empresa de consultoria KPMG. :

Alíquotas do ICMS	Lucro/ Faturamento	Variação do ICMS	Variação do Lucro
18%	2,71%	0%	0%
12%	6,20%	- 33%	128%
8%	8,54%	- 56%	215%
0%	13,21%	- 100%	388%

Irrefutável, portanto, que a inadimplência sistemática de ICMS pode levar a um enriquecimento ilícito do empresário, através do aumento abusivo e ilícito de lucros, consoante acima exposto.

7. A NECESSIDADE DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DO INTERESSE SOCIAL

Diante do que foi exposto, se torna evidente a necessidade de defesa da concorrência e do interesse social, pelo Poder Público, visando coibir situações de inadimplência tributária prolongada.

É inegável que o ente estatal possui instrumentos para efetuar a cobrança judicial dos tributos impagos. Tal atividade, no entanto, tem se mostrado, por muitas vezes, ineficiente, posto que os contribuintes que planejam e implementam a postura de recalcitrância perante o fisco estão preparados para esta situação. De fato, em tais casos, é bastante comum a constatação de que as empresas não têm qualquer patrimônio próprio, o que torna frustrada qualquer tentativa de cobrança executiva do ICMS. Por outro lado, com a mesma frequência, a designação de administradores da sociedade recai sobre pessoas sem patrimônio pessoal, evitando a possibilidade de responsabilização tributária, na forma do art. 135, III,

²⁵ Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Consulta nº 0038/99*. Rel. Conselheiro Marcelo Calliari.

do CTN. Além de tudo, é cada vez mais usual a utilização abusiva de expedientes processuais infundados, com evidente abuso do direito de defesa, o que, aliado à pouca celeridade de tais demandas no Poder Judiciário, torna quase impossível a cobrança do crédito público. Ideal, portanto, a busca de um sistema jurídico tributário, em que se evite, ao máximo, a possibilidade de inadimplência. Trata-se da escolha pela prevenção efetiva, em detrimento da cobrança frustrada.

Tal atividade, dessarte, não pode ser realizada apenas *a posteriori*, devendo ter caráter antecipatório ou, pelo menos, contemporâneo ao cometimento das infrações, sob pena de se tornar inócua e insuficiente. Todavia, muitas das tentativas do Poder Público em empreender atitudes com o objetivo de coibir, de forma prévia, a inadimplência tributária, têm sido taxadas equivocadamente de contrárias à livre iniciativa e à liberdade de concorrência, quando, na verdade, buscam justamente a realização, no plano prático, desses fundamentos e princípios da ordem econômica.

Esse entendimento tem merecido acolhida no Poder Judiciário, como se verifica da ementa de decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a seguir transcrita: "*Mandado de segurança. Tributário. Notas fiscais. Autorização. Contribuinte inadimplente. Prestação de garantia. Legalidade. Liberdade econômica. O direito ao exercício de atividade econômica não é absoluto, estando subordinado ao regime jurídico previsto em lei. Exigir o fisco do contribuinte inadimplente do ICMS a prestação de garantia para conceder autorização de impressão de documentos fiscais não viola o princípio da liberdade econômica.*"²⁶

Efetivamente, em um Estado Democrático de Direito, como o que idealizamos, em que o documento constitucional elegeu, no campo da atividade econômica, a dignidade da pessoa humana como objetivo maior, e a justiça social, como modo de atuação, não se poderia tolerar situações dessa espécie, exigindo-se do ente público uma postura de inércia frente a uma grave infração à ordem econômica, com evidente prejuízo à livre iniciativa e à liberdade de concorrência. A contumaz inadimplência fiscal, como visto, constitui infração à ordem econômica, e, como tal, deve ser combatida, pelos meios legais, com a máxima efetividade, sob pena de considerarmos sem eficácia as normas constitucionais nucleares que tratam do tema.

Com efeito, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADIN antes referida, é admissível a intervenção do Estado na ordem econômica, de forma antecipada, de forma a evitar transgressões, visando, sempre, harmonizar os fundamentos constitucionais sobre a matéria, uma vez que a atuação posterior, em muitos casos, deixa de ter de eficácia, impossibilitando a recomposição do dano sofrido. No mesmo sentido, José Afonso da Silva²⁷, para quem a livre iniciativa

²⁶ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *Apelação Cível nº 598 106 722*, 2ª Câmara Cível, julgamento realizado em 21/10/98.

²⁷ Ob. cit. (nota 17)

nada mais é do que a liberdade de desenvolver a empresa nos moldes impostos pelo Poder Público, gozando das facilidades e submetendo-se às limitações existentes.

No caso, é importante frisar, o dano não é somente constituído pelo prejuízo pecuniário imposto aos cofres públicos – e, em última análise, à coletividade – mas também pela quebra do ambiente de livre concorrência no mercado, que, indiscutivelmente, traz conseqüências nefastas à sociedade. Mais uma razão, portanto, para aplicação, *in casu*, da regra do interesse social.

Assim, exsurge a indispensabilidade de ação do Poder Público nas hipóteses narradas, sempre na forma da lei, com fundamento na Constituição Federal, através das medidas próprias, cuja análise detalhada não é objeto desse estudo. É admissível, portanto, que os entes componentes da federação exercitem a competência concorrente que detêm para legislar sobre direito tributário e econômico, na forma do art. 24, I, da Constituição Federal, assegurando, através de atuação efetiva, o ambiente concorrencial. Além disso, possível, na medida da competência tributária assegurada a cada ente federativo²⁸, a instituição de garantias do crédito tributário, uma vez que o art. 183 do Código Tributário Nacional dispõe que aquelas previstas na norma consolidada não excluem outras expressamente previstas em lei.²⁹

8. CONCLUSÃO

É correto, portanto, enquadrar como infração à ordem econômica, o comportamento tributário de certas empresas que, por um logo período, não realizam o pagamento de ICMS devido. Em grande parte das vezes, tal conduta não é eventual, esporádica, ou tem por objetivo livrar a empresa da quebra ou permitir o pagamento pontual de obrigações salariais. Trata-se de uma opção consciente e planejada pelo contribuinte, visando a obtenção de benefícios ilícitos. De fato, em um sistema com carga fiscal elevada, é certo que os tributos condicionam preços de bens e serviços, sendo que aquele que obtém, de qualquer forma, a desoneração desses encargos, passa a ter inegável vantagem sobre os concorrentes.

A Constituição Federal, relativamente à ordem econômica, estabeleceu preceitos nucleares, que, para evitar incompatibilidades, devem ser tomados de forma relativa. A dignidade de todos é finalidade, que deverá ser buscada através da justiça social, tendo o trabalho e a livre iniciativa como fundamentos, sempre com observância dos demais princípios previstos nos incisos do art. 170 da CF/88. No tocante a estes, é assegurada a defesa da liberdade de concorrência, cujo

²⁸ Ataliba, Geraldo: Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais, em *Revista de Direito Público* 53-54, pp. 58-76.

²⁹ Borges, José Souto Maior: *Lançamento Tributário*, Malheiros, 2ª ed., 1999, pp.66.

tratamento infraconstitucional é dado pela Lei Federal nº 8.884/94. Tal norma, em seus artigos 20, inciso III, e 21, incisos IV, V, XVI, prevê infrações à ordem econômica, consistentes em (i) aumento arbitrário de lucros; e (ii) prática de preços predatórios, com criação de obstáculos à concorrência. Fica, dessa forma, demonstrada que a contumaz inadimplência tributária, pelos efeitos que pode abarcar, constitui infração à ordem econômica, coibível pelos meios legais.

Por fim, é necessário admitir, na esteira do entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que a intervenção estatal, nesses casos, pode e deve ter caráter antecipatório, pois a atuação *a posteriori* muitas vezes é inócua e ineficaz. Tais conclusões, afirme-se por fim, são tomadas em vista da regra do interesse social³⁰, posto que, na relação de Direito Econômico analisada, frente aos contrapostos interesses particulares e coletivos, é indicada a solução da controvérsia em favor da sociedade, o que se coaduna com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

De todo recomendável, portanto, que se utilize o Direito Econômico e o Direito Tributário como instrumentos fundamentais do Estado para realizar a necessária e constitucional intervenção na economia³¹, objetivando a efetiva defesa da ordem econômica, da defesa da concorrência, e do interesse social.

³⁰ Ob. cit. (nota 1)

³¹ Becker, Alfredo Augusto: *Teoria Geral do Direito Tributário*, Lejus, 3ª Ed., 1998, p. 593.

BIBLIOGRAFIA

1. Ataliba, Geraldo: Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais, em *Revista de Direito Público* 53-54, pp. 58-76.
2. Bastos, Celso Ribeiro. *Caderno de Ciências Políticas e Constitucionais nº 11/95*, Ed. Revista dos Tribunais, Parecer elaborado em atenção a Consulta formulada pelo Sindicato dos Panificadores.
3. Becker, Alfredo Augusto: *Teoria Geral do Direito Tributário*, Lejus, 3ª Ed., 1998, p. 593.
4. Borges, José Souto Maior: *Lançamento Tributário*, Malheiros, 2ª ed., 1999, pp.66.
5. Camargo, Ricardo Lucas: *Breve Introdução ao Direito Econômico*, Sergio Antônio Fabris Editora, 1983, pp. 37 e ss.
6. Canotilho, J.J. Gomes: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 3ª Ed., p. 1148
7. Canotilho, J.J. Gomes e Moreira, Vital: *Fundamentos da Constituição*, 1991, Coimbra Ed.
8. Faria. Werter: *Constituição Econômica, Liberdade de Iniciativa e Concorrência*, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, pp. 108-110.
9. Franceschini, José Inácio Gonzaga: *Introdução ao Direito da Concorrência*. Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).
10. Grau, Eros Roberto: *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Malheiros, 1988, 5ª Ed., p. 226
11. Lima, Ruy Cirne: *Princípios de Direito Administrativo*, 6ª Edição, p. 105, Ed. Revista dos Tribunais
12. Machado, Hugo de Brito: *Aspectos Fundamentais do ICMS*, Dialética, São Paulo, 1999, p. 132-133.
13. Moncada, Luis S. Cabral. *Direito Econômico*. Coimbra. Coimbra Ed. 1988.
14. Rios, Roger Raupp. *Ordem Econômica, Sociabilidade e os Mass Media na Constituição da República de 1988. Internet*. Palestra Proferida no curso de extensão Direito Público e Desenvolvimento – A Ordem Econômica na Constituição de 1988, promovido pelo Departamento de Direito Público da UFRGS, em 18 de maio de 1996.
15. Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Malheiros, 14ª edição, 1997, p. 726.
16. Souza, Washington Peluso Albino. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, pp. 130-142.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Luiz Henrique Oltramari*

1. Conceito de Substituto Legal Tributário
2. Responsabilidade por Substituição e por Transferência
3. Conceitos de Substituição Tributária Progressiva e Regressiva
4. Alguns aspectos da Substituição Tributária Progressiva
5. Conclusão

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul



LEGISLAÇÃO ATINENTE À MATÉRIA

As disposições legais que regulam a matéria são as seguintes:

Art. 128 da Lei 5.172/66 (CTN); Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir), especialmente seus arts. 6º, 8º e 10º; art. 150, 7º da CF, introduzido pela Emenda Constitucional 03/93; convênio 66/88; Lei RS/ 8.820/89.

1. CONCEITO DE SUBSTITUTO LEGAL TRIBUTÁRIO

Segundo a doutrina de Alfredo Augusto Becker, a fenomenologia da substituição legal tributária consiste no seguinte:

“ Existe substituto legal tributário, toda a vez que o legislador escolher para sujeito passivo da relação jurídica tributária um outro qualquer indivíduo, em substituição daquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato signo presuntivo. Em síntese: se em lugar daquele determinado indivíduo (de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato signo presuntivo) o legislador escolheu para sujeito passivo da relação jurídica tributária um outro qualquer indivíduo, este outro qualquer indivíduo é o *substituto legal tributário*”. (in *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª Ed., SP: Lejus, 1998.p.548/578).

Para justificar empiricamente a sua definição retro, usando como exemplo o imposto sobre o consumo, Becker preleciona:

“ Na relação jurídica do imposto de consumo, o sujeito passivo, teoricamente, deveria ser o consumidor. Ora, criar regra jurídica que estabeleça relações jurídicas tributárias do imposto de consumo, vinculando o Estado a cada um dos indivíduos consumidores, é criar regra jurídica absolutamente impraticável, pois jamais haverá órgão administrativo e órgão judiciário, ainda que equipados com cérebros eletrônicos, capazes de garantirem a respeitabilidade aos efeitos jurídicos daquela regra. A solução criada pelo legislador foi a seguinte: em lugar do consumidor, o sujeito passivo, na relação jurídica do imposto de consumo, é o produtor do bem que será consumido.”

Para Luciano Amaro, o substituto tem a seguinte definição: “ *O substituto legal tributário* é figura bem definível e comum na prática legislativa. Por diversos motivos, em certas situações, o legislador opta por ignorar a pessoa a quem o fato gerador seria naturalmente referenciado (p.ex., pessoa que auferir renda, em relação ao fato gerador do imposto de renda) e põe, como sujeito passivo um substituto.” (in *Direito Tributário Brasileiro*-4ª ed., SP: Saraiva, 1999.p.291).

Em seu *Compêndio de Direito Tributário*-3ª ed., RJ: Forense, 1997.p.291, Bernardo Ribeiro de Moraes, citando Fábio Fanucchi, preleciona:

“ - na substituição, a obrigação tributária surge desde logo contra pessoa diferente daquela que esteja em relação econômica direta com o ato, fato ou negócio tributado. A própria lei substitui o sujeito passivo direto por outro indireto.”

2. RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E POR TRANSFERÊNCIA

Segundo a doutrina de Luciano Amaro (ibid.) “ao sujeito passivo podem ser atribuídas duas formas de responsabilização: a da **substituição** e a da transferência. “A diferença entre ambas estaria em que, na substituição, a lei desde logo põe “terceiro” no lugar da pessoa que naturalmente seria definível como contribuinte, ou seja, a obrigação tributária já nasce com seu pólo passivo ocupado por um *substituto legal tributário*. Diversamente, na transferência, a obrigação de um devedor (que pode ser um contribuinte ou um responsável) é deslocada para outra pessoa, em razão de algum evento.”

3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA E REGRESSIVA

Pode a substituição tributária ocorrer para frente (progressiva) ou para trás (regressiva), consoante dispõe o art. 6º da LC 87/96. Assim é que Luiz Emygdio Rosa Júnior, define **substituição regressiva**: “ocorre quando o substituto é responsável pelo pagamento do imposto devido pelo substituído na etapa anterior do processo de circulação da mercadoria. Tal substituição normalmente se dá quando o contribuinte-substituído, transmitente da mercadoria, é produtor de pequeno porte ou comerciante individual, enquanto o substituto, adquirente da mercadoria, é contribuinte de maior peso, inspirando maior confiança ao fisco no que toca ao pagamento do tributo, principalmente em razão da sua maior organização. Na realidade, ocorre, no caso, diferimento do imposto, porque o fisco não recebe o tributo no momento da saída da mercadoria do estabelecimento do comerciante de pequeno porte, mas em etapa posterior do ciclo econômico, sendo o recolhimento feito pelo substituto.” Já a **substituição progressiva**, para o autor “consiste em uma forma de antecipação de tributo, pela qual o substituto deve recolher o tributo que seria devido pelo substituído em momento posterior do ciclo econômico, ou seja, o imposto é pago pelo substituto, com recursos que lhe são fornecidos pelo substituído, embora o fato gerador só ocorreria posteriormente.” (in Manual de Direito Financeiro e Tributário-13ª ed. RJ: Renovar. 1999.p.504/509).

4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA-

4.1 O Princípio da Praticabilidade da Tributação

Tecidos os conceitos de substituição tributária, diferenciando a responsabilidade por transferência e por substituição, bem como diferenciando substituição progressiva e regressiva, cumpre estabelecer que o norte do presente trabalho será direcionado para substituição tributária progressiva, analisando-a e afastando

os diversos argumentos que normalmente são suscitados no sentido da sua inconstitucionalidade.

Cabe transcrever em defesa da tese alguns excertos do artigo Substituição Tributária para Frente (palestra proferida no CJF em jun/1996) do Min. Antônio de Pádua Ribeiro, publicada através da INTERNET na revista Teia Jurídica:

“Consiste a substituição tributária para frente em obrigar alguém a pagar, não apenas o imposto atinente à operação por ele praticada, mas, também, o relativo à operação ou operações posteriores. O instituto não é novo no nosso direito, mas, a partir da sua constitucionalização, passou a receber acerbos ataques de alguns eminentes tributaristas (GERALDO ATALIBA, AIRES F. BARRETO, HAMILTON DIAS DE SOUZA, IVES GANDRA MARTINS, dentre outros. Sustentam estes juristas que viola, praticamente, todos os princípios constitucionais basilares relativos aos tributos (tipicidade tributária, não-cumulatividade, capacidade contributiva). Alegam, ainda, que vulnera o princípio atributivo de competência tributária aos Estados-membros e, até mesmo, que configura autêntico empréstimo compulsório, só previsto nas hipóteses do art. 148 da Constituição. Creio, porém, que, dos citados defeitos, não padece o instituto, que tem a defendê-lo juristas, igualmente respeitados (SACHA CALMON NAVARRO COELHO, ARTHUR JOSÉ FAVERET CAVALCANTI, HERON ARZUA, dentre outros. Na verdade, sob o prisma radical ortodoxo, não é possível visualizar o instituto, fundamental para tornar efetivo, no atual estágio da civilização, o princípio da praticabilidade da tributação, algo parecido, no campo do processo, com princípio da economia processual, segundo lembra SACHA CALMON. Acrescento mais: da mesma forma que o direito processual passa por verdadeira revolução visando a concretizar o princípio da efetividade da jurisdição, com a criação de diversos institutos novos (ampliação das cautelares e antecipação de tutela, dentre outros), o direito tributário não pode passar imune a essa evolução da sociedade, deixando de acolher a figura da substituição tributária para frente, que, numa visão analógica, apresenta certo caráter cautelar: objetiva tornar efetiva a responsabilidade tributária. Note-se que o destinatário legal tributário, como o substituto, tem sempre assegurada a possibilidade de recuperar o que dispende para pagamento do tributo gerado por outrem.”

4.2 Sujeição passiva tributária

A propósito, convém ressaltar a lição do Prof. Zelmo Denari, que, aderindo a melhor doutrina italiana, considera o substituto tributário como sujeito passivo da obrigação tributária, concluindo *verbis*:

“...como o substituto ocupa o lugar daquele que deveria figurar como titular da relação obrigacional, devemos excluir qualquer responsabilidade do contribuinte originário. Assim sendo, o fisco não pode, uma vez exaurido o patrimônio do substituto, exigir do substituído a prestação impositiva” (in Curso de Direito Tributário, 1ª ed., Forense, 1990, páginas 276/277).

O fato de o substituto fazer repercutir o imposto incidente, e pelo qual é obrigado originário, para os estágios seguintes do ciclo de circulação, alcançando os substituídos, não estabelece qualquer liame jurídico entre estes e o sujeito ativo da obrigação - Estado. É a repercussão característica do ICMS, como imposto indireto que é, vale dizer, o substituído assume a qualidade de contribuinte de fato.

Oportuno transcrever-se, acerca do instituto em tela, a lição de Alfredo Augusto Becker transcrita por Bernardo Ribeiro de Moraes ;

“Lembra Alfredo Augusto Becker, ao examinar a matéria, que ‘o substituído não paga tributo ao substituto’ (...). Eis a substituição tributária (...). Os sujeitos desta relação jurídica são o Estado e o substituto tributário. Este é que o devedor.” (in *Compêndio de Direito Tributário*, Forense, Rio de Janeiro, 1994, pág. 296)

Vale transcrever, ainda, excerto do voto do Ministro Ari Pargendler, no qual também é citada a lição de Alfredo Augusto Becker:

“ ‘Entre o Estado e o substituído não existe qualquer relação jurídica’ (ibid. 507)(...) à vista do exposto, não se pode dizer que o substituído recolhe antecipadamente o ICMS; ele não recolhe nem antes nem nunca, porque é alheio à relação jurídica tributária. Ainda no magistério de Alfredo Augusto Becker, não existe qualquer relação jurídica entre o substituído e o Estado (ibid., p. 513) É preciso que isso fique claro: na substituição legal tributária há só uma obrigação tributária, e não várias, porque seu efeito é, exatamente, o de suprimir obrigações tributárias que corresponderiam as etapas do ciclo de comercialização anteriores ou posteriores, conforme a substituição se processe ‘para trás’ ou ‘para frente’; o que esse fato gerador tem de especial é a base de cálculo, a qual considera valores agregados em outras etapas do ciclo de comercialização. A questão de saber quem suporta esse encargo é de natureza econômica, nada tendo a ver com o fenômeno jurídico. Fora de dúvida, é um custo de quem adquire o produto para revendê-lo. Mas, como está embutido no preço, é repassado ao consumidor. Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de lhe dar provimento para extinguir o processo, sem julgamento de mérito. (Recurso Especial nº 50.760 - São Paulo).

De invocar-se, ainda, a lição de Hector Villegas:

“O legislador cria o substituto tributário quando resolver substituir *ab initio* o destinatário legal tributário da relação jurídica tributária principal. Surge, ali, um só *vinculum juris* entre o sujeito ativo ‘fisco’ e o sujeito passivo ‘substituto’ (...) O substituto existe porque o legislador criou para possibilitar ou facilitar a melhor consecução de principal finalidade para a qual o tributo é criado (levar fundos ao tesouro público). Basta então caracterizá-lo devidamente e assinalar suas diferenças em relação a contribuintes e responsáveis solidários. As realidades legislativas compelem o jurista tributário a, não raro, assumir atitudes pragmáticas. No direito tributário argentino tem-se produzido significativo avanço no instituto em foco.” (in “Curso de Direito Tributário” Revista dos Tribunais. 1980, pág. 112/113).

Vê-se, pois, que a substituição tributária não constitui novidade, nem mesmo no direito comparado, mas representa técnica de tributação simplificada, que melhor diz com a comodidade, economia e conveniência administrativas,

assecuratória do efetivo ingresso do tributo e inibidora de sonegação fiscal, sobretudo em se tratando de tributação do consumo. Atua, desse modo, em determinadas situações, como importante instrumento para, salvaguardando o interesse público, materializar a arrecadação do tributo.

4.3 Análise Legislativa e Constitucionalidade

Feitas essas considerações acerca do instituto da substituição tributária, vale lembrar que o mesmo mereceu expressa menção do legislador constituinte de 1988:

*“ Art. 155 - ...§. 2º -
XII - cabe à lei complementar:
b) dispor sobre substituição tributária”*

No entanto, o legislador constituinte, antevendo demora na edição da Lei Complementar autorizou, nos termos do art. 34, § 8º do ADCT/88, a que os Estados e o Distrito Federal, vencido o prazo de 60 dias da promulgação da Lei Maior, sem a edição de lei complementar, fossem regulando provisoriamente a matéria, mediante Convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24/75 .

Em decorrência, o Convênio nº 66/88, editado em estrita conformidade com as normas constitucionais, podia legitimamente dispor sobre substituição tributária e o fez nos seguintes termos:

*“Art. 25 - A lei poderá atribuir a condição de substituto tributário a:.....
II - produtor, extrator, gerador, inclusive de energia, industrial, distribuidor, comerciante ou transportador, pelo pagamento do imposto nas operações subseqüentes;
.....
Parágrafo único. Caso o responsável e o contribuinte estejam situados em Estados diversos, a substituição dependerá de acordo entre estes.”*

É oportuno referir, ainda, que também com a Emenda Constitucional nº 03/93 a substituição tributária passou a ser tratada também no § 7º do art. 150 da CF/88, segundo o qual a lei poderá atribuir ao sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento do imposto ou contribuição cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a preferencial restituição da quantia paga caso não se realize o fato imponible. Por esta emenda Constitucional, o instituto, antes restrito ao ICMS, teve seu espectro ampliado, podendo inclusive alcançar a figura da contribuição.

A propósito, HUGO DE BRITO MACHADO, no artigo a substituição tributária no ICMS e a Lei Estadual, publicada no repertório IOB, 1/11250, analisa a Lei Complementar 87/96, tendo em vista o § 7º do art. 150 da Constituição, assim comenta:

“...Não é inconstitucional a exigência do recolhimento antecipado, pela empresa fabricante, do ICMS, incidente na revenda de veículos pela concessionária. II - A legislação infraconstitucional, atinente a chamada substituição tributária para frente, continua em vigor, hoje com endosso da Emenda Constitucional número 3/93...” (STJ, 1ª Seção, ERESP 95.00552520/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, abr/1996.)”

No âmbito estadual, a substituição tributária vem estabelecida na Lei Estadual-RS nº 8.820/89. No período anterior a edição da Lei/RS 10.908/96, a matéria vinha regulada no art. 13. Atualmente, dispõe o art. 33 da Lei nº 8.820/89:

“Art. 33. Na condição de substituição tributária, são responsáveis pelo pagamento do imposto devido:

(...)

§ 1º - O disposto neste artigo exclui a responsabilidade dos contribuintes substituídos em relação ao pagamento devido nas operações subsequentes, por eles promovidas, com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária (...).”

O certo é que a EC 3/93 introduziu novos conceitos à substituição tributária como, por exemplo, a figura do fato gerador presumido; a garantia da restituição do imposto pago na hipótese da não ocorrência do fato gerador futuro e a determinação de que só a lei ordinária pode dispor sobre os elementos necessários à implantação da nova sistemática.

4.5 Jurisprudência

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pela Constitucionalidade

“TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BEBIDAS. ESTADO DO MATO GROSSO.

1 - A jurisprudência da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça está assentada na linha do entendimento de que é legal o regime de substituição tributária adotado pelos Estados, em se tratando de transações com bebidas, considerando atendidas as exigências da Constituição Federal e das Leis Complementares regedoras do tema.

2 - (...)

3 - Não é ilegal a exigência do recolhimento antecipado, pela empresa fabricante do ICMS, incidente na revenda ou fornecimento de bebidas pelo fabricante ou fornecedor.

4 - Continua, assim, em vigor a legislação infraconstitucional, reguladora da chamada “substituição tributária para frente”, hoje com endosso da Emenda Constitucional nº 03/93.

128 - RPGE, Porto Alegre 24(54): 121-130, 2001

5 - Constituição, art. 155, § 2º, XII, b; E. C. nº 3/93. Decreto-Lei nº 406/88. Lei Complementar nº 44/83. C. T. N., art. 128, Convênio 66/88.

6 - Recurso especial a que se dá provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 125. 560 - MT TRIBUNAL: STJ/1ª TURMA (DJU 1. 9. 97) RELATOR: Ministro José Delgado RECORRENTE: ESTADO DE MATO GROSSO RECORRIDO: COMERCIAL RIO VERMELHO DE BEBIDAS LTDA.

Há ainda os seguintes julgados reiterados pela Egrégia Primeira Seção do STJ: (Eresp números 50.549-5/SP, 43.541-0/SP, 80.013-1/SP, 39.413-7/SP, todos de 13.06.95, Rel Min. Antônio de Pádua Ribeiro, EREsp 45.923/RS, j. 20.06.95, Rel. Min. Américo Luz, EREsp 30.269-0/SP, Min Rel Hélio Mosimann.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pela constitucionalidade da substituição para frente mesmo antes do advento da EC nº 3/93.

“ Concluindo o julgamento de recurso extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo (v. informativos 108 e 121), o Tribunal, por maioria, decidiu que é constitucional o regime de substituição tributária para frente em que se exige do industrial, do atacadista, ou de outra categoria de contribuinte, na qualidade de substituto, o recolhimento antecipado do ICMS incidente sobre o valor final do produto cobrado ao consumidor, retirando-se do revendedor ou varejista, substituído, a responsabilidade tributária. O recurso tem por objeto operações realizadas anteriormente à Emenda Constitucional 3/93, que introduziu no art. 150, da CF, o § 7º (...). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Sepúlveda Perence, que votaram no sentido da inconstitucionalidade do referido regime no período anterior à EC 3/93, por entenderem que não poderia o legislador ordinário autorizar a antecipação do ICMS sem que houvesse ocorrido o fato gerador. RE 213.396-SP, rel. Min. Ilmar Galvão 2.8.99.” (Informativo 156 do STF).

5. CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que a substituição tributária para frente constitui instituto consagrado no ordenamento jurídico pátrio, que, mesmo antes da vigência da atual Constituição, teve sua compatibilidade com a Lei Maior reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. A razão da sua institucionalização pelo legislador deve-se ao fato inexorável de que a sociedade moderna clamava por um critério facilitador e simplificador na arrecadação de certos tributos, sobre determinados setores econômicos. Assim é que, com o intuito de dar efetividade ao princípio da praticabilidade da tributação, criou-se a ficção jurídica da substituição tributária, consubstanciada em dois valores fundamentais: a necessidade de evitar a evasão fiscal (segurança fiscal) e a necessidade de assegurar recursos com alto grau de previsão e praticabilidade (certeza fiscal)-SACHA CALMON.

BIBLIOGRAFIA

- BECKER, Alfredo Augusto. **TEORIA GERAL DO DIREITO TRIBUTÁRIO**. 3ª Ed., SP:Lejus, 1998.p. 548/578.
- AMARO, Luciano. **DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO**. 4ª Ed., SP: Saraiva, 1999. p. 291/294.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. **COMPÊNDIO DE DIREITO TRIBUTÁRIO**. 3ª Ed., RJ: Forense, 1997.p. 290/296.
- ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. **MANUAL DE DIREITO FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO**. 13ª Ed., RJ: Renovar,1999. p. 159/163
- CARVALHO, Paulo de Barros. **DIREITO TRIBUTÁRIO**. 2ª Ed., SP: Saraiva, 1999.op. 159/163.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **COMENTÁRIOS A CONSTITUIÇÃO DE 1988**. 8ª Ed., RJ: Forense, 1999.p.315/316.
- PAULSEN, Leandro. **DIREITO TRIBUTÁRIO-CONSTITUIÇÃO E CÓDIGO TRIBUTÁRIO À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA**. 1ª Ed., RS: Livraria do Advogado, 1998. p. 111/114.
- Repertório IOB de Jurisprudência (1/11250) - MACHADO, Hugo de Brito. **A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NO ICMS E A LEI ESTADUAL**.
- VILLEGAS,Hector. **CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO** Revista dos Tribunais.1980, p. 112/113.
- RIBEIRO, Aurélio de Pádua. **SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE** - Revista Teia Jurídica- INTERNET

REGRA DO EQUILÍBRIO E ECONOMIA DE MERCADO

Gabriel Pithan Daudt*

1. Introdução – Regra do Equilíbrio: Individual X Coletivo
2. O Equilíbrio e o Estado
3. Estado, Sustentação do Mercado e Concentração de Renda
4. Considerações Finais

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.



1. INTRODUÇÃO – REGRA DO EQUILÍBRIO: INDIVIDUAL X COLETIVO

Washington Peluso Albino de Souza, em sua obra “Primeiras Linhas de Direito Econômico”, definiu diversas regras de Direito Econômico, como a regra da subsidiariedade, da recompensa, da liberdade de ação, da equivalência, da primazia da realidade social e do interesse social. O presente estudo tem por objetivo dar especial atenção à denominada regra do equilíbrio.

Nas palavras do autor acima citado, a regra do equilíbrio poderia ser assim enunciada: “*Para toda relação de Direito Econômico há sempre um ‘ponto de equilíbrio’, ou uma ‘zona de equilíbrio’, que traduz a mais justa ponderação dos interesses individuais e sociais postos em confronto ante os fundamentos econômicos da ideologia adotada*”¹.

A contraposição entre as pretensões individuais e sociais é um problema que o homem enfrenta desde quando é homem: a contradição do individual com o coletivo. Este é um dos paradoxos da existência humana que consiste em conciliar a existência individual com a existência em grupo.

Os interesses particulares e coletivos, ao mesmo tempo, se realizam e se contrapõem. Realizam-se, porque tanto o indivíduo tem proveito da vida em coletividade, assim como o coletivo se beneficia dos caracteres individuais dos membros de uma sociedade. Contrapõem-se, porque existem situações de conflito inconciliáveis entre o individual e coletivo. Uma das situações que melhor representa este paradoxo é o exemplo de uma indústria altamente poluidora. Ao mesmo tempo em que a comunidade local se beneficia com os empregos e a riqueza gerada pela empresa, é ela, lentamente (ou nem tanto) envenenada.

O individual e o coletivo são conceitos vagos dentro de uma sociedade, pois variam muitas vezes conforme a situação concreta. Estão muito mais ligados a uma contraposição entre interesses mais ou menos abrangentes, à luta de pequenos grupos contra grandes grupos², ou até mesmo, à contraposição entre “valores sociais” – dirigidos a assegurar a dignidade da pessoa humana – e “valores individuais” – representados pela defesa de interesses mercadológicos.

Importante destacar, porém, que a classificação das causas sociais como interesses nobres e das pretensões singulares como aspirações mesquinhas não é um critério válido, além de, inúmeras vezes, equivocado.

¹ “Primeiras Linhas de Direito Econômico” - pág. 132

² “En la filosofía política el colectivismo se opone frecuentemente al individualismo, oposición sin duda vaga donde no se tienen en cuenta uno de los términos y que designa habitualmente una actitud política acerca de los valores más estimables dentro de una sociedad.” - MORA, José Ferrater: *Diccionario de Filosofía* – Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 5ª Edição, 1969, Tomo, pág. 308.

2. O EQUILÍBRIO E O ESTADO

Entre os aspectos individual e coletivo de uma sociedade, existe um terceiro personagem que é, ao mesmo tempo, árbitro e participe. Tal função é desempenhada pelo Estado, ao qual incumbe a tarefa de garantir o “ponto de equilíbrio” entre os interesses sociais e econômicos, ou seja, de assegurar, no campo do Direito Econômico, a observância da regra do equilíbrio³.

Incumbe, inicialmente, indagar o que significa esse equilíbrio entre o individual e o coletivo no plano econômico. Poder-se-ia afirmar que o ponto de equilíbrio entre o individual e o coletivo é dado por um juízo axiológico entre a liberdade e a igualdade. No entanto, a redução da questão à ponderação entre tais valores empobrece a discussão. Existem, na realidade, diversos outros elementos a serem combinados, como o direito à vida, saúde, educação, preservação do meio-ambiente, regulação das relações de trabalho, ou seja, consectários do princípio da dignidade da pessoa humana.

No século XX, existiram dois métodos que tiveram por fim dar uma resposta estatal à contraposição entre o individual e social: o *Welfare State*⁴ e a experiência socialista. Ambos, com suas particularidades, não obtiveram respostas satisfatórias ou viáveis. O *Welfare State* não conseguiu resistir às pressões econômicas que exigiam do Estado um papel menos participativo na economia. Já a experiência socialista trouxe a demonstração de que a liberdade individual é um valor essencial à organização da sociedade, por estar ligado à condição humana.

A experiência do *Welfare State*, em muitos países que se propuseram a seguir sua linha, não chegou ao seu ápice, eis que não se obteve uma total ou, ao menos, desejável, igualdade de oportunidades. Em outros, não vai muito além de uma experiência programática, como é o caso do Brasil⁵.

³ Segundo Norberto Bobbio, “as relações do indivíduo com a sociedade são vistas pelo liberalismo e pela democracia de modo diversos” (*Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 5ª Edição, 1994, pág. 47). Desse modo, a opção pelo Estado Democrático de Direito feita pela Constituição Federal dá uma conotação específica às relações entre o individual coletivo, tendo como princípios os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa, entre outros elementos, como é o caso da função social da propriedade. Neste sentido: SCOTT, Paulo Henrique Rocha: *Direito Constitucional Econômico – Estado e Normalização da Economia* – Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000, pág. 33.

⁴ O *Welfare State* ou “Estado Social” não deixa de ser um reflexo, nos países capitalistas da própria experiência marxista. “Os influxos da ideologia socialista tiveram tamanha repercussão sobre o sistema econômico dos países de estrutura econômica capitalista que acabou se tornando a principal causa do surgimento de um novo perfil de organização sócio-econômica estatal: o Estado Social.” (SCOTT, Paulo Henrique Rocha: *Direito Constitucional Econômico – Estado e Normalização da Economia* – Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000, pág. 53).

⁵ “O postulado do Estado social – mesmo para aqueles países que, como o Brasil, não conseguiram implantar as condições básicas da sua realização – é tido como uma espécie de *mandado constitucional* para que o legislador não fuja dos problemas sociais e crie – ou ao menos propicie as condições necessárias para tanto – uma ordem socioeconômica justa” (SCOTT, Paulo Henrique Rocha – ob. cit., págs. 62/63).

3. ESTADO, SUSTENTAÇÃO DO MERCADO E CONCENTRAÇÃO DE RENDA

Muitos concordam que uma das funções primordiais do Estado é a formação de políticas públicas com o fim de promover condições intrínsecas e extrínsecas para que exista igualdade de oportunidade entre os cidadãos e a economia possa, por si só, evoluir. Em tese, prega-se a redução da atividade estatal aos serviços públicos, com a constante disseminação de políticas de privatização, rejeitando-se sua interferência na economia. A prática, porém, demonstra que os Estados nacionais estão, cada vez mais, empenhados em dar sustentação à economia, passando a fazer políticas sociais apenas quando possível.

Tais sintomas são reflexo direto da transnacionalização das grandes corporações, as quais desfrutam da imensa liberdade da transferência de valores no mercado internacional. Nas palavras do Prof. Dinizar Becker⁶, “*por esse caminho, da ‘Modernização Conservadora’, chega-se à crescente transnacionalização dos espaços econômicos nacionais. Assim, rompem-se devagar e decididamente os limites fronteiros ao capital financeiro, o qual passa a ter o mundo enquanto espaço, para sua valorização. Isso quer dizer que o capital financeiro, em geral, abre espaço para sua valorização mundial. (...) Em conseqüência, os Estados nacionais acabam impotentes, não conseguindo executar sua própria política monetária, pressionados pelas gigantescas dimensões dos mercados financeiros privados, cujo caráter e poder especulativo aniquilam, ou tornam ineficientes grande parte dos instrumentos da política econômica tradicional (inclusive os da política monetária)*”.

Segundo José Eduardo Faria, “*à medida que o processo decisório foi sendo transnacionalizado, as decisões políticas tornaram-se crescentemente condicionadas por equilíbrios macroeconômicos que passaram a representar, mais do que um simples indicador, um efetivo princípio normativo responsável pelo estabelecimento de determinados limites às intervenções reguladoras e disciplinadoras dos governos. Sua autonomia decisória, como conseqüência, tornou-se progressivamente vulnerável a opções feitas em outros lugares, sobre as quais dirigentes, legisladores e magistrados têm reduzida capacidade de pressão e influência*”⁷.

Os efeitos negativos da transnacionalização, evidentemente, são sentidos de forma mais acentuada naqueles países com nível menor de desenvolvimento. As palavras de Eduardo Galeano sobre o tema são pertinentes:

⁶ “Os (Des)Caminhos do Desenvolvimento Contemporâneo: competitividade, sustentabilidade, flexibilidade”.

⁷ *Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão* - “O Mundo da Saúde” - São Paulo, ano 22, v. 22, nº 2, mar/abr 1998.

“Os países pobres estão metidos até o pescoço no concurso universal de boa conduta, para ver quem oferece salários mais raquíticos e mais liberdade para envenenar o meio ambiente. Os países competem, entre si, corpo a corpo, para seduzir as grandes empresas multinacionais. As melhores condições para as empresas são as piores condições para o nível dos salários, para a segurança no trabalho, e a saúde da terra e do povo. Em todas as partes do mundo os direitos dos trabalhadores estão sendo nivelados por baixo, enquanto a mão-de-obra disponível se multiplica como nunca antes ocorrera, nem nos piores tempos.

“(...)Os países tremem ante a possibilidade de que o dinheiro não venha, ou de que o dinheiro fuja. O naufrágio é uma realidade ou uma ameaça que se traduz no plano generalizado. Se vocês não se portarem bem, dizem as empresas, vamos para as Filipinas, ou para a Tailândia, ou para a Indonésia, ou para a China, ou para Marte. Portar-se mal significa defender a natureza ou o que resta dela, reconhecer o direito de criar sindicatos, exigir o respeito às normas internacionais e às leis locais e aumentar o salário mínimo.”⁸

Por conseqüência, se Estado, “garantidor” do ponto de equilíbrio, perde sua capacidade de auto-determinação, a viabilidade da regra do equilíbrio deixa de existir. O que se constata, em países desenvolvidos ou não, é a concentração de renda, o aumento dos índices de pobreza e a devastação do meio-ambiente.

No Brasil, há o exemplo do Plano Real que, por anos a fio, sustentou a situação de paridade com o dólar com o pagamento de juros da dívida pública⁹. Assim, vê-se, a cada ano, a divulgação de recordes de arrecadação tributária em contraposição aos recordes de ausência de investimentos sociais, tudo para a sustentação de uma política econômica capaz de atrair investidores internacionais ao país.

É inegável, portanto, que o Estado tem aumentado seu tamanho e sua participação na economia. Tal aumento, porém, não tem por objetivo interferir no mercado ou investir em determinados setores da economia como outrora fazia, muito menos produzir políticas sociais. O que está sendo apresentado é um Estado grande, porém acéfalo, destinado a sustentar e garantir o jogo do mercado. A lógica é atrair ao máximo investidores e evitar a bancarrota. Sob o ponto de vista econômico, a idéia do Estado mínimo é uma ficção, pois, o que é visto, é o Estado

⁸ *De Pernas Pro Ar - A Escola do Mundo ao Avesso*. São Paulo: LP&M Editores, 1999, pág. 182.

⁹ “Ao manter um regime de câmbio administrado entre março de 1995 e janeiro de 1999, com desvalorizações pequenas, contínuas e previsíveis, o governo reconhecia a necessidade de recolocar a taxa de câmbio numa situação de equilíbrio, mas a trajetória lenta do ajuste impôs ao país uma taxa de juros real altíssima, que, inibindo o crescimento e os necessários investimentos, danificou seriamente a política fiscal.” (MIGUEL, Paulo Pereira e CUNHA, José Antônio Rodrigues da: *A vulnerabilidade externa do Brasil*, in “República”, ano 5, nº 54, Ed. D’Ávila Ltda, São Paulo, abril de 2001).

grande, cada dia mais arrecadador, valendo o mínimo apenas no tocante ao aspecto social.

Situações como a crise do México e a crise da Argentina ocorridas na década de 90 demonstram que, para a preservação do mercado, há a necessidade de apostas milionárias bancadas não apenas pelo ente nacional, como também por parte dos demais países. A nível nacional, houve o exemplo do PROER, onde o Tesouro Nacional destinou grandes somas em dinheiro para evitar uma possível crise do mercado financeiro.

Hans-Peter Martin e Harald Schumann constataam essa perda da autonomia decisória do Estado para o mercado financeiro, pois *“como se fossem dirigidos por mãos invisíveis, os governos sujeitaram-se à superpotência EUA; o FMI, outrora onipotente, e todos os bancos centrais europeus obedeceram ao Diktat de um poder superior, cuja força de destruição já nem mais podem avaliar: o mercado financeiro internacional”*¹⁰.

Neste ponto, não se pode desconsiderar a força dos ataques especulativos à moedas, que obrigam os bancos centrais a elevar os índices de juros e injetar quantias astronômicas de recursos em uma “queda-de-braço” bilionária.

Desde que as nações ocidentais, a partir da década de 70, passaram a abandonar o sistema Bretton Woods para fixação do câmbio¹¹, em nome da liberdade de mercado, a estabilidade das moedas passou a se fragilizar. Aliado a isso, com o aprimoramento das comunicações observado no início da década de 90, as transações de câmbio puderam ser efetuados mais rapidamente, o que favoreceu o jogo especulativo.

A defesa da economia de mercado e manutenção da viabilidade econômica de um país, atualmente necessita de dois aspectos, a realização de reformas estruturais e a imprescindível “manutenção de aparências”. As reformas estruturais se destinam a tornar o país mais atraente a investimentos, proporcionando menores barreiras indesejáveis (direitos trabalhistas, tributos, regras de meio ambiente, etc) e maiores lucros. Já a “manutenção das aparências” tem o fim de proteger a nação contra os ataques especulativos e a manter o nível de investimentos externos. Isto por que, com a alta volatilidade dos recursos, um cenário desfavorável aos investimentos implica busca de investidores em outros mercados seguros. Como

¹⁰ MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald: *A Armadilha da Globalização*. São Paulo: Ed. Globo, 6ª Edição, 1996, pág. 68.

¹¹ “O capital internacional começou a livrar-se de restrições graças à suspensão do câmbio fixo entre as moedas dos maiores países industrializados no ano de 1973. Até aí, valiam as regras do sistema de Bretton Woods. Nessa localidade, nas montanhas do Estado americano de Wisconsin, as potências vencedoras da Segunda Guerra Mundial já em 1944 haviam firmado um acordo sobre uma ordem internacional de padrões monetários que, durante trinta anos, proporcionou a estabilidade. Para as moedas de todos os países participantes valia uma paridade fixa em relação ao dólar, enquanto o banco central americano garantia a conversão das reservas em ouro.” - MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald - ob. cit., págs. 70/71.

já previa Henri Guitton, “o câmbio errático é produto dos impulsos psicológicos violentos”¹².

No Brasil, podem ser observadas medidas de reformas estruturais, como as privatizações, a abertura da economia, a reforma na seguridade social, a progressiva desregulamentação das relações de trabalho. Outras, porém, de viabilidade duvidosa, são claramente destinadas à “manutenção de aparências”, como, em muitos aspectos, não deixa de ser a Lei de Responsabilidade Fiscal, cujo efeito imediato é o refreamento dos investimentos sociais e das reposições salariais do funcionalismo. Há dogmas a serem respeitados, “desregulamentação em vez de controle pelo Estado, liberalização do comércio e do fluxo de capitais, bem como privatização das empresas estatais, tornaram-se armas estratégicas no arsenal de governos crentes na economia de mercado e no das organizações por eles orientadas: Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional (FMI) e Organização Mundial do Comércio (OMC, a entidade que sucedeu o Gatt)”¹³.

Nessas medidas, a regra do equilíbrio vem sendo totalmente esquecida. No “jogo de aparências” internacional, como afirmou Eduardo Galeano, a defesa de políticas de desenvolvimento social que envolvam relações de trabalho ou despesas estatais são um péssimo negócio. Apenas a título de exemplificação, o FMI divulgou relatório segundo o qual a União Federal deverá manter o esforço fiscal para a redução do déficit público até, pelo menos, o ano de 2010. “Para isso o governo terá, contudo, que manter sob rédeas curtas o orçamento de custeio e capital (OCC) nesses dez anos – com zero de crescimento real e a folha de pessoal, também deverá cair cerca de 5% do PIB realizado em 2000 para 3,97% em 2010”¹⁴. Ou seja, para atender as metas do FMI o Brasil, no prazo de dez anos, não poderá aumentar seus investimentos na área social e deverá reduzir proporcionalmente sua despesa com pessoal.

Em um mundo onde 2 a 3% dos recursos investidos no mercado financeiro são destinados a financiar a indústria e comércio, sendo todo o resto relacionado à

¹² “Assim, quando não há mais parapeito, quando as curvas de oferta e de procura não são mais, por assim dizer, condenadas a oscilar em campo restrito voltando em torno dos pontos de entrada e saída do ouro, quando todo esse campo se encontra disponível, as curvas de oferta e de procura podem assumir quaisquer posições, e isto faz que se assista, por vezes, a arrebatamentos, a impulsos violentos do curso do câmbio, sobretudo se o aspecto psicológico se torna predominante.

Quando há disciplina objetiva como a disciplina do ouro, os movimentos do câmbio são enquadrados dentro de certos limites e os fatores mecânicos prevalecem sobre os fatores psicológicos. Quando, porém, não há mais essa disciplina objetiva do outro, são os fatores psicológicos que prevalecem sobre os fatores mecânicos, e como a psicologia está sujeita a arrebatamentos, encontra-se aí a explicação desses caracteres erráticos consideráveis, que atuaram no período entre as duas Guerras, na ausência da conversibilidade em ouro da moeda.” - GUITTON, Henri: *Economia Política*. Rio de Janeiro: Ed. Fundo de Cultura, 2ª Edição, 1961, pág. 225.

¹³ MARTIN, Hans-Peter - SCHUMANN, Harald – ob. cit. - pág.18.

¹⁴ Jornal “Valor Econômico” – 31 de janeiro de 2001 – pág. A4.

especulação, não há lugar para o equilíbrio, pois o mercado sobrevive à custa da desestabilização. São nas crises que se obtém os maiores lucros.

Esse desequilíbrio econômico reflete-se na sociedade com resultados traumáticos, com a concentração de renda, a redução dos custos, o desemprego e, também, o respeito do cidadão apenas enquanto consumidor.

Nesse aspecto, não deixa de ser representativo o fato de que os direitos da cidadania são muito menos respeitados que os direitos do consumidor. Se um rádio a pilha é comprado com defeito, o consumidor tem vários instrumentos em sua defesa. No entanto, se as pilhas desse mesmo rádio contaminam o meio-ambiente por conter metais pesados, não há instrumentos viáveis para uma rápida proteção da saúde dos cidadãos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No processo de redução do poder do Estado, vislumbra-se que, cada vez menos, a ordem jurídica nacional possui valor nesse processo. Grande exemplo disso é a quantidade de Emendas feitas à Constituição de 1988, além daquelas que ainda não foram feitas em razão de o poder constituinte derivado estar impedido de modificar as cláusulas constitucionais sensíveis.

O Estado de Direito e a sociedade estão diante de um processo onde necessitam buscar soluções para os fatores econômicos que os aprisionam. Assim, para os países que não pretendem se manter sob o jugo do mercado, ou, ao menos, reduzir os efeitos de tal dependência, há um longo caminho a ser percorrido, onde é imprescindível a conjunção de esforços direcionados a este fim. Há a necessidade de políticas públicas destinadas a reduzir a desigualdade social e a dependência financeira. Há a necessidade, também, de uma postura jurisprudencial fundada nos princípios constitucionais a fim de preservar a democracia e o equilíbrio entre as pretensões individuais e coletivas.

O mercado existe porque há sociedade. A sociedade, por sua vez, depende do mercado. A regra do equilíbrio, portanto, é essencial à sobrevivência de ambos – mercado e sociedade. O equilíbrio, além de viabilidade econômica, deve observar a viabilidade social ou o compromisso social de cada decisão. Assim, se o art. 170 da Constituição Federal afirma que a ordem econômica tem por fim “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”, resta evidente que toda e qualquer ação estatal no plano econômico deve observar a regra do equilíbrio.

Diversos dispositivos constitucionais dependem, necessariamente, da regra do equilíbrio para sua aplicação.

O primeiro exemplo deles é a função social da propriedade. A propriedade, seja qual for seu caráter (propriedade material, industrial, intelectual), deve atender à sua função social. Ou seja, se não houver equilíbrio entre o interesse individual e o interesse coletivo em desfavor da coletividade não está sendo atendi-

da sua função social. Assim, por exemplo, se houver uma legislação que proteja a propriedade da indústria farmacêutica de modo que esta obtenha lucros desarrazoados em detrimento da população, haverá vício na norma.

Outro exemplo é o princípio da capacidade contributiva, que pode ser usado para se evitar que o financiamento das atividades estatais recaia de forma mais agressiva sobre a parcela desfavorecida da sociedade.

Tais princípios constitucionais devem ser prontamente utilizados para assegurar a observância das políticas sociais. Como já referiu Lênio Luiz Streck citando Garcia Herrera, há que se efetuar uma “resistência constitucional”:

“Proponho, assim, o que Garcia Herrera magnificamente conceitua como ‘resistência constitucional’, entendida como o processo de identificação e detecção do conflito entre princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores que entram em contradição com aqueles: solidariedade frente ao individualismo, programação frente à competitividade, igualdade substancial frente ao mercado, direção pública frente a procedimentos pluralistas.”¹⁵

Um esforço em torno dos princípios constitucionais representa, na atual situação, a defesa do próprio Estado Democrático de Direito, o qual depende do equilíbrio entre os interesses individuais e sociais, como um pressuposto para a manutenção das condições de civilização e para que o progresso se reflita em desenvolvimento humano e não apenas multiplicação de capitais.

¹⁵ *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000, pág. 271.



ATIVIDADE FORENSE





**INFORMAÇÕES EM MANDADO DE
SEGURANÇA Nº70001956721**

Paulo Peretti Torelly
Bruno de Castro Winkler



Of. GAB nº 337/2000

Porto Alegre, 27 de dezembro de 2000.

Senhor Governador,

Em virtude do Ofício nº 2037/2000-STP, remetido pelo Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, eminente relator do mandado de segurança nº 70001956721, impetrado por Adriano Botelho Machado e Alzira Bonotto Machado, contra ato praticado por Vossa Excelência, submetemos à vossa consideração as informações que seguem, e que entendemos devam ser prestadas ao juízo, no prazo legal, de acordo com o disposto no art. 7º, I, da Lei nº 1.533/51.

Trata-se de ação de mandado de segurança em que os impetrantes objetivam seja declarada a nulidade do Decreto Estadual nº 40.477, de 21 de novembro de 2000. O ato impugnado declarou de interesse social, para fins de desapropriação, o imóvel rural denominado “Fazenda Capão Bonito”, com fundamento no art. 2º, III, da Lei nº 4.132/62. Os impetrantes são proprietários de cerca de 902 ha da área declarada de interesse social, e sócios da Granja Três Pinheiros Ltda., cuja falência foi decretada há pouco mais de três anos.

Excelentíssimo Senhor
Governador do Estado do Rio Grande do Sul
Palácio Piratini, nesta Capital.

Dentre as várias alegações dos impetrantes, muitas sem qualquer correspondência com a realidade fática e até descabidas em sede de mandado de segurança, destacam-se as relacionadas à suposta nulidade do Decreto Estadual nº 40.477/2000. Aduzem que o ato impugnado seria inconstitucional, violando competência privativa da União para decretar de interesse social e desapropriar imóvel rural com base na Lei nº 4.132/62, que o mencionado decreto praticado com desvio de poder ou finalidade, e, por último, que a Lei de Falências e a Medida Provisória nº 2027-38 estariam a impedir que houvesse a desapropriação da Fazenda Capão Bonito.

Antes dar prosseguimento a estas informações, com a exposição das razões de fato e de direito que dão sustentação jurídica ao ato impugnado, rebatendo-se, um a um, os argumentos expendidos pelos impetrantes, convém referir que não serão objeto de consideração as alegações referentes aos processos judiciais que tramitam na comarca de Lagoa Vermelha (falência, reintegrações de posse, processos-crime etc.). É óbvio que argumentos pertinentes àquelas causas deverão ser apreciados pelo juízo competente, na oportunidade própria e com observância do devido processo legal. A dicção do art. 7º, I, da Lei nº 1.533/51, revela que a autoridade apontada como coatora deve limitar-se na defesa do ato apontado como ilegal e violador de direito líquido e certo dos impetrantes.

Limitados a este mister, passa-se à exposição das informações propriamente ditas, destacando-se a) a inexistência de nulidade do ato impugnado, b) a ausência de impeditivos legais à desapropriação, e, c) indicando os motivos que justificaram a edição do Decreto Estadual nº 40.477, de 21 de novembro de 2000.

ESCLARECIMENTOS INICIAIS

Convém esclarecer que o Estado do Rio Grande do Sul ajuizou ação de desapropriação do imóvel rural declarado de interesse social pelo Decreto Estadual nº 40.477, de 21 de novembro de 2000¹. A ação expropriatória, fundada no art. 2º, III, da Lei nº 4.132/62, foi proposta três dias após a publicação do Decreto na imprensa oficial, em virtude da necessidade de obter-se, com a máxima urgência, a imissão provisória na posse do imóvel, o que foi deferido pelo Exmº Sr. Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da comarca de Lagoa Vermelha².

Os impetrantes não são parte na ação expropriatória, haja vista que não figuram, no registro imobiliário, como proprietários do imóvel rural ou titulares de qualquer direito real sobre o mesmo.

INEXISTÊNCIA DE NULIDADE

Ao contrário do que é afirmado pelos impetrantes, o ato impugnado revela exatamente sua finalidade e seus fundamentos, não apresentando qualquer desvio ou vício que lhe retire a validade e a eficácia. Da redação do seu art. 1º consta expressamente o seguinte, **verbis**: “É declarado de interesse social, nos termos do art. 2º, inciso III, da Lei Federal nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, para fins de desapropriação, um imóvel rural conhecido como “Fazenda Capão Bonito” (...)” – seguindo-se a descrição do imóvel rural.

A finalidade da expropriação resta claramente indicada no seu artigo 2º, **verbis**: “Fica a Secretaria da Agricultura e Abastecimento autorizada a promover os atos administrativos necessários à desapropriação do domínio pleno das áreas de terra do imóvel objeto deste Decreto, destinadas a abrigar colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola, nos termos da legislação do Fundo de Terras do Rio Grande do Sul – FUNTERRA/RS”.

Em tópico específico sobre a competência para a prática do ato impugnado, constante da parte expositiva da inicial da ação expropriatória, foram expendidos estes argumentos, **verbis**:

“(..)

Assim sendo, convém seja explicitada, ainda que rapidamente, a questão da competência estadual (e a conseqüente legitimidade ativa “ad causam”) para a expropriação.

A competência estadual para expropriar com base na Lei nº 4.132/62 foi recentemente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos REsp nºs 20.896-SP e 39.636-SP, cujas ementas e alguns trechos serão transcritos, **verbis**:

“ADMINISTRATIVO - DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL - LEGITIMIDADE DO ESTADO.

1. A desapropriação pode ser por utilidade pública, regida pelo DL nº 3.365/41, ou por interesse social (Lei nº 4.132/62).

2. A desapropriação por interesse social abriga não somente aquela que tem como finalidade a reforma agrária, de competência privativa da União, como também aquela que objetiva melhor utilização da propriedade para dar à mesma uso de interesse coletivo.

3. Decreto Estadual que pautou-se no art. 2º da Lei nº 4.132/62, tendo o Estado absoluta competência para a expropriação.

4. Recurso especial conhecido e provido (STJ - 2ª Turma, REsp nº 20896-SP, 1992/0008260-2, unânime, Rel. Min. Eliana Calmon, decisão de 19/10/99, DJ de 13/12/99, p. 128).”

Constam do v. acórdão os seguintes trechos, *verbis*:

“Examinando-se o ato do Governador do Estado, o Decreto nº 22.033, de 23/03/84 (fl. 214), objetivou a desapropriação das fazendas Santa Rita e Ribeirão Bonito, no Município de Teodoro Sampaio, para a reorganização das atividades produtivas, declarando o art. 2º do Decreto, que o interesse social tinha, como objetivo, permitir o imediato acesso do Estado à gleba, para solucionar problemas inadiáveis da região.

A questão a enfrentar diz respeito ao tipo de desapropriação procedida pelo Estado que, não sendo por utilidade pública, regido pelo DL nº 3.365/41, identifica-se com aquela que tem por escopo promover a justa distribuição da propriedade ou dar à mesma uso de natureza social: é a desapropriação por interesse social.

(...)

Entretanto, se o objetivo é adequar o uso da terra ao bem-estar social, estão autorizadas a promovê-la todas as pessoas jurídicas de Direito Público que formam a Federação.

As duas espécies de desapropriação estão ao abrigo disciplinar da Lei nº 4.132/62.

Aliás, o art. 2º do diploma em referência contém longa listagem das diversas espécies de interesse social, não se tendo dúvida de que está o Decreto Estadual nº 22.033/84 dentro do figurino do art. 2º que, sem dúvida, foi ignorado pelo venerando acórdão recorrido.”

O outro precedente do STJ está assim ementado:

“ADMINISTRATIVO - DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL - LEGITIMIDADE DO ESTADO.

1. A desapropriação pode ser por utilidade pública, regida pelo DL nº 3.365/41, ou por interesse social (Lei nº 4.132/62).

2. A desapropriação por interesse social abriga não somente aquela que tem como finalidade a reforma agrária, de competência privativa da UNIÃO, como também aquela que objetiva melhor utilização da propriedade para dar à mesma uso de interesse coletivo.

3. Decreto Estadual que se pautou no art. 2º da Lei nº 4.132/62, tendo o Estado absoluta competência para a expropriação.

4. Recurso especial conhecido e provido (STJ - 2ª Turma, REsp nº 39.636-SP, processo nº 1993/0028348-0), Rel. Min. Eliana Calmon, decisão de 22/02/2000, unânime, DJ de 20/03/2000).”³

No mesmo sentido e há bastante tempo, a melhor doutrina tem acentuado que os Estados-membros detêm competência (e legitimidade) para decretar a desapropriação por motivo de interesse social⁴. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO leciona que existem duas espécies de desapropriação por interesse social: “... uma, com sentido mais largo, tem seus casos e pressupostos inscritos na Lei nº 4.132/62; outra, a específica para fins de reforma agrária, assenta-se no Decreto-Lei nº 554/69. No primeiro caso, na desapropriação fincada na Lei nº 4.132/62, parece-nos que a competência não é só da União, mas também dos Estados e Municípios. No segundo, na desapropriação que tem por finalidade a reforma agrária, a competência é exclusiva da União. O que deve ficar claro é que, quando os Estados e Municípios desapropriarem com base na Lei nº 4.132/62, deverão observar as regras do Decreto-Lei nº 3.365/41, vale dizer: deverão pagar indenização prévia e justa e em dinheiro”⁵.

Como síntese, pode ser sempre lembrado o magistério de LUIZ GONZAGA DO NASCIMENTO SILVA, ao afirmar que “a desapropriação por interesse social não se circunscribe, porém, à questão agrária, à luta contra o latifúndio, a resolver o problema das terras improdutivas. Não, ela constitui um poderoso instrumento de ação estatal na realização de qualquer programa econômico-social”⁶. E nessa perspectiva está o ensinamento do saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES: “A desapropriação por interesse social é aquela que se decreta para promover a justa distribuição da propriedade, ou condicionar o seu uso ao bem-estar social (cf. Lei 4.132/62, art. 1º). A primeira hipótese é privativa da União e específica da reforma agrária; a Segunda, é permitida a todas as entidades consti-

tucionais – União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal e Territórios – que têm a incumbência de adequar o uso da propriedade às exigências da coletividade”⁷.

Para finalizar este tópico, transcrevem-se as lições do renomado jurista que participou da comissão que elaborou o anteprojeto que se converteu na Lei nº 4.132/62, na busca do sentido e alcance do interesse social que justifica a expropriação:

“Haverá motivo de interesse social quando a expropriação se destine a solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo em geral, pela melhoria das condições de vida, pela mais eqüitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais. Com base nele, terão lugar as expropriações que se façam para atender a planos de habitações populares ou de distribuições de terras, à monopolização de indústrias ou nacionalização de empresas quando relacionadas com a política econômico-trabalhista do Governo.”⁸

A competência do Estado do Rio Grande do Sul para editar o decreto que declarou de interesse social o imóvel em questão implica, evidentemente, sua própria legitimidade ativa “ad causam”.

(...).”

Esses argumentos foram endossados pelo parecer do Ministério Público, e, ainda que em sede de cognição sumária, restaram acolhidos pelo juízo da 1ª Vara Judicial de Lagoa Vermelha.

Ainda podem ser acrescentados, às razões há pouco expostas, os ensinamentos de EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR, colhidos em obra recente⁹, no sentido de que remanesce a competência dos Estados e Municípios, com base no art. 5º, XXIV, da CF/88, para exararem declarações de interesse social, sobre glebas suscetíveis de exploração rurícola nos termos da Lei nº 4.132/62, referindo, porém, que, nessas hipóteses, não se admite “o pagamento de parte da indenização em títulos públicos, devendo, na sua inteireza, ser solvida em moeda corrente”. Aduz que “a maioria dos autores não concebe a idéia de que a figura específica da desapropriação-sanção, estabelecida no art. 184 da Lei Básica, tenha alijado do mundo jurígeno o instituto jurígeno do seu art. 5º, XXIV, recomendando exegese que concilie os institutos”.

JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADE, por sua vez, em monografia sobre o tema¹⁰, conclui no mesmo sentido, verbis: “Assim, as demais entidades da federação podem fazer uso da Lei nº 4.132/62, sendo-lhes vedada a utilização da Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra, arts. 16 a 20) e do DL nº 554/69, hoje parcialmente revogado, ou da legislação que se segue, a saber a Lei 8.629/93”.

Esse entendimento está, inclusive, consentâneo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consoante decisões proferidas no MS 14.458-RS, re-

latado pelo Min. Hermes Lima, RE 86.041-1-SP, relatado pelo Min. Décio Miranda, assim ementado:

“Administrativo. Desapropriação. Interesse social. Criação de distrito industrial no município. Invocado no decreto declaratório de utilidade pública de área rural adjacente à área urbana, para fins de desapropriação, o fundamento da “utilidade pública” (Dec.-Lei 3.365, de 1941) e o fundamento do “interesse social” (Lei 4.132, de 1962), prevalece este último. A desapropriação de área rural adjacente, para formação de distrito industrial, ajusta-se ao inciso legal que autoriza “o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico” (Lei 4.132, art. 2º, I). Só é privativa da União a desapropriação de imóvel rural por interesse social mediante pagamento em títulos especiais da dívida pública; não a que se faz com pagamento em dinheiro. Decisão que não colide com outras, proferidas pelo Tribunal; que invalidaram desapropriações para a mesma finalidade, mas efetuadas com invocação do fundamento de “utilidade pública”, do Dec.-Lei 3.365, de 1941.”¹¹

Ao que parece, esse pensar tem prevalecido no STF, conforme se nota do MS 22.193-SP, rel. designado Min. Maurício Corrêa, publicado no DJU de 29/11/96, p. 47.160.

Assim sendo, verifica-se serem desarrazoadas as alegações dos impetrantes. É evidente que o ato impugnado foi praticado por autoridade competente, no exercício regular de competência que deriva da Constituição Federal e da Lei nº 4.132/62, sendo também evidente que o Decreto/RS nº 40.477/2000 visa ao interesse público, perseguindo finalidade legalmente prevista (Lei nº 4.132/62, art. 2º, III).

A propósito do suposto desvio de poder, destacam-se lições extraídas de obra clássica sobre o assunto: “O vício de desvio de poder, como assentam os doutos, pode apresentar-se sob dupla modalidade. Em uma delas, o agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público. Neste caso atua para alcançar um fim pessoal, que tanto pode ser de perseguição a alguém como de favoritismo ou mesmo para atender um interesse individual do próprio agente. Em outra modalidade, manejando também uma competência que em abstrato possui, busca atender uma finalidade pública que, entretanto, não é aquela própria, específica, da competência utilizada. Aí ter-se-á valido de uma competência inadequada, de direito, para o atingimento da finalidade almejada”¹².

O ato praticado, à toda evidência, não incorre em qualquer dessas modalidades de desvio de poder. O Decreto Estadual nº 40.477/2000 foi praticado em

nome do interesse público, coletivo, conforme destacado na petição inicial da ação expropriatória. O imóvel fora duas vezes ocupado por trabalhadores rurais sem terra, cerca de duzentas famílias, em momento quando se encontrava (o imóvel) praticamente abandonado, passando, então, a partir da ocupação, a apresentar uma produção agrícola, satisfazendo o interesse público tanto na produção de alimentos quanto na solução, ainda que parcial, do grave problema relacionado com o enorme contingente de vítimas do crescente processo de exclusão social existente neste País. Acresça-se a isso a necessidade de ser adotada uma medida capaz de aliviar o estado de tensão social decorrente da disputa pela área ocupada, em uma situação que restou bastante agravada em razão da reintegração de posse deferida à Massa Falida da Granja Três Pinheiros Ltda., o que implicou o risco de que os ocupantes viessem a perder o que haviam plantado no imóvel, cuja época de colheita se aproximava.

Descartada a idéia de que o ato tenha por finalidade perseguir quem quer que seja ou favorecer interesses privados, pode-se afastar, também, a possibilidade de que a autoridade coatora tenha-se valido de uma competência inadequada ao atingimento da finalidade almejada. A declaração de interesse social e o manejo da ação expropriatória visam a atingir a finalidade expressamente prevista pelo art. 2º, inciso III, da Lei nº 4.132/62.

DA INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO À DESAPROPRIAÇÃO

A alegação de que a desapropriação estaria impedida pelo disposto no art. 4º da Medida Provisória nº 2.027-38, de 4 de maio de 2000¹³, é totalmente descabida no caso concreto. Essa norma, como está expresso em seu texto, alterou o disposto no art. 2º da Lei nº 8.629/93, que sabidamente é uma lei federal, só aplicável à União (e ao INCRA), não tendo qualquer pertinência com a desapropriação por interesse social baseada no art. 2º da Lei nº 4.132/62.

A Lei nº 8.629/93 instituiu procedimento especial para a desapropriação-sanção a que está sujeito o imóvel rural improdutivo, conforme preceitua o art. 184 da Constituição Federal. Esse tipo de desapropriação, que não se confunde com a desapropriação fundada no art. 2º, III, da Lei nº 4.132/62, é de competência exclusiva da União, conforme afirmado anteriormente, havendo previsão de rito ou procedimento especial, sumário, ocorrendo a possibilidade de serem utilizados títulos da dívida agrária para o pagamento das indenizações.

A alegação de que a Lei falimentar estaria a impedir a expropriação chega realmente a impressionar, pela absoluta improcedência do argumento. A desapropriação é modo originário de aquisição da propriedade, que rompe a cadeia dominial, caracterizando-se como verdadeiro ato de império, derivado da soberania e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Havendo a satisfação dos requisitos legais, nada impede que a desapropriação atinja o

patrimônio de sociedades comerciais falidas ou mesmo concordatárias. Nesse campo não há qualquer privilégio em favor de empresas ou sociedades mercantis, pouco (nada) importando se estejam ou não em situação falimentar. É evidente que, nessa hipótese, estando falido o expropriado, a indenização correspondente será paga para a massa falida, sem qualquer problema.

MOTIVOS DA DESAPROPRIAÇÃO

Conforme narrado na petição inicial da ação de desapropriação, a decretação do interesse social sobre o imóvel rural pertencente ou de interesse dos impetrantes deveu-se ao seguinte, *verbis*:

“O imóvel rural objeto desta ação expropriatória foi declarado de interesse social, com base no art. 2º, III, da Lei nº 4.132/62. A desapropriação visa a propiciar a instalação e manutenção de colônia agrícola, com o assentamento dos trabalhadores rurais que estavam ocupando a gleba¹⁴ e que figuram no cadastro estadual instituído pela legislação do Fundo de Terras do Estado do Rio Grande do Sul – FUNTERRA/RS.

É bastante conhecida a situação do imóvel a ser expropriado, pertencente, em sua maior parte, à Granja Três Pinheiros Ltda., que se encontra em processo falimentar.

Vêm de longe as tentativas de aquisição deste imóvel, com o fito de destiná-lo à reforma agrária.

Em 28.07.97 foi requerida em juízo a autofalência da Granja Três Pinheiros Ltda., pessoa jurídica de direito privado, sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com sede na cidade de Lagoa Vermelha-RS, processo autuado sob nº 11244 e distribuído à 1ª Vara dessa comarca.

Naquela peça proemial foram desfilados o histórico e as causas das dificuldades da empresa e relacionados seus bens. Foi apresentado um **ativo**, entre créditos junto a clientes, impostos a recuperar, estoque de produtos, consórcios, bens móveis e imóveis, no total de **R\$ 23.208.026,62** (vinte e três milhões duzentos e oito mil e vinte e seis reais e sessenta e dois centavos) e um **passivo**, constituído de obrigações junto a fornecedores, credores diversos, instituições financeiras, ao fisco, à previdência, e a funcionários, no valor de **R\$ 21.879.851,34** (vinte e um milhões, oitocentos e setenta e nove mil, oitocentos e cinqüenta e um reais e trinta e quatro centavos). Foi alegado que sua situação, na época, era de “insolvência fática” e “falência de direito”, razões que a levaram a requerer autofalência em juízo.

No pedido de autofalência, a Granja Três Pinheiros Ltda. juntou inúmeros documentos, dentre os quais a relação de bens do ativo permanente,

em que se encontra a Fazenda Capão Bonito, descrita como pertencente nas matrículas de n.ºs 2837, 2839, 12.294, 4.981, 1.949 e 3.573.

Em 31.08.97, a MMa. Juíza Substituta da 1ª Vara daquela Comarca, em sentença de duas laudas, decretou a falência, em face de estar preenchidos todos os requisitos legais, nomeando síndico o Banco do Brasil S/A, Agência Lagoa Vermelha, maior credor da requerente.

No ano de 1.999 houve a ocupação do imóvel em tela por um contingente de “sem-terra”, o que acarretou a realização de audiência, em 08.10.99, onde se fizeram presentes representantes do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e do Estado do Rio Grande do Sul, com o objetivo de discutir eventual compra da área.

Apesar de realizada a vistoria e efetivada oferta de compra pelo Estado e pelo INCRA, o negócio não pôde ser concretizado, em face da resistência dos falidos. Entrementes, o INCRA iniciou procedimento administrativo tendente à verificação do cumprimento da função social da propriedade de tais imóveis, com vistas a eventual desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, o que levou a abertura do processo n.º 54220.000567/00-85, na SR-11-INCRA, referente ao imóvel “Capão Bonito”.

Apesar da anterior negativa, e em face da celebração de novo Convênio entre o INCRA e o Estado, houve nova tentativa de aquisição das áreas em comento, em 08.08.2000, pela via da compra e venda, o que resultou em novo oferecimento, conforme ofício firmado pelo Sr. Superintendente do INCRA no Rio Grande do Sul e pelo Sr. Chefe do DRA.

Naquela oportunidade, a aquisição ficou condicionada ao cumprimento das exigências do Decreto Federal 2.614/98 e da higidez formal de eventual autorização judicial.

Como se sabe, a situação do processo judicial da falência da Granja Três Pinheiros é bastante complexo, haja vista os inúmeros incidentes, que já representam mais de trinta volumes e três mil páginas, agravados pelo embate renhido entre as partes. Afora isso, que já implica grande demora na solução do processo, o juízo falimentar asseverou, em despacho que determinou a reintegração na posse, *verbis*: “...bastante discutível é a possibilidade legal e jurídica de celebração do referido contrato ao invés da venda através de leilões”.

Apesar da oferta dos entes públicos para a aquisição da área, sobreveio decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em julgamento de 31.08.2000, determinando a imediata reintegração da Fazenda Capão Bonito.

Convém mencionar que o imóvel se encontrava, por ocasião da ocupação, em **total abandono**, conforme se depreende do Levantamento de Dados e Informações elaborado por técnicos do INCRA, que o vistoriaram

para a verificação do cumprimento da função social, conforme preconiza a Constituição Federal e a Lei Federal nº 8.629/93. Na ocasião, conforme Laudo em anexo, o Grau de Utilização da Terra (GUT) e o Grau de Eficiência na Exploração (GEE), na metodologia determinada pela citada Lei Federal, atingiram os índices de 0,00%, a demonstrar, à sociedade, seu caráter de improdutivo, não cumprindo, assim, a função social da propriedade.

É importante destacar que não se exige a condição de improdutivo, como requisito a esta modalidade de desapropriação por interesse social, mas é inquestionável que a circunstância agiganta o interesse social, com as matizes da generalidade que lhe emprestou o diploma legal.

De outra banda, o emprego do vocábulo “colonização”, em sua acepção jurídica, nos remete ao velho Estatuto da Terra, em face de ser este o diploma que, por excelência, tratou do tema. Em seu artigo 4º, inciso IX, assim o define, **verbis**:

“Art. 4º. Para os efeitos desta Lei, definem-se:
(...)

IX – Colonização, toda a atividade oficial ou particular, que se destine a promover o aproveitamento econômico da terra, pela sua divisão em propriedade familiar ou através de Cooperativas... VETADO.”

E nos artigos 55 e seguintes existe a especificação da colonização oficial, prevista para recrutar e selecionar pessoas ou famílias, reunindo-as em núcleos agrícolas ou agroindustriais “podendo encarregar-se de seu transporte, recepção, hospedagem e encaminhamento, até sua colocação e integração nos respectivos núcleos.”

Dúvida alguma exsurge da similitude com o presente caso, especialmente quando no artigo 56 do Estatuto da Terra, preceitua que a “colonização oficial deverá ser realizada em terras já incorporadas ao Patrimônio Público ou que venham a sê-lo”, sendo realizada, preferencialmente, em “áreas ociosas ou de aproveitamento inadequado” (I), “próximas a grandes centros urbanos e de mercados de fácil acesso” (II), e tendo em vista os objetivos da “integração e o progresso social e econômico do parceleiro”; “o levantamento do nível de vida do trabalhador rural”; “a conservação dos recursos naturais e a recuperação social e econômica de determinadas áreas” e o “aumento da produção e da produtividade no setor primário”, conforme dispõe seu artigo 57.

Todos estes requisitos e objetivos estão presentes na presente decretação do interesse social e com a conseqüente desapropriação, de sorte a se poder afirmar, em especial diante do caráter programático da norma, seu enquadramento citado permissivo da Lei 4.132/62. E, obviamente, só conforta esse entendimento, pragmático e positivado no texto legal e constitucional, a noção que emerge da modalidade desapropriatória por **interesse social**.

No dizer do mestre MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO “há nela, sem dúvida, pela intenção do legislador, a vontade de evitar conflitos coletivos no campo social e econômico, através da racional distribuição ou divisão da propriedade. O motivo do interesse social não é apenas uma noção programática. Ao contrário, é uma noção ampla que envolve, no seu contexto, não limitações impostas pelo Poder Público, mas exigências que atingem a própria ordem política constituída”¹⁵.

Assim sendo, por qualquer ângulo que se examine o tema resulta no enquadramento da situação fática que permeia o presente processo na modalidade de interesse social, prevista no artigo 2º, inciso III, da Lei 4.132/62, que visa, sobretudo, a propiciar que se dê ao imóvel utilização adequada ao interesse da coletividade e ao bem-estar social.

Além de evitar-se o conflito social, que é iminente em razão da recente desocupação do imóvel, a imissão provisória na posse tem a finalidade de evitar a ocorrência de prejuízo econômico e social, consubstanciado na perda da “colheita de inverno”, conforme comprova o laudo da EMATER que instrui esta petição inicial.
(...).”

Em face da exigüidade do tempo, do decêndio previsto no art. 7º, I, da Lei nº 1.533/51, estas informações serão complementadas pelos documentos que a acompanham, em especial pelas cópias do processo judicial referente à desapropriação do imóvel declarado de interesse social pelo Decreto Estadual nº 40.477/2000.

São estas, senhor Governador, as informações que julgamos devam ser prestadas, em razão do mandado de segurança nº 70001956721, impetrado por Adriano Botelho Machado e Outra.

Sem mais para o momento, aproveitamos o ensejo para transmitir a Vossa Excelência nossas respeitadas saudações.

Paulo Peretti Torelly
Procurador-Geral do Estado

Bruno de Castro Winkler
Procurador do Estado
OAB/RS nº 22.063





ACÓRDÃO MSNº70001956721





ACSP/PAML 2000/CÍVEL

MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO ESTADUAL QUE DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA TERRAS PARA DESAPROPRIAÇÃO. Possibilidade jurídica que decorre do inc. XXIV, do art. 5º, CF, e art. 2º, III, da Lei no 4.132/62. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada, por maioria.

MANDADO DE SEGURANÇA

TRIBUNAL PLENO

Nº 70001956721

PORTO ALEGRE

ADRIANO BOTELHO MACHADO

ALZIRA BONOTTO MACHADO

IMPETRANTES

EXMO. SR. GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO

GRANDE DO SUL

COATOR

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

LITISCONSORTE PASSIVO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça deste Estado, por maioria, em denegar a segurança, vencidos os Desembargadores Relator, Maria Berenice Dias, Danúbio Edon Franco e Sergio Pilla da Silva.

Conforme na forma da lei.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Tael João Selistre (Presidente, com voto), Sergio Pilla da Silva, Cacildo de Andrade Xavier, Alfredo Guilherme Englert, Elvivo Schuch Pinto, Antonio Carlos N. de Mangabeira, José Eugênio Tedesco, Osvaldo Stefanello, Aristides P. de Albuquerque Neto, Ranolfo Vieira, Vladimir Giacomuzzi, Araken de Assis, Vasco Dei la Giustina, Maria Berenice Dias, João Pedro Freire, Danúbio Edon Franco, Antonio Guilherme Tanger Jardim, João Carlos Branco Cardoso, Leo Uma, Marcelo Bandeira Pereira e Gaspar Marques Batista.

Porto Alegre, 04 de junho de 2001.

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA,

ator vencido.

DES. PAULO AUGUSTO MONTE LOPES,

Redator para o acórdão.

RELATÓRIO

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA (RELATOR VENCIDO) - Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Adriano Botelho Machado e Alzira Bonotto Machado contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio Grande do Sul, consubstanciado no Decreto nº 40.477, de 21 de novembro de 2000, que declarou de interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural conhecido como “Fazenda Capão Bonito”, situado no município de Lagoa Vermelha.

Relatam, em longo arrazoado, que, com base no Decreto Estadual nº 40.477, de 21 de novembro de 2000, foi declarada de utilidade pública, para fins de desapropriação para reforma agrária, área de terra de propriedade dos ora impetrantes, o que entende extrapolar a competência Estadual, por se tratar de competência da União, forte no artigo 184, da Constituição Federal. Também menciona que o Estado, em nome do interesse público, acabou por desvirtuar o princípio da função social da propriedade, razão pela qual requerem a decretação da nulidade do ato, tendo em vista a flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade.

Acostaram os documentos das fls. 43/203.

A liminar pleiteada restou indeferida, conforme despacho da fl. 214.

O Senhor Governador do Estado, ao prestar as devidas informações, aduziu que o ato impugnado revela exatamente sua finalidade e seus fundamentos, não apresentando qualquer desvio ou vício que lhe retire a validade e a eficácia. Esclarece que a competência estadual para desapropriar, tendo por base a Lei nº 4.132/62, foi reconhecida pelo STJ, mostrando-se competente para o referido ato. Por fim, argumenta que a alegação de que a desapropriação estaria impedida pelo disposto no art. 40, da Medida Provisória nº 2.027-38, de 04 de maio de 2000, não se sustenta pelo fato desta norma ter alterado o disposto no art. 2º, da Lei nº 8.629/93, Lei Federal, só aplicável à União, não possuindo qualquer pertinência com a desapropriação por interesse social baseada no art. 2º, da Lei nº 4.132/62.

Acostados os documentos das fls. 241/423.

Veio aos autos o Estado do Rio Grande do Sul, requerendo sua habilitação no feito, na qualidade de litisconsórcio passivo necessário, acostando aos autos os documentos das fls. 428/463.

O Dr. Procurador-Geral de Justiça manifestou-se no sentido da não-concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA (RELATOR VENCIDO) – O art. 184, da Constituição Federal, reza:

160 - RPGE, Porto Alegre 24(54): 157-168, 2001

“ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social mediante pré- via e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º – As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação

§ 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.”

Na obra “ A Constituição na Visão dos Tribunais, interpretação e julgados artigo por artigo”, Tribunal Regional da Primeira Região, encontra-se julgado com a seguinte ementa :

“EMENTA: Desapropriação. Decreto. Alteração. Interesse público para interesse social. Atentado. Inocorrência. Enquadramento previsto expressamente em lei. Recurso não provido.

Desapropriação. Imóvel rural. Construção de casas populares. Interesse social de competência do Município. Interpretação do art. 184 da Constituição da República. Recurso não provido.

Podem o Estado, o Distrito Federal, o Município e o Território desapropriar imóvel rural por interesse social desde que este não seja para reforma agrária, competência reservada à União (art. 184 da Constituição da República). “ (TJSP. AC 221935-2/Brotas. Rel. :Des.Salles Penteado. 11ª Câmara Civil. Decisão: 1º/06/95. JTJ/SP -LEX-172, p.74)”

Escreve O Des. Wellington Pacheco Barros:

“ Inicialmente, repetindo a Constituição Federal, diz a lei que a competência para desapropriar, por interesse social, para fins de reforma agrária, é da União, através de seu órgão executor da reforma agrária, que é o INCRA. O que significa afirmar que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem desapropriar imóveis rurais para fazer reforma agrária. Isso não impede, todavia, que eles adquiram, por compra, imóveis rurais e os distribuam, conforme entenderem. A proibição reside na retirada coativa da propriedade. Esta, sim, é de exclusiva competência federal. Como a competência para desapropriar para fins de reforma agrária é da União, tem-se que o processo tramitará na vara da Justiça Federal onde se situe o imóvel desapropriando. “ (Curso de Direito Agrário, terceira edição, revista e ampliada, Volume 1, Editora Livraria do Advogado, p. 50).

O Decreto Estadual impugnado está imbuído do espírito social para fins de reforma agrária e não pode subsistir, sob pena de extrapolar o art. 184, da Constituição Federal.

Provejo a segurança impetrada.

DES. PAULO A. MONTE LOPES - O emin. Relator sustenta seu voto exclusivamente no art. 184, CF, a denominada desapropriação-sanção, todavia, o art. 5º, XXIV, CF, estabelece que *“a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”*

Portanto, também a Lei Maior enseja outra e diferente forma para desapropriação, ou seja, por interesse social, com pressupostos e maneira de pagamento diferenciadas, e que coexistem, como dirime doutrina e jurisprudência, não invadindo o Estado - membro a área de competência originária e exclusiva da União ao declarar de interesse social, para desapropriação, determinada gleba, quando fornece justificativa e que não chega a sofrer impugnação, como esteve presente no Decreto, como, no caso, o problema social e econômico originário de antiga falência, tudo com base no art. 2º, III, da Lei no 4.132/62.

Assim, também há base constitucional para que o Estado federado emita decreto de desapropriação, efetuando o justo pagamento, como, na hipótese, para obter a imissão na posse e concretize a desapropriação.

Aos precedentes referidos no parecer do ilustrado Dr. Procurador de Justiça, é possível acrescentar a ementa do Resp no 81.362/MA, j. em 28.08.00, relatado pelo emin. Min. ALDIR PASSARINHO JR., que, na parte que interessa, está assim redigido: *“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA REFORMA AGRÁRIA. CADUCIDADE RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COMPROVADA. INTERESSE SOCIAL. LEI N.º 4.132/62, ART: 3º. APLICABILIDADE. I - A Lei nº 4.132/62 se aplica às desapropriações para fins de reforma agrária, onde se configura o interesse social do Estado...”*

Ausentes, assim, os pressupostos invocados pelos impetrantes, com a vênia do emin. Relator, estou em denegar a ordem.

DES. ARISTIDES P. DE ALBUQUERQUE NETO - Sr. Presidente, com a vênia do eminente Relator, estou denegando a segurança nos termos do parecer do Ministério Público e acompanhando o eminente Des. Monte Lopes.

DES. RANOLFO VIEIRA - Eminente Presidente, embora a desapropriação por interesse social para o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola, prevista no art. 2º, inc. III, da Lei

nº 4.132/62, se inclua no conceito amplo de reforma agrária, tenho para mim que o art. 184 da Constituição Federal trata de uma forma específica de reforma agrária, com as características ressaltadas pelo eminente Des. Monte Lopes; esta sim é aquele tipo de desapropriação de competência exclusiva da União.

Outro tipo de desapropriação por interesse social cai na regra geral prevista e possível e que atribui à União, aos Estados e aos Municípios a possibilidade de efetuar a desapropriação com tal propósito.

Com esses singelos acréscimos, estou acompanhando o eminente Des. Monte Lopes.

DES. VLADIMIR GIACOMUZZI - Sr. Presidente, entendo que a desapropriação, com base no art. V, inc. XXIV, da Constituição Federal, e apoiada na Lei nº 4.132/62, é da competência do Estado também.

Penso que, em assim sendo, a ação deve ser julgada improcedente.

Estou denegando e acompanhando, com a vênua do eminente Relator, o voto do Des. Paulo e dos que o seguiram.

DES. ARAKEN DE ASSIS - Acompanho o brilhante voto do eminente Des. Paulo Augusto Monte Lopes, como já o fizera relativamente ao não menos brilhante voto do Des. Alfredo Guilherme Englert em caso análogo.

DES. TAEI JOÃO SELISTRE (PRESIDENTE) - Estou votando no mesmo sentido, pedindo vênua para adotar os fundamentos do parecer do Ministério Público, lembrando os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e as conclusões dos pareceres juntados no memorial do Estado do Rio Grande do Sul, quando fica clara a competência do Estado para a desapropriação ora impugnada. Denego a segurança.

DES. VASCO DELLA GIUSTINA - Também, eminente Presidente. Pelo que se pode ver do art. 184, compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social.

Como disse o Des. Monte Lopes, é o problema da desapropriação-sanção, que seria, então, de competência exclusiva da União, e que não ocorre neste caso.

Acompanho o eminente Des. Monte Lopes, com a vênua dos Colegas e do eminente Relator .

DESA. MARIA BERENICE DIAS - Sr. Presidente, vou rogar vênua aos eminentes Colegas para acompanhar o eminente Relator.

A possibilidade prevista no inc. XXIV do art. 5º da Constituição Federal, facultando a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse

social, é quando a expropriação não tenha por fim a reforma agrária, uma vez que o art. 184, de forma explícita, concede exclusivamente à União tal faculdade.

Diante dessa limitação de ordem constitucional, não há como se deixar de ter por não recepcionada pelo novo sistema jurídico a Lei nº 4.132/62, não mais persistindo a possibilidade de desapropriação para a manutenção de colônias ou cooperativas de trabalho.

Um dos raros exemplos em que se afigura interesse social e há competência concorrente de todos os três níveis da Administração é a decisão já referida do Des. Englert, julgada recentemente e que com esta não se conflita, pois se tratava da preservação de área indígena. Esse é o verdadeiro exemplo de desapropriação por interesse social que pode ser feita pelo Estado, com o facultativo do inc. XX do art. 40.

Ora, de forma expressa, está nos comemorativos do decreto ora sob julgamento, e foi dito também de forma clara da tribuna, que a razão dessa desapropriação levada a efeito pelo Estado decorria precisamente da circunstância de o imóvel estar abandonado, ou seja, não estar cumprindo sua função social e, em face disso, ter sido alvo de invasão pelo Movimento Sem-Terra. Isso é que teria dado ensejo à desapropriação ora buscada, e independentemente do preciosismo de buscar subsídios numa lei que não mais vigora, de que seria povoamento para trabalhos agrícolas, evidentemente que esta área se destina para o assentamento dos invasores.

Assim, tendo por tipificado, de forma clara, por reconhecido e confessado pelo Estado que buscou a desapropriação porque não estava o imóvel cumprindo a sua função social, que a competência é exclusiva da União. Esta possibilidade não mais regida pela lei nº 4.132/62, e sim pela Lei Complementar nº 76 de 06-07-93, que também, de forma expressa, afirma que a ação de desapropriação para fins de reforma agrária é de competência privativa da União.

Portanto, não existe mais essa hipótese legal de que fez uso o Estado, pois não se coaduna com a legislação que adveio em decorrência da nova Carta Constitucional.

Por tais fundamentos, acompanho o eminente Relator.

DES. JOÃO PEDRO FREIRE - Sr. Presidente, com a vênua do eminente Relator, estou acompanhando o eminente Des. Paulo Augusto Monte Lopes.

DES. DANÚBIO EDON FRANCO - Sr. Presidente, com a vênua do Des. Paulo Monte Lopes e de todos que o acompanharam, estou votando com o Relator e com a Desa. Berenice, mesmo porque me parece que a competência para desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, é exclusiva da União.

DES. ANTÔNIO GUILHERME TANGER JARDIM - Acompanho o eminente Revisor, Des. Paulo Augusto, com a vênua dos que votaram em sentido contrário.

DES. JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO - Da mesma forma, Sr. Presidente.

DES. LEO LIMA - Também acompanho o eminente Des. Monte Lopes.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA - Sr. Presidente, parece-me que o parecer do Professor Celso Bandeira de Mello é irretorquível em suas conclusões.

Também acompanho o eminente Des. Paulo Augusto.

DES. GASPAR MARQUES BATISTA - Também, Sr. Presidente.

DES. SERGIO PILLA DA SILVA - Sr. Presidente, peço vênia para acompanhar o eminente Relator, com os acréscimos da eminente Desa .Berenice, por isso que o decreto, embora sob a desculpa de que há o interesse social, e até admito que exista, se fundamenta no abandono da propriedade, ou seja, porque está descumprindo a sua função social.

Ora, no caso, a competência para a avaliação disso é da União, tanto que a indenização não se fará por justa indenização em dinheiro, e sim por título da dívida agrária. É o art. 184 da Constituição Federal.

Daí por que estou concedendo a segurança.

DES. CACILDO DE ANDRADE XAVIER - Com o eminente Des. Monte Lopes.

DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT - Nos memoriais da Procuradoria-Geral do Estado é feita referência ao Mandado de Segurança nº 70002045896, julgado recentemente. Pesquisei no computador, já está em nota de expediente do dia 28 de maio e deve estar sendo publicado.

Naquele caso, os impetrantes batiam forte no sentido de que o Estado não teria competência, porque se tratava de demarcação de área indígena, e o voto foi no sentido de que não se estava demarcando área indígena, pois desapropriava-se para que a comunidade indígena tivesse um local para se estabelecer .

Ademais, aconteceu a assinatura de convênio entre o Estado do Rio Grande do Sul e a União, via INCRA, competindo ao Estado desapropriar certas áreas.

De qualquer maneira, o acórdão relatado pela Ministra Eliana Calmon, também referido nos memoriais, é no sentido de que a desapropriação por interesse social não se resume apenas à possibilidade de reforma agrária, de competência privativa da União, como também acontece quando objetiva melhor utilização da propriedade. Bem ou mal, no momento, foi dito que se está fazendo uma tentativa de colonização, cooperativas agrícolas, etc.

Acompanho o voto do Des. Monte Lopes.

DES. ÉLVIO SCHUCH PINTO - Sr. Presidente, também estou acompanhando o eminente Des. Monte Lopes, porque penso que este dispositivo da Lei nº 4.132, inc. III do art. 20, foi recepcionado pela Constituição no art. 5º, § 24, que dispõe que *“a lei estabelecerá procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”*.

E dentre as ressalvas está aquela de que aqui se falou, prevista no art. 184 do capítulo que trata Da Política Agrícola e Fundiária, quando autoriza a chamada desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária.

Isso leva à conclusão de que há mesmo duas espécies de desapropriação por interesse social, e apenas daquelas áreas que não estejam cumprindo sua função social cogita o art. 184, com a regra excepcional de indenização em títulos de dívida agrária, os chamados TDAs, que todos nós conhecemos, e que são também conhecidos como “moeda podre”, o evento de aquisição de bens de efetivo valor .

Lendo este art. 184 e ouvindo esta discussão sobre a existência de uma espécie de desapropriação-sanção, recordo-me de outro tema que está muito vivo na área do Direito Público, que diz respeito à progressividade extrafiscal do IPTU, de que cuida o art. 156, § 10, da Constituição, com a sua redação originária e agora ressuscitado e reavivado pela Emenda Constitucional nº 29, e que assegura ao Município o uso do IPTU como instrumento de efetivação do uso social da propriedade imobiliária urbana, de modo que fique claro que aquela norma do art. 182, § 40, inc. II, que é a da progressividade e sanção do IPTU, não é o único instrumento de efetivação do uso social da propriedade territorial urbana.

No que respeita à reforma agrária, ouviu-se da tribuna que aqui, em se tratando de colonização, não é reforma agrária. Penso que reforma agrária, *lato sensu*, e como conhecemos, é aquela promovida no Oeste americano em que pessoas, de qualquer natureza ou espécie de atividade, inclusive até abonados industrialistas ou rendeiros, se lançaram numa corrida de cavalos e diligências em busca de terras que o Governo ia repartir. Quer dizer , a pura e simples divisão de terras para que o maior número de pessoas a ela tivesse acesso.

Então hoje, quando se fala, aqui, no Rio Grande do Sul, e neste caso específico, em “reforma agrária”, tem-se presente um problema de reassentamento de ex-agricultores ou rurícolas, que foram expulsos em razão da subdivisão da propriedade pela herança e por fatores até da pressão econômica e se viram sem terras, eles e seus descendentes, seus familiares, e essa gente constitui-se em um problema social. E pressionam quem? Pressionam o Governo do Estado, porque a União está distante. Quem vai intervir, e nós estamos vendo com muita frequência nessas invasões, é o Estado, são os Juizes Estaduais, é a Justiça Estadual, é o Governo do Estado, é a Brigada Militar .

Portanto, esse problema é um problema social, inclusive de segurança pública estadual, e que importa, sim, ao Estado eventualmente resolver. E se o fez, e o está fazendo aqui com esse nome de colonização, por- que hoje não existem mais terras devolutas a serem colonizadas na sua acepção histórica, mas há subdivisões e há reassentamentos em que o Estado também tem interesse em promover, no caso, aqui, está fazendo, a meu ver, com base numa lei que foi recepcionada, porque está comprometido com a prévia e justa indenização em dinheiro e com a finalidade de efetivo interesse social.

Por isso, Sr. Presidente, estou aderindo integralmente ao voto do eminente Revisor, pedindo vênua ao eminente Relator e àqueles eminentes Desembargadores que o acompanharam para denegar a segurança.

DES. ANTONIO CARLOS NETTO MANGABEIRA - Denego a segurança nos termos do voto do eminente Des. Paulo Augusto Monte Lopes.

DES JOSÉ EUGÊNIO TEDESCO - Peço vênua ao eminente Relator para acompanhar o eminente Revisor, com às achegas do Des. Élvio.

DES. OSVALDO STEFANELLO - Sr. Presidente, também estou denegando a ordem, com devida vênua do eminente Relator e dos demais ilustres Juizes que o seguiram.

A matéria está bem posta no voto do eminente Revisor e, de forma toda especial, no voto do eminente Des. Élvio, no qual é feita a devida diferença entre o que dispõe o inc. XXIV do art. 5º, e a hipótese prevista no art. 184, ambos da Constituição Federal.

Em assim sendo, mais necessário dizer não seria.

Acresço apenas que o direito de propriedade é um dos direitos e garantias fundamentais de toda pessoa humana ou jurídica. É o que diz o inc. XXII, do art. 5º, Mas também estabelece o mesmo art. 5º, inc. XXIII, que este direito de propriedade não é absoluto, pois deverá atender à sua função social.

Creio que não haveria necessidade de se entrar num estudo mais aprofundado sobre o que seja função social da propriedade, porque, evidentemente, que nós temos essa noção exata e adequada, inclusive para fazer a devida diferença entre o que dispõe o art. 184 e o inc. XXIV do art. 5º.

Desejo apenas realçar, em acréscimo a tudo que já foi dito, que a função social da propriedade ou o interesse coletivo se opõem exatamente ao interesse individual. E, na hipótese, há um argumento a mais que se pode elencar, que é a circunstância de que a Granja Três Pinheiros Ltda., dentro de cuja área maior se situa a que é objeto da discussão, encontra-se em estado falimentar, e, estando em estado falimentar, acima do interesse individual dos proprietários, está aqui também o interesse coletivo do credores respectivos.

Esse argumento seria por si só relevante no se “do de levar à desapropriação desse imóvel exatamente para que o direito coletivo dos credores fosse garantido, ou seja, que cada credor da Granja Três Pinheiros Ltda., empresa que não soube pagar essas dívidas, tanto é verdade que acabou na falência, receba o que lhe é devido.

Com essas ponderações, eminentes Colegas, estou em acompanhar o voto do eminente Des. Monte Lopes, lembrando o que já foi dito em relação a esse acórdão recente também, cuja Relatora é a Ministra Eliana Calmon, acórdão publicado no dia 13-12-99, no qual estabelece, com toda clareza, que, além da desapropriação, que é exclusiva da União, em estando presentes os requisitos do art. 184, existe a desapropriação por interesse social, que pode ser levada a efeito pelo Estado na forma prevista no inc. XXIV do art. 5º da Constituição.

**MANDADO DE SEGURANÇA N.º 70001956721, DE PORTO ALEGRE
- “DENEGARAM A SEGURANÇA, POR MAIORIA, VENCIDOS
DESEMBARGADORES RELATOR, MARIA BERENICE, DANÚBIO E
SERGIO. REDATOR PARA O DES. MONTE LOPES”.**



PARECERES

**Têm os Estados Competência
para Desapropriar Imóvel Rural
por Interesse Social com Arri-
mo na Lei Federal nº 4132/62?**





PROF. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO*

O IICA- Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura formula-nos a seguinte

CONSULTA

“1. Têm os Estados competência para desapropriar imóvel rural por interesse social, com arrimo na Lei Federal nº 4.132/62?

2. A desapropriação por interesse social, “para fins de reforma agrária”, prevista no artigo 184 da Constituição Federal e de competência exclusiva da União, derogou a modalidade de interesse social prevista no inciso III do artigo 2º da Lei Federal nº 4.132/62 (o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento de trabalho agrícola)?

3. A expressão “para fins de reforma agrária”, contida no artigo 184 da Constituição Federal e que nomina a desapropriação-sanção tem o condão de espriar o requisito constitucional da insuscetibilidade desapropriatória da propriedade produtiva ou os efeitos da Lei Federal nº 8.629/93, em especial quanto à vedação de vistoria de imóvel rural objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo, introduzida em seu artigo 2º pela Medida Provisória nº 2.109, de 27 de dezembro de 2000, em relação à desapropriação por interesse social, dita geral, prevista no artigo 5º, inciso XXIV da Constituição Federal e regulamentada pela Lei Federal nº 4.132/62?”

Às indagações respondo nos termos que seguem.

PARECER

1. O desate das questões formuladas na Consulta é simples, bastando atentar para os dispositivos constitucionais e legais regentes da desapropriação no direito brasileiro.

O art. 5º, XXIV, da Constituição Federal estatui:

II - *A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição*”.

Os casos a que alude a parte final do dispositivo, isto é, aqueles em que a indenização não se efetua com os rigores previstos no artigo e nos quais há expressa menção ao sujeito competente para decretá-la, estão contemplados em dois preceptivos.

* Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

2. Na seqüência dos dispositivos constitucionais, o primeiro deles está previsto no art. 182, § 3º, III. Reporta-se ao inadequado aproveitamento de solo urbano ubicado em área incluída no plano diretor. De acordo com este preceptivo, o imóvel não edificado, sub-utilizado ou não utilizado, pode ser submetido pelo Município, na conformidade de lei municipal específica - e obedecidos os termos de lei federal (*ainda não editada*) - à exigência, sucessivamente, de parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e, finalmente

“III - desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurado o valor real da indenização e os juros legais”,

Afora esta primeira hipótese mencionada, a outra, aliás de grande relevo, está contemplada no art. 184, de acordo com o qual:

“Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

3. Como se vê, estas duas modalidades licitatórias ora referidas são claramente distintas da genérica previsão constante do art. 5º, XXIV, em sua primeira parte. Vale dizer: afastam-se dos casos comuns de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social indenizáveis previamente e em dinheiro e se caracterizam como uma *específica modalidade de interesse social*, cujos traços peculiarizadores são os seguintes:

a) possuem caráter sancionador, visto que se propõem a desestimular o uso anti-social da propriedade, mediante ameaça de uma desapropriação peculiar efetuada com *indenização em condições muito desvantajosas para o proprietário, a saber: é paga com títulos públicos cujo prazo de resgate é protraído no tempo* e, no caso da desapropriação para reforma agrária, se processa mediante procedimento contraditório especial de rito sumário (§ 3º do art. 184) - o que não ocorre, jamais, na desapropriação comum, em que a indenização é em dinheiro.

b) Os únicos titulados para decretá-la já estão indicados na própria Constituição. São eles: No caso de imóveis urbanos descumpridores de sua função social, unicamente os Municípios (*“É facultado ao Poder Público municipal*) é que são titulados para o uso desta modalidade indenizatória, uma vez preenchidos os requisitos do art. 182. No caso de imóveis rurais violadores de sua função social, unicamente a União (*“Compete à União”*) é titulada para efetuar-la mediante pagamento em títulos da dívida agrária, a teor do art. 184.

Diversamente, nas desapropriações comuns, *por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, efetuadas mediante ‘Justa e prévia indenização em dinheiro’*, a Constituição não faz reserva alguma de titulação expropriatória para quem quer que seja, deixando a matéria ser tratada a nível legal: *“a lei*

estabelecera o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social ...”(art. 5º, XXIV, dantes transcrito), pelo que, como se dirá, em seguida, são sujeitos ativos, indiferentemente, União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

É que a lei, “ in casu “, o decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, que regula a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, dispõe, em seu art. 2º :

“ *Mediante declaração de utilidade pública todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Territórios*” (nesse diploma estão unificadas as hipóteses historicamente distinguidas em necessidade e utilidade pública, dantes previstas, respectivamente, nos arts. 590, § 1º e 2º do Código Civil).

De seu turno, a lei nº 4.132, de 10.09.62, que regula a desapropriação por interesse social é extremamente sucinta, cingindo-se praticamente a enunciar os casos em que tem cabida e a fixar o prazo de caducidade da correspondente declaração. No mais adota as normas regentes da desapropriação por necessidade ou utilidade pública. É o que estabelece seu art. 5º.

Art. 5º: II - *No que esta lei for omissa aplicam-se as normas legais que regulam a desapropriação por utilidade pública, inclusive no tocante ao processo e à justa indenização devida ao proprietário*”.

Assim, por força desta artigo que se reporta ao Decreto-Lei 3.365, as pessoas Competentes para decretá-la, são os mesmos que dito decreto-lei enumera: União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

4. De um ponto de vista técnico - jurídico, isto é, de disciplina normativa, a diferença mais sensível que se pode apontar entre as modalidades licitatórias certamente é a que aparta, de um lado:

a) desapropriações indenizáveis de modo prévio, justo e em dinheiro e que não estão constitucionalmente reservadas a determinados sujeitos, que seriam as desapropriações *comuns* (sejam elas por interesse público ou por interesse social) e de outro lado :

b) desapropriações *peculiares*, vale dizer, pagas mediante títulos da dívida, com protraimento do resgate deles em até dez ou vinte anos, conforme se trate da desapropriação urbana prevista no art. 182 da CF ou da desapropriação agrária prevista em seu art. 184 e cujos sujeitos ativos já estão constitucionalmente definidos com exclusividade.

Ressalte-se que a indenização nestes últimos casos não é prévia - embora a Constituição assim a qualifique - porque ela própria se desmente de imediato, ao estabelecer que o resgate de tais títulos pode se dar ao longo de um período amplo. O fato de alguém receber, desde logo, estes títulos e poder negociá-los no mercado - com deságio, evidentemente - não significa que o expropriante tenha pago *previamente a indenização* - mas apenas que o expropriado pode captar deste *pagamento diferido*, parte do valor nominal efetivamente liberado.

5. Estas diferenças apontadas entre a desapropriação comum e a desapropriação por títulos certamente são muito mais relevantes do que a que aparta

desapropriação por utilidade pública ou por interesse social. Por isto mesmo, em obra teórica deixamos averbado

“Há, pois, dois tipos de desapropriação no Direito brasileiro. Em um deles, a indenização é prévia, justa e em dinheiro, conforme tradição de nosso Direito. Está previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição como sendo o regime indenizatório corrente, normal. O outro é o que se efetua através de pagamentos em títulos especiais da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas. A indenização deve ser justa, mas já se vê que não é prévia, ainda que a Constituição assim a qualifique” (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Eds., 12a ed., 2.000, pag. 687).

6. Deveras, as desapropriações por utilidade pública e por interesse social distinguem-se por dois aspectos, dos quais, na legislação infra constitucional, apenas um deles aparece de modo cabalmente irretorquível. Estas disseptações residiriam no prazo de caducidade da declaração, que é de cinco anos no caso de interesse público, a teor do art. 10 do decreto-lei 3.365, ao passo que a de interesse social caduca em dois anos, consoante o art. 3º da lei nº 4.132. A outra distinção e que pareceria ser, ao menos substancialmente, um cortante divisor de águas é o fundamento de cada qual: interesse público ou interesse social. Este segundo traço diferencial, todavia, fica um tanto esmaecido ao se considerarem os casos apontados nas respectivas leis como ensejadores de suas correspondentes utilizações, como logo se dirá.

7. Certamente é possível conceber, em tese, que a utilidade pública, como noção abrangente também da necessidade, seria a satisfação das conveniências públicas demandadas para atendimento dos meios e condições básicos: ou de infra estrutura requeridas para manutenção e progresso da Sociedade, ao passo que o interesse social consistiria, também em tese, *de um lado*, no enquadramento das propriedades a um destino proveitoso para toda a coletividade (função social da propriedade) e, *de outro lado*, na busca da Justiça Social, com um redistributivismo das propriedades favorecedor das camadas sociais mais carentes.

Mencionamos estes dois lados porque, em rigor, não há uma superposição exata entre a idéia de função social da propriedade e a de Justiça Social em termos de propriedade. Com efeito, propriedades sub-utilizadas ou não utilizadas e assim mantidas (com ou sem objetivos de especulação imobiliária) obviamente não cumprem sua função social, isto é, não concorrem para o benefício do todo e poderiam ser desapropriadas para que fossem revertidas a destinos coletivamente úteis *sem que, com isto, tenha-se que estar, necessariamente, concorrendo ou objetivando concorrer para uma redistribuição de bens favorecedora dos mais desamparados pela fortuna.*

Esta nomenclatura de desapropriação por interesse social como relembra ILDEFONSO MASCARENHAS DA SILVA (Desapropriação por Necessidade e Utilidade Pública, Rio de Janeiro, 1947, pag. 36), foi introduzida na Constituição de 1946 “mediante Emenda de autoria do Senador Ferreira de Souza, catedrático de direito comercial da Faculdade Nacional de Direito”. Dita emenda foi apro-

vada vindo a substanciar-se no art. 141, § 16, da citada Constituição, em harmonia com o disposto no art. 147 daquele Diploma, de acordo com o qual “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos “. Segundo entendemos, há, neste dispositivo, a conjunção de duas finalidades. Uma, a exigência de um uso consonante com a função social da propriedade e outra a de atender exigências de justiça social.

8. Assim, em tese, a distinção conceitual entre desapropriação por utilidade pública e por interesse social certamente existe. O fato, entretanto, é que, ao se examinar os casos arrolados na legislação como próprios de uma ou outra tipologia, nota-se que nem sempre se ubicariam nestas categorizações abstratas.

Assim, por exemplo, entre os de desapropriação por utilidade pública catalogados no Decreto-Lei nº 3.365, de par com os perfeitamente típicos de tal gênero, encontra-se o de “loteamento de terrenos, edificados ou não, para sua melhor utilização econômica, higiênica “ (art. 5º, letra “i”), hipótese na qual está pressuposto que os bens em questão não cumprem como deveriam o destino social, portanto, a função social que conviria estivessem a acudir satisfatoriamente.

Inversamente, na lei nº 4.132, concernente à desapropriação por interesse social, ao lado dos casos que modelarmente a expressariam, encontra-se também o da “proteção e preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais”, o que é, ao menos em nosso entender, hipótese de evidente resguardo de meios e condições básicas para o civilizado convívio do grupo social, tanto quanto o seria “o socorro público em casos de calamidade”, “a abertura, conservação e melhoramento de vias públicas”, casos, estes últimos, entretanto, adequadamente ubicados como de utilidade pública.

Assim, de par com os casos centrais ou típicos, há e pode haver outros mais em que a fronteira legal de separação destas duas modalidades perderia sua nitidez plena. Aponte-se, até mesmo, conforme registro do precitado ILDEFONSO MASCARENHAS DA SILVA, a opinião manifestada pelo administrativista, prof. MARIO MAZAGÃO, na qualidade de deputado constituinte em 1946, segundo a qual, seria desnecessária a previsão da desapropriação por interesse social, “sub color” de que a noção de utilidade pública já permitiria “desapropriar áreas de terreno para distribuí-las melhor”. É verdade que tal ponto de vista foi expandido para sustentar posição conservadora, hostil ao ingresso desta via expropriatória, pelo temor do que nela se poderia pretender abrigar.

9. Seja como for, sob o ângulo jurídico, repita-se, a distinção verdadeiramente importante das desapropriações no Brasil, não está na dicotomia “utilidade pública”, de uma parte e “interesse social” de outra, mas se radica, isto sim, em outro discrimen: aquele que as separa em função da forma de pagamento das indenizações, o que cria regimes nitidamente diversos. Enquanto, consoante se averbou, nas desapropriações comuns, a indenização é prévia, justa e em dinheiro, opostamente, em uma das modalidades de desapropriação por interesse

social, ou seja, a que se estriba ou no art. 182 da Constituição (esta ainda inoperante por falta da lei 1 federal ali prevista) ou no art. 184 (regulada pela lei nº 8.629, de 25.02.93) é indenizável por títulos públicos, com indenização que verdadeiramente não é prévia.

É óbvio, então, que as competências para as desapropriações comuns, tanto por utilidade pública como por interesse social, *nada têm a ver com as restrições de competência para as peculiares desapropriações supostas nos referidos artigos 182 e 184* precitados, os quais reservam os correspondentes poderes expropriatórios, respectivamente, para Municípios e para a União. E isto, até mesmo, pela singela razão de que *não seria possível extrair tais restrições do nada*.

De fato, não há dispositivo algum, constitucional ou legal, que haja retirado ditas competências da generalidade das pessoas jurídicas a que foram atribuídas. A mera circunstância de vir a ser instaurada uma modalidade especial de desapropriação por títulos, aplicável a certas situações, atribuindo-se a exclusividade dela a determinadas pessoas, não quer dizer que as desapropriações comuns pagas previamente em dinheiro, tenham, só por isto, sofrido alterações em seu regime competencial. Entre uma coisa e outra não há qualquer relação, pois um evento não predica logicamente o outro, sendo gratuita qualquer suposição de inter-relacioná-los.

Ou seja: Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios (se estes últimos vierem a ser reintroduzidos) têm competência plena para a desapropriação comum, tanto por interesse público quanto por interesse social, dentro de qualquer das hipóteses legais previstas para uma ou outra.

A simples leitura do dispositivo constitucional genericamente fundante do poder expropriatório (art. 5º, XXIV), bem como das normas infraconstitucionais concernentes à modalidade comum de desapropriação (decreto-lei 3.365 e lei 4.132) revelam que nelas não se contém previsão alguma de exclusividade em prol da União para desapropriar por interesse social. Antes e pelo contrário, destes diplomas de hierarquia legal resulta hialinamente clara a competência tanto da União, quanto de Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

10. Sem embargo, chegou a ser ensaiada e pretendeu-se encorpar, uma tentativa de “interpretação”, que arvorava competência exclusiva da União para desapropriar por interesse social. Isto se deu durante o período castrense, iniciado com o golpe militar de 1964 e findo anos depois com seu desgaste e implosão que culminaria com a ascensão do Presidente José Sarney à chefia do Executivo.

Ao longo do citado interregno, fosse em conseqüência de momentos em que se acirraram as paixões políticas com a inevitável turbação da lucidez jurídica, fosse por puro sabujismo, que notoriamente se exponencia durante governos autoritários, alguns sustentaram, sem que a final prosperasse tal entendimento, exclusividade da União em tema de desapropriação por interesse social. Outros, mais contidamente, circunscreveram suas restrições ao tema de desapropriação de imóvel agrário para fins de reforma ou melhoria de sua estrutura.

Uma e outra teses, evidentemente, não possuíam qualquer base teórica ou normativa que lhes oferecessem um mínimo de arrimo jurídico decente.

11. Veja-se. A nível legal, como anotado, nenhum óbice existe à competência de Estados e Municípios na matéria, pois, a lei 4.132, exceto no que dispôs (e não fez sobre competência para expropriar), se remete em tudo o mais ao decreto-lei n 3.365 (art. 5º). Neste são declarados indistintamente competentes para tanto a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios (art: 2º).

Assim, qualquer restrição competencial na matéria, somente poderia ser alegada se estivesse estabelecida em nível constitucional. Na Constituição, entretanto, *salvo no que atina à desapropriação por títulos*, também não há qualquer óbice anteposto à indiscriminada competência destes sujeitos.

Acresce que o Brasil é uma República Federativa e hoje, inclusive - embora com manifesta impropriedade técnica - até os Municípios e o Distrito Federal são apresentados como formadores da união indissolúvel que a constitui (art. 1º da CF). Assim, maiormente no caso dos Estados Federados, qualquer embargo que se antepusesse a suas competências para desapropriarem por interesse social seria até mesmo rebarbativo.

Com efeito, que espécie de Estados federados seriam estes se nem ao menos pudessem atuar para atendimento do “interesse social” instalado no âmbito de validade de suas ordens jurídicas e aos quais fossem negados os meios hábeis para a busca de interesse ao qual a Constituição atribui tanta relevância (art. 3º, art. 170, “caput” e incisos III e VII) ? Repugnaria à própria noção federativa a negativa de poderes públicos necessários à realização do interesse social em seus territórios.

Aliás, ninguém contesta ou jamais contestou, nos tempos modernos, podem Estados e Municípios desenvolver ação no campo social, isto é, na faixa representativa do chamado “interesse social”.

Tanto assim é, que tais pessoas mantém, habitualmente, “Secretarias de Promoção Social”, ou de “Bem- Estar Social” ou de “Assistência Social” ou, quando menos, órgãos (sejam departamentos, sejam diretorias) com atribuições específicas de atuação em tal esfera.

Diria, alguém, porventura, que em assim procedendo, estarão a desbordar de suas trilhas de competências ? Acaso, pretenderia homem sustentar que falece a Estados e Municípios poder jurídico para ingressar nesta esfera, sem com isto estar a refletir uma visão, sobre anacrônica, descompassada com a índole das Federações e, ademais em aberto confronto com legislação cuja antiguidade (lei 4.132/62) beira os quarenta anos ?

12. Acresce que, no caso dos Estados, tendo em vista o modelo adotado para a distribuição constitucional de competências no Brasil, mais surpreendente, ainda, seria a defesa de ponto de vista que sustentasse a ablação de naturais poderes seus em tema de expropriação.

Como é notório, pelo sistema de repartição competencial instaurado na Constituição, a competência da União é *arrolada* em diferentes dispositivos, em especial nos arts. 21 (competência administrativa típica), 22 (competência legislativa

privativa), 23 (competência comum dela, Estados, Distrito Federal e Municípios, 24 (competência legislativa concorrente com Estados e Distrito Federal) e em dispositivos

13. Disto decorre ser claro a todas as luzes que Estados podem perfeitamente, com base na lei nº 4.132, desapropriar para “o estabelecimento e manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícolas”, como lhes faculta o inciso do art. 2º da citada lei.

Tal hipótese expropriatória em nada se confunde e em nada é obstada pela circunstância do art. 184 da Constituição haver estatuído que à União compete desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, mediante indenização em títulos da dívida agrária, imóvel rural que não esteja a cumprir sua função social.

Em nada se confundem porque a desapropriação suposta no art. 184 - ela sim, privativa da União:

a) tem caráter manifestamente sancionador;
b) é indenizável mediante títulos da dívida agrária;
c) só incide sobre imóveis rurais que não estejam cumprindo sua função social, ou seja, sobre aqueles que, a teor do art. 186, estejam a contrair um dos seguintes deveres: ter aproveitamento racional e adequado; utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e preservar o meio ambiente; observar as disposições que regulam as relações de trabalho e efetuar exploração favorecedora do bem estar dos proprietários e dos trabalhadores;

d) insere-se no contexto *jurídico* da Reforma Agrária, noção que, *no direito positivo brasileiro*, possui *fisionomia própria*: a que resulta, desde logo, do art. 184 da Constituição e em nível infraconstitucional da lei nº 8.629/93, a qual lhe dá a conformação que possui de direito e o fundamento infraconstitucional de efetivação, juntamente com a lei complementar nº 76 de 06.07.93 (alterada pela lei complementar nº 88 de 23/12/1996, reguladora do processo contraditório especial de rito sumário da correspondente ação, previsto no § 3º do citado art. 184.

14. Diversamente, a desapropriação para “o estabelecimento e manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícolas”:

a) não tem caráter sancionador algum;
b) não se efetiva mediante pagamento de indenização em títulos da dívida pública, mas inversamente, pressupõe indenização prévia e em dinheiro;
c) não está restrita a imóveis cuja utilização se antagonize com a função social que devam cumprir e muito menos que necessitem estar descompassados com os deveres que resultariam do art. 186 da Constituição;

d) não se insere no contexto jurídico, isto é, no quadro normativo delineador da Reforma Agrária, tal como desenhada na lei federal competente e não se funda nela, mas no inciso III do art. 2º da lei nº 4.132, lei esta perfeitamente estranha à chamada “Reforma Agrária”.

Se, como visto, em nada se confunde com a desapropriação prevista no art. 184, é óbvio que não pode ter sido por ele obstada, fato que só se poderia ser

considerado ocorrente caso este preceptivo houvesse expressado - e manifestamente não o fez - o intento de embargar quaisquer desapropriações por interesse social com objetivos de promover assentamentos em área rural.

15. Em face do quanto foi exposto, ficam respondidas as indagações sobre quais são os sujeitos competentes para desapropriar por interesse social com base na lei nº 4.132 e quanto a hipotética - mas não verdadeira - suposição de que foi derogada a modalidade de interesse social prevista no art. 2º, inciso III, da referida lei, com absorção dela para a competência privativa da União estabelecida no art. 184 da Constituição. Resta, portanto, o exame do último ponto questionado, atinente à aplicabilidade ou não do disposto no § 6º, art. 2º da lei nº 8.629 (introduzido por Medida Provisória, hoje a de nº 2.109-48, de 26.01.2001). Em rigor, o desate das questões anteriores já traz consigo embricada a solução deste terceiro questionamento.

16. Diz o § 6º do art. 2º da lei 8.629/93:

O imóvel rural objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será vistoriado nos dois anos seguintes à desocupação do imóvel'.

A vistoria a que se refere o preceptivo, destina-se a comprovar o uso anti-social da propriedade, suposto no art. 184, isto é ensejador da desapropriação de imóvel rural efetuada mediante pagamento em títulos da dívida agrária. De resto, tal vistoria deve instruir a petição inicial desta modalidade de expropriação, conforme previsto no art. 5º, inciso, IV, da Lei Complementar nº 76, de 06.07.93.

17. É óbvio, portanto, que dita vistoria nada tem a ver com a desapropriação comum por interesse social, visto que esta última se rege pela lei nº 4.132/62 e no que for omissa pelo Decreto-Lei nº 3.365/41 - e não pela Lei nº 8.629/93 e Lei Complementar 76/93.

A desapropriação por interesse social fundada no art. 2º, inciso III, da lei nº 4.132, isto é, que objetiva "o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola", diferentemente da desapropriação fundada no art. 184 da Constituição, **não pressupõe que o imóvel expropriando esteja sendo utilizado em desconformidade com a função social.** Tal circunstância não comparece como requisito dela. Assim, não há cogitar de vistoria alguma para apurar dita ocorrência. Donde, como, "in casu", inexistente esta vistoria é evidente que o disposto no § 6º do art. 2º da lei 8.629 nenhuma repercussão tem ou pode ter sobre a plenitude do exercício dos poderes expropriatórios fundados no inciso III do art. 2º da Lei 4.132.

18. Outrossim, como já foi visto, a modalidade de desapropriação objetivando Reforma Agrária, fundada no art. 184 da Constituição, incidente sobre imóvel que não esteja cumprindo sua função social e penalizadora de seu proprietário com indenização paga mediante títulos da dívida agrária resgatáveis ao longo do tempo, tem regime próprio, peculiar, constitucionalmente delineado e legalmente especificado mediante normas próprias e procedimento judicial específico. Daí que todas as suas disposições, quer estabelecidas diretamente na Lei Magna, quer

dispostas em regramento de hierarquia inferior, só dizem respeito a esta variedade expropriatória não se alargando para além do âmbito que ela própria tão claramente delinea.

Por isto, ainda, as restrições que incidem sobre tal desapropriação, quais as contemplas no art. 185 da Constituição, que delas ressalva tanto a pequena e média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra, quanto a propriedade produtiva, são limitações concernentes unicamente a esta variedade específica de desapropriação por interesse social, sendo perfeitamente alheias e inaplicáveis a todas as demais figuras expropriatórias, pelo que, à toda evidência, não dizem respeito as que se efetuam mediante indenização justa, prévia e em dinheiro, fundadas, pois, no Decreto-Lei nº 3.365 ou na Lei nº 4.132, nada importando que seu calço esteja no art. 2º, inciso III, desta última.

19. Isto tudo posto e considerado, as indagações da Consulta respondo:

I - Os Estados Federados são competentes para decretar e efetivar desapropriação por interesse social com objetivos de assentamento rural, fundados no art. 2º, inciso III, da Lei nº 4.132, de 21.09.62, qual seja, o de promover “o estabelecimento e manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícolas”, mediante indenização prévia, justa e em dinheiro, nisto estando plenamente conformados ao disposto no art. 5º, XXIV, primeira parte, da Constituição Federal, dispositivo este que não antepõe qualquer restrição à competência estadual para promover desapropriações desta tipologia.

II - A desapropriação por interesse social “para fins de reforma agrária”, prevista no art. 184 da Constituição Federal e de competência exclusiva da União, obviamente não derogou a modalidade de interesse social prevista no inciso III do art. 2º da Lei nº 4.132/62.

III - A desapropriação por interesse social fundada no artigo 2º, inciso 111, da Lei nº 4.132/62 não se aplica o disposto no art. 2º da Lei nº 8.629/93, (notadamente seu § 6º), nem se lhe aplica a restrição por tratar-se de imóvel rural descumpridor de sua função social, como ocorre na desapropriação para fins de reforma agrária - contemplada no art. 184 da Constituição - como também não se lhe aplica o disposto no art. 185, que ressalva desta peculiar modalidade expropriatória, tanto a pequena ou média propriedade rural desde que seu proprietário não possua outra, quanto a propriedade produtiva.

É o meu parecer.

São Paulo, 05 de fevereiro de 2001
Celso Antônio Bandeira de Mello
OAB-SP nº 11.199

PROF. EROS RODERTO GRAU*

O IICA - Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura encaminhou-me a seguinte

“Consulta 1- Têm os Estados competência para desapropriar imóvel rural por interesse social, com arrimo na Lei Federal nº 4.132/62?

2 - A desapropriação por interesse social, “para fins de reforma agrária” prevista no artigo 184 da Constituição Federal e de competência exclusiva da União, derogou a modalidade de interesse social prevista no inciso III do artigo 2º da Lei Federal nº 4.132/62 (o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento de trabalho agrícola)?

3 - A expressão “para fins de reforma agrária” contida no artigo 184 da Constituição Federal e que nomina a desapropriação - sanção tem o condão de espriar o requisito constitucional da insuscetibilidade desapropriatória da propriedade produtiva ou os efeitos da Lei Federal nº 8.629/93, em especial quanto à vedação de vistoria de imóvel rural objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo, introduzida em seu artigo 2º pela Medida Provisória nº 2.109, de 27 de dezembro de 2000, em relação à desapropriação por interesse social, dita geral, prevista no artigo 5º, inciso XXIV da Constituição Federal e regulamentada pela Lei Federal nº 4.132/62?”.

PARECER

[a desapropriação e as desapropriações]

01. A Constituição do Brasil contempla quatro modalidades de desapropriação:

[i] desapropriação por *necessidade pública* ou *utilidade pública* (art. 5º, XXIV)¹;

[ii] desapropriação por *interesse social* (art. 5º, XXIV) ;

[iii] desapropriação por *interesse social para fins de reforma agrária* (art. 184);

[iv] desapropriação de *imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado* (art. 182, § 4º, 111) .

* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹ A noção de *utilidade* compreende a de *necessidade*, abrangendo — diz SEABRA FAGUNDES (Da desapropriação no direito brasileiro, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1.942, pág. 36) — “todos os casos em que se faça conveniente ou indispensável chamar ao patrimônio público o direito privado de propriedade”. O autor menciona *conceito*, e não *noção*, de *utilidade* e de *necessidade*. Sobre *conceito* e *noção*, meu A ordem econômica na Constituição de 1988.68 edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.001, págs. 157-8.

As duas primeiras competem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; a terceira, à União; a quarta, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Mencione-se ainda, de toda sorte, a hipótese de *expropriação, sem indenização*, prevista no artigo 243 da Constituição de 1988, das glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Mas aqui não há, efetivamente, *desapropriação*, eis que esta não implica extinção do direito de propriedade, levando apenas, como anota SEABRA FAGUNDES², “à substituição compulsória do seu objeto, em nome do interesse público, convertendo-o em dinheiro”.

02. Praticado desde a antiguidade, o instituto da expropriação com indenização do preço, seja de escravos, seja dos materiais necessários para a construção de ruas e de obras públicas, e do solo, era conhecido em Roma, como relata von JHERING³.

Mais recentemente, tratando do tema em seu *Éléments de Droit Public et Administrative*⁴, FOU CART observa que “L’application la plus étendue du principe social, quant aux biens, est l’expropriation pour cause d’utilité publique, c’est-à-dire le droit de forcer un individu à aliéner son bien pour un motif d’utilité publique. (...) Sans lui, en effet, l’entreprise la mieux conçue, la plus utile, quelquefois même la plus indispensable à une nation, serait arrêtée par l’egoïsme de quelques particuliers”.

Quem conhece a história da urbanização de Paris, sabe o quanto, e quão tormentosamente, o instituto da desapropriação — em França já afirmado em uma ordenança de Felipe o Belo, de 1303⁵ — foi aplicado ao tempo de HAUSSMANN, no século passado.

Embora ora dissesse a lei que a desapropriação era autorizada para a realização de obras de *utilité générale* (lei de 16 de setembro de 1807), ora afirmasse que bastaria a *utilité publique* para justificá-la (lei de 8 de março de 1810 e leis que a esta se seguiram)⁶, podiam desde então ser objeto dela, além dos bens imóveis, a propriedade intelectual, os bens particulares afetados a um uso público (canais, caminhos, pontes), os monumentos de interesse artístico ou histórico⁷.

Outrossim, mesmo na França unitária, ainda no século passado atribuía-se aos departamentos e às comunas a faculdade de, por direito próprio, proceder a desapropriações adequadas ao exercício de suas funções⁸.

² Ob. cit., pág. 15.

³ O espírito do Direito Romano, trad. de Rafael Benaion, volume II, Alba, Rio de Janeiro, 1.943, pág. 51.

⁴ Tome Ier, Videcoq Père et Fils, Paris, 1.843, pág. 684.

⁵ Cf. FOU CART, ob. cit., loc. cit.

⁶ Cf. GABRIEL DUFOUR, *Traité Général de Droit Administratif Appliqué*, tome cinquième, Cotillon Éditeur, Paris, 1.856, pág. 311.

⁷ Cf. FOU CART, ob. cit., págs. 692-4.

⁸ Cf. DUFOUR, ob. cit., pág. 315.

03. O que desejo salientar é a circunstância de os casos de utilidade pública não se restringirem aos relacionados a construção de obras públicas.

Entre nós, a lei de 9 de setembro de 1826 incluiu, entre as hipóteses de necessidade pública, a defesa do Estado, a segurança pública, o socorro público em tempo de fome ou outra extraordinária calamidade e a salubridade pública; entre as de utilidade pública, as de interesse de instituições de caridade, as de fundação de casas de instrução da mocidade, as relativas a comodidade geral e a decoração pública. E o Decreto nº 353, de 12 de julho de 1845, incluiu entre os casos de utilidade pública a construção de edifícios e estabelecimentos públicos de qualquer natureza, a fundação de povoações, hospitais e casas de caridade ou de instrução, a abertura, alargamento ou prolongamento de estradas, ruas, praças e canais, a construção de pontes, fortes, aquedutos, portos, diques, cais, pastagens e de quaisquer estabelecimentos destinados à comodidade ou servidão pública e as construções ou obras destinadas à decoração ou salubridade pública.

04. A vigente Constituição brasileira prevê, em seu artigo 5º, XXIV⁹, as modalidades clássicas da desapropriação: *a desapropriação por necessidade pública ou utilidade pública e por interesse social*, definido seus requisitos: *indenização prévia, justa e em dinheiro*. As desapropriações por necessidade ou utilidade pública foram previstas em todas as Constituições brasileiras, estando atualmente reguladas, no plano infraconstitucional, pelo Decreto-Lei nº 3.365, de 21.06.41, e alterações posteriores.

A *desapropriação por interesse social* surgiu sob a égide da Constituição de 1946, regulando a Lei Federal nº 4.132, de 10.04.62, cujo artigo 1º estabelece que ela “será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social. ...”.

A *desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária* foi introduzida entre nós pela Emenda Constitucional nº 10, de 09.11.64, que alterou a Constituição de 1946, contemplando-a como de *competência exclusiva da União*. Incidia sobre a propriedade territorial rural, com pagamento de prévia e justa indenização, porém, *com pagamento em títulos especiais da dívida pública*. A Constituição de 1969 suprimiu, quanto a ela, o requisito da prévia indenização. Por fim, a Constituição de 1988 — que em seu artigo 5º garante o direito de propriedade (inciso XXII), condicionando-o, porém, ao atendimento da função social (inciso XXIII) — em seu artigo 84 estabelece que “*Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão e cuja*

⁹ “XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

utilização será definida em lei”. Está regulada, no plano infraconstitucional, pela Lei 8.629/93 e pela LC 76, de 6 de julho de 1993, esta posteriormente alterada pela LC 88, de 23 de dezembro de 1996.

[desapropriação por interesse social e desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária]

05. A *desapropriação por interesse social* está voltada não apenas a promover a justa distribuição da propriedade, mas também ao condicionamento do seu uso ao bem-estar social, como se pode apurar da leitura dos incisos do artigo 2º da Lei nº 4.132/62 [casos de interesse social].

Considera-se de interesse social, diz o inciso III, “o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola”, o que, sem dúvida, guarda forte similaridade com a reforma agrária.

Pois bem: a partir daí, alguns afirmam que parte da Lei nº 4.132/62, na qual foi incluído especialmente esse inciso III do seu artigo 2º, teria sido derogada pela Constituição de 1988¹⁰. E desde aí é desdobrada a tese segundo a qual Estados - membros e Municípios não teriam competência para desapropriar imóvel rural por interesse social, com fundamento nesse preceito.

06. Nada porém mais errôneo. Requisitos e finalidades de uma e outra, a *desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária* [artigo 184 da Constituição] e *desapropriação por interesse social* simplesmente [artigo 5º, XXIV da Constituição], marcam-nas como inteiramente distintas entre si.

A primeira, *desapropriação para fins de reforma agrária*, tem por objeto, exclusivamente, a propriedade rural, sendo seu pressuposto o descumprimento, pelo proprietário, da sua [dela, propriedade] *função social*; daí consubstanciar *sanção*, expressa no pagamento da justa e prévia indenização em *títulos da dívida agrária* ao proprietário do imóvel; outrossim, volta-se à finalidade da redistribuição de imóveis rurais.

Ao lado da *desapropriação de ‘imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado* (art. 182, § 4º, III da Constituição), que compete ao Município, a *desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária* compõe o quadro das *desapropriações - sanção*, abrangidas pela ressalva expressamente consignada no texto do inciso XXIV do artigo 5º da Constituição.

A *desapropriação por interesse social* simplesmente tem por objeto não apenas a propriedade imóvel, rural e urbana, mas qualquer bem; não é dotada de caráter sancionatório — até porque não é pressuposto seu o descumprimento da função social da propriedade pelo proprietário¹¹ — voltando-se à justa distribui-

¹⁰ O caso evidentemente não seria de derrogação, mas de não recepção, pela Constituição, da lei ordinária.

¹¹ Não obstante, mesmo a propriedade rural improdutiva pode ser desapropriada com fundamento no artigo 2º da Lei nº 4.132/62.

ção da propriedade ou ao condicionamento do seu uso ao bem-estar social; seus requisitos são, como vimos, a *indenização prévia, justa e em dinheiro*.

Para logo se vê, destarte, que a *desapropriação por interesse social* simplesmente coloca-se, ao lado da desapropriação por *necessidade pública* ou *utilidade pública*, no quadro das desapropriações que poderíamos, para distingui-las das *desapropriações-sanção*, designar de *ordinárias*.

07. Operada essa distinção, cumpre verificarmos se coexistem, sob a égide da Constituição de 1988, uma — a prevista no artigo 184 da Constituição e outra modalidade de desapropriação — a prevista no artigo 5º XXIV da Constituição, contemplada especificamente no artigo 2º, incisos I, II e III da Lei nº 4.132/62. Refiro-me a esses três incisos porque atinentes a bens improdutivos, a culturas agrícolas e a colônias ou cooperativas de trabalho agrícola, hipóteses próximas concernente à reforma agrária.

Dispõe o artigo 1º da Lei nº 4.132/62: “Art. 1º - A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social, na forma do art. 47 da Constituição Federal”.

O artigo 147 da Constituição de 1.946 determinava: “Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

A esse preceito corresponde o contemplado no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição de 1988:

“XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”. Logo, porque o condicionamento da propriedade ao bem-estar social e a sua justa distribuição, com oportunidade para todos, são abrangidos pela noção de *função social da propriedade*, força é concluirmos que as modalidades de *desapropriação por interesse social* simplesmente previstas nos incisos I, II e III do artigo 2º da Lei nº 4.132/62 foram recebidas pela Constituição de 1988.

08. Mas não é só.

É que a Constituição de 1946 foi inovada pela Emenda Constitucional nº 10, de 9 de novembro de 1964, que introduziu um parágrafo 1º no seu artigo 147, com a seguinte redação:

“§ 1º - Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de correção monetária, segundo índice fixado pela Congresso Nacional, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento de terras públicas”.

E logo após, ao final do mesmo mês de novembro de 1964, sobreveio a Lei nº 4.504, o chamado Estatuto da Terra.

Ora, isso significa que ainda na vigência da Constituição de 1946, após o advento da Emenda Constitucional nº 10/64, coexistiam, [i] de um lado a desapropriação por interesse social, mediante pagamento em dinheiro, prevista no § 16 do seu artigo 141, incidente sobre qualquer imóvel, [ii] de outro a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, para fins de reforma agrária, prevista no § 1º do seu artigo 147.

09. Uma bem distinta outra — desapropriação por *interesse social* simplesmente e desapropriação por *interesse social para fins de reforma agrária* — a coexistência entre ambas não dependia, ao tempo de vigência da Constituição de 1946, como atualmente vigente a Constituição de 1988, não depende de qualquer construção hermenêutica complexa, porque delineada no próprio texto constitucional.

O que pretendo afirmar é a impossibilidade de o intérprete negar a concomitante contemplação, pelo direito posto brasileiro, [i] da desapropriação por *interesse social*, voltada inclusive ao estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola — bem assim dos demais casos discriminados nos incisos do artigo 2º da Lei nº 4.132/62 — e [ii] da desapropriação *para fins de reforma agrária*.

Daí porque, sem nenhuma dúvida, afirmo ter a Lei nº 4.132/62, em especial seu artigo 2º, sido recebida pela Constituição de 1988 e, mais, não ter havido, no caso, derrogação da modalidade de interesse social prevista no inciso III daquele artigo 2º pela legislação ordinária atinente a desapropriação *para fins de reforma agrária*. Pois é certo que, além de ambas as modalidades de desapropriação coexistirem harmoniosamente no bojo da Constituição de 1988, a legislação ordinária mais recente, que trata da desapropriação *para fins de reforma agrária*, não a revoga expressamente, não é com ela incompatível, nem regula inteiramente a matéria de que trata a Lei nº 4.132/62¹².

Por isso, também, sem sobra de dúvida, podem os Estados-membros desapropriar imóvel rural por interesse social, simplesmente com fundamento na Lei nº 4.132/62¹³.

10. No que tange a matéria a que respeita o terceiro quesito proposto na consulta, cumpre tão somente observarmos que o requisito constitucional da

¹² § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

¹³ Em sentido análogo concluí, há quase vinte anos, sustentando que determinado Município poderia, com fundamento no inciso I do artigo 2º da Lei nº 4.132/62, desapropriar o estabelecimento industrial de determinada empresa, imóvel e suas benfeitorias, bem assim máquinas, equipamentos, veículos e utensílios, a fim de, a seguir, locar ou vender aludidos bens a quem estivesse em condições de dar-lhes a destinação social prevista nos termos do disposto no artigo 4º dessa mesma lei (Município e desapropriação de estabelecimento industrial, in *Estudos de direito público* — revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo, número 6, 1.984, págs. 5 e ss.).

insuscetibilidade desapropriatória da propriedade produtiva e os efeitos da Lei nº 8.629/93, em especial quanto a vedação de vistoria de imóvel rural objeto de “esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo, introduzida em seu artigo 2º pela medida provisória nº 2.109/00, integram o regime jurídico aplicável a desapropriação para fins de reforma agrária, distinto daquele atinente à desapropriação por interesse social prevista no artigo 5º, XXIV da Constituição do Brasil, regulamentada pela Lei nº 4.132/62.

Basta, tanto para que se possa afirmar que nem o requisito constitucional, nem os efeitos de que se trata, incidem sobre a desapropriação por *interesse social* simplesmente.

[a doutrina e a jurisprudência]

11. A melhor doutrina vem desde há muito manifestando-se no sentido de que os Estados - membros detêm competência para desapropriar por motivo de interesse social¹⁴.

Quanto à jurisprudência, permito-me inicialmente mencionar manifestações do Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos lavrados no MS 14.458-RS, relatado pelo Min. Hermes Lima, e no RE 86.046-1-SP, relatado pelo Min. Décio Miranda, este assim ementado:

“Administrativo. Desapropriação. Interesse social. Criação de distrito industrial no município. Invocado no decreto declaratório de utilidade pública de área rural adjacente à área urbana, para fins de desapropriação, o fundamento da ‘utilidade pública’ (Dec.-Lei 3.365, de 1941) e o fundamento do ‘interesse social’ (Lei 4.132, de 1962), prevalece este último. A desapropriação de área rural adjacente, para formação de distrito industrial, ajusta-se ao inciso legal que autoriza ‘o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico’ (Lei 4.132, art. 2º, I). Só é privativa da União a desapropriação de imóvel rural por interesse social mediante pagamento em títulos especiais da dívida pública; não a que se faz com pagamento em dinheiro. Decisão que não colide com outras, proferidas pelo Tribunal, que invalidaram desapropriações para a mesma finalidade, mas efetuadas com invocação do fundamento de ‘utilidade pública’, do Dec.-Lei 3.365, de 1941”¹⁵.

Precisamente esse é o entendimento que prevalece no STF, na sua atual composição, consagrado no MS 22.193-SP¹⁶, rel. designado Min. Maurício Corrêa.

¹⁴ Veja-se, por todos, CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO, Desapropriação para fins de reforma agrária - Apontamentos, in Revista de Informação Legislativa, v. 49, págs. 265-282; MANOEL OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Desapropriação, Saraiva, São Paulo, 1.973, pág. 309; CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, Apontamentos sobre a Desapropriação no Direito Brasileiro, RDP 23/20-21.

¹⁵ RTJ 92/746.

¹⁶ DJU de 29/11/96. Leia-se especialmente os votos dos Ministros Carlos Velloso, Sydney Sanches, Francisco Rezek e Néri da Silveira.

Já o Superior Tribunal de Justiça, recentemente reconheceu a competência estadual para desapropriar imóveis rurais com esteio na Lei nº 4.132/62 nos REsp nos 20.896-SP e 39.636-SP¹⁷

[conclusão]

12. Em face de todo o exposto, dou as seguintes respostas aos quesitos propostos na consulta:

1 – **sim**; os Estados - membros são titulares de competência para desapropriar imóvel rural por interesse social, com arrimo na Lei Federal nº 4.132/62;

¹⁷ "ADMINISTRATIVO - DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL - LEGITIMIDADE DO ESTADO.

1. A desapropriação pode ser por utilidade pública, regida pelo DL nº 3.365/41, ou por interesse social (Lei nº 4.132/62).

2. A desapropriação por interesse social abriga não somente aquela que tem como finalidade a reforma agrária, de competência privativa da União, como também aquela que objetiva melhor utilização da propriedade para dar à mesma uso de interesse coletivo.

3. Decreto Estadual que pautou-se no art. 2º da Lei nº 4.132/62, tendo o Estado absoluta competência para a expropriação.

4. Recurso especial conhecido e provido (STJ - 2ª Turma, REsp nº 20896-SP, 1992/0008260-2, unânime, Rel. Min. Eliana Calmon, decisão de 19/10/99, DJ de 13/12/99, p. 128)".

Constam do v. acórdão os seguintes trechos, *verbis*: "Examinando-se o ato do Governador do Estado, o Decreto nº 22.033, de 23/03/84 (rl. 214), objetivou a desapropriação das fazendas Santa Rita e Ribeirão Bonito, no Município de Teodoro Sampaio, para a reorganização das atividades produtivas, declarando o art. 2º do Decreto, que o interesse social tinha, como objetivo, permitir o imediato acesso do Estado à gleba, para solucionar problemas inadiáveis da região. A questão a enfrentar diz respeito ao tipo de desapropriação procedida pelo Estado que, não sendo por utilidade pública, regido pelo DL nº 3.365/41, identifica-se com aquela que tem por escopo promover a justa distribuição da propriedade ou dar à mesma, uso de natureza social: é a desapropriação por interesse social. (...) Entretanto, se o objetivo é adequar o uso da terra ao bem-estar social, estão autorizadas a promovê-la todas as pessoas jurídicas de Direito Público que formam a Federação.

As duas espécies de desapropriação estão ao abrigo disciplinar da Lei nº 4.132/62. Aliás, o art. 2º do diploma em referência contém longa listagem das diversas espécies de interesse social, não se tendo dúvida de que está o Decreto Estadual nº 22.033/84 dentro do figurino do art. 2º que, sem dúvida, foi ignorado pelo venerando acórdão recorrido."

"ADMINISTRATIVO DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL LEGITIMIDADE DO ESTADO.

1. A desapropriação pode ser por utilidade pública, regida pelo DL nº 3.365/41, ou por interesse social (Lei nº 4.132/62).

2. A desapropriação por interesse social abriga não somente aquela que tem como finalidade a reforma agrária, de competência privativa da UNIÃO, como também aquela que objetiva melhor utilização da propriedade para dar, à mesma, uso de interesse coletivo.

3. Decreto Estadual que se pautou no art. 2º da Lei nº 4.132/62, tendo o Estado absoluta competência para a expropriação.

4. Recurso especial conhecido e provido (STJ - 2ª Turma, REsp nº 39.636-SP, processo nº 1993/0028348-0), Rel. Min. Eliana Calmon, decisão de 22/02/2000, unânime, DJ de 20/03/2000)".

2 – **não**; a desapropriação por interesse social, “para fins de reforma agrária”, prevista no artigo 184 da Constituição Federal e de competência exclusiva da União, **não** derogou a modalidade de interesse social prevista no inciso III do artigo 2º da Lei Federal nº 4.132/62 (o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento de trabalho agrícola);

3 – **não**; a expressão “para fins de reforma agrária”, contida no artigo 184 da Constituição Federal e que nomina a desapropriação-sanção **não** tem o condão de espraiar o requisito constitucional da insuscetibilidade desapropriatória da propriedade produtiva ou os efeitos da Lei Federal nº 8.629/93, em especial quanto à vedação de vistoria de imóvel rural, objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo; introduzida em seu artigo 2º pela Medida Provisória nº 2.109, de 27 de dezembro de 2000, em relação a desapropriação por interesse social, dita geral, prevista no artigo 5º, inciso XXIV da Constituição Federal e regulamentada pela Lei Federal nº 4.132/62.

É o que me parece

Tiradentes, 4 de fevereiro de 2001

Eros Roberto Grau Professor
Titular da Faculdade de Direito da USP
Professor Visitante da Faculdade de Direito da
Universidade de Montpellier I (França) [1995-1998]



0:0:0
CALABRIA
FONE: (51) 3245-7227



