SALVAGUARDAS: O DIREITO INTERNACIONAL E A REFORMA POLÍTICA*

CELSO LAFER**

1. A legalidade, a reforma política e o direito internacional; 2. O jogo da segurança; 3. As salvaguardas.

Significativos setores e segmentos da sociedade brasileira têm manifestado insatisfação com as características de funcionamento e com os resultados da gestão do atual sistema político. O próprio Governo, por intermédio de porta-vozes qualificados, tem salientado a necessidade de promover, por meio de reformas, a transformação do regime. O momento político, por isso mesmo, tem-se assinalado por um debate intenso. Neste debate, várias reivindicações de cunho institucional têm sido formuladas. Entre elas merecem realce as dos advogados, em prol do estados de direito.

Na discussão a respeito do estado de direito, temas como o papel da legalidade enquanto instrumento de controle do arbítrio, natureza da segurança e função das salvaguardas têm sido freqüentemente suscitados. Por esta razão, a análise — sempre relevante — destes temas adquire realce e urgência, posto que são parte integrante da agenda substantiva de reorientações que a conjuntura está colocando na pauta decisória do sistema político brasileiro.

Um caminho analítico, que até agora não veio a público, é aquele que transita pela experiência do direito internacional. Este percurso me parece fecundo por três razões: a) o direito internacional rege normativamente uma comunidade de Estados assinalada pela distribuição individual do poder entre os seus membros, que, por isso mesmo, sempre almejam não ver coibida a discricionariedade de suas soberanias. Neste sentido, a prática do direito internacional é útil no exame do papel da legalidade enquanto instrumento de controle do arbítrio; b) o direito

* Versão revista, acrescida de notas, de conferência pronunciada no Rio de Janeiro, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 29 de março de 1978.

** Livre-docente de direito internacional público da Faculdade de Direito da USP.

internacional também lida, na sua situação-limite, com a guerra e a paz. Por essa razão, é forçosamente relevante a experiência da vida internacional, no que tange à qualificação do que é segurança; c) finalmente, cabe lembrar que o termo salvaguarda tem a sua origem no direito internacional e visa atender, do ponto de vista jurídico, às necessidades de adaptação e aplicação do ordenamento jurídico provocadas pela mudança das circunstâncias. Estas três razões explicam a divisão deste trabalho em três partes, num encadeamento que almeja mostrar como a experiência do direito internacional é válida para encaminhar analiticamente o papel da legalidade na reforma política; como este encadeamento se sustenta a partir de uma noção de segurança apoiada na vida das relações internacionais; e, finalmente, como o repertório de conceitos do direito das gentes — entre os quais estão as salvaguardas — contém técnicas para permitir o convívio normativo num contexto de mudança e transformações.

1. A legalidade, a reforma política e o direito internacional

Em que medida o direito internacional, como disciplina teórica e como prática, pode contribuir, analiticamente, para esclarecer e encaminhar o tema da legalidade no contexto da reforma política, ora em discussão?

Conforme se sabe, são duas as analogias com outros ramos do direito, mais freqüentemente invocadas pelos estudiosos do direito internacional. A primeira é com o direito privado, e a razão é que os contratos, em direito privado, assim como os atos jurídicos em direito internacional público, pressupõem, regra geral, a igualdade das partes e a autonomia das vontades. Daí a aproximação entre a teoria do *negócio jurídico* e a teorica das *fontes formais* do direito internacional público, notadamente o tratado.[1] A origem desta concepção remonta à lógica da *Paz de Westfália* (1648), isto é, à concepção de uma ordem mundial constituída pelos governos de Estados soberanos e iguais por *fiat* jurídico, que podiam celebrar acordos voluntários (tratados) para regular as relações externas e intraconexões de variados tipos. Isto é que explica as analogias com o direito privado e os seus princípios. Existe, entretanto, uma tensão, nunca superada, na lógica de Westfália, entre a igualdade na teoria e a desigualdade de fato.[2] Tal tensão realça e suscita o problema do poder. Este pode ser melhor apreciado pela segunda analogia, desta vez com o direito público, notadamente o direito administrativo e o direito constitucional.

As razões desta segunda analogia são simples. O direito constitucional, o direito administrativo e o direito internacional público são as faces internas e externas de uma mesma moeda: o Estado. Existe, portanto,

[1] Cf. Lauterpacht, Herch. *International law*. v. 2, Collected papers edited by E. Lauterpacht, Cambridge, Cambridge University Press, 1975.

[2] Cf. Falk, Richard A. *A study of future worlds*. New York, Free Press, 1975.

uma semelhança básica entre o direito constitucional e o direito administrativo, de um lado, e o direito internacional público de outro: são disciplinas que buscam submeter a soberania a regras jurídicas. É a aspiração do Estado de direito — da qual o direito constitucional, o direito administrativo e o direito internacional público são expressões — que converte, por meio da lei, a atividade arbitrária em atividade jurídica. A legalização da atividade estatal, interna e externa, envolve uma autodelimitação do poder de *imperium*. Este é um processo complexo, que transita pelo fenômeno do poder, exigindo, dessas disciplinas, a necessidade de se levar em conta o dado político.[3]

Como encarar a *relação entre direito e poder* à luz da exigência analítica acima mencionada? O direito pode ser entendido como uma pirâmide escalonada de normas. Na perspectiva do privatista, que olhe a pirâmide a partir da base, o poder do Estado aparece como uma força a serviço do direito, garantindo e reforçando a aplicação da norma através da organização institucionalizada da sanção. Entretanto, na perspectiva do político, que olhe a pirâmide a partir do seu vértice, o direito (seja ele o internacional, o constitucional, o administrativo) aparece como um conjunto de competências a serviço do poder, isto é, como um conjunto de normas destinadas a permitir o seu exercício. Quanto menos arbitrárias, quanto menos discricionárias, quanto menos soberanas essas competências, maior é o processo de legalização que delimita o exercício do poder de império.[4]

Nos direitos públicos internos, detento o Estado o monopólio da coerção organizada, encobre-se por vezes a dimensão da política acima mencionada. Entretanto, em direito internacional público, tendo em vista que o sistema internacional se caracteriza basicamente pela descentralização e pela distribuição individual e assimétrica do poder entre os Estados, a dimensão da política sempre aparece ostensivamente; por essa razão o direito internacional público é um direito necessariamente preocupado com a eficácia das normas, e permanentemente atento à conduta dos seus destinatários. Em outras palavras, o internacionalista busca a experiência jurídica não apenas nas idéias de justiça a que aspiram os homens, nem exclusivamente nos ordenamentos jurídicos constitutivos, mas também na ação dos homens e dos Estados, em meio à realidade social. Em síntese: o internacionalista é, por definição, um realista, que não pode trabalhar apenas com a concepção ideal ou formal do direito. Daí a resposta à pergunta proposta no início da primeira parte deste trabalho: precisamente porque, no âmbito da comunidade internacional, o direito é ostensivamente um instrumento de política onde, à semelhança dos regimes discricionários, é grande o âmbito do poder e pequena

[3] Cf. Weil, Prosper. Droit international public et droit administratif. In *Mélange trotabas*. Paris, Lib. Generale de Droit et Jurisprudence, 1970.

[4] Cf. Bobbio, Norberto. *Teoria della norma giuridica*. Torino, Giappichelli, 1958; ———. *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli, 1970.

a competência do direito, é que o direito internacional, como disciplina e como prática permanentemente preocupadas com a conduta dos destinatários das normas, contém no seu repertório experiências e conceitos aptos para ajudar no esclarecimento dos limites e possibilidades da reforma política ora em discussão em nosso País.[5]

O que se propõe o direito internacional público como disciplina teórica e como prática do ponto de vista das relações entre a atividade política e a segurança? São três, basicamente, as funções deste ramo do direito:
1. Disciplinar e regularmentar a distribuição de competência entre os Estados, no âmbito da comunidade internacional. Com isso, o direito internacional público evitar a fricção da interação não-regulamentada, indicando aos Estados qual é o padrão aceitável de comportamento, e proporciona, neste processo, a indicação da provável conduta dos outros. Neste sentido, o direito internacional público, como outros ramos do direito, busca resguardar a segurança das expectativas correspondente à necessidade de constância nas transações internacionais.
2. Preservar e promover interesses comuns dos Estados. Com isso, o direito internacional público dá conta da necessidade de cooperação entre os Estados, pois, tendo em vista as insuficiências da escala nacional e a interdependência, derivada destas insuficiências, as normas do direito internacional público hoje em dia não são mais, apenas, as de mútua abstenção e não-intromissão, mas também as de mútua colaboração. Em outras palavras, o direito internacional público disciplina a associação dos Estados na realização de tarefas comuns, procurando neste processo alcançar os benefícios e, com isso, a segurança da ação coletiva em situações em relação às quais a ação estatal individual é falha ou insuficiente. Neste sentido, o direito internacional público registra as necessidades de intervencionismo no plano internacional, da mesma forma que o direito constitucional e o direito administrativo as registram no plano interno.
3. Finalmente, o direito internacional público busca disciplinar, no plano internacional, o uso da força. Este é, aliás, um tema clássico do direito internacional público que, ao lidar com a paz, busca ver a relação entre a guerra (uso da força) e o direito. Por isso mesmo, é a partir deste ângulo que o tema da legalidade e da reforma política deve ser analisado.[6]

2. O jogo da segurança

Grócio definiu a guerra como o estado daqueles que buscavam resolver as suas diferenças por meio da força.[7] No plano internacional — onde

[5] Visscher, Charles de. *Théories et realités en droit international public*. 4. ed., Paris, Pedone, 1970; e Levi, Werner. *Law and politics in the international society*. Beverly Hills, Sage Publications, 1976.

[6] Cf. Merrills, J. G. *Anatomy of international law*. London, Sweet and Maxwell, 1976.

[7] Grócio, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Trad. Jaime Torrubiano Ripoll. Madri, Reus, 1925. v. 1, livro 1, cap. 1.

a conduta dos Estados se rege pelas normas do direito internacional público, sem o reforço de um poder centralizado e onde, por conseqüência, é maior o âmbito de atuação do poder e menor a competência do direito — o uso e o controle da força para resolver diferenças é sempre limitado, questionador da própria eficácia do direito. *Inter arma silent leges,* observavam os antigos; sobretudo quando as diferenças dizem respeito aos interesses vitais de um país, àquelas situações de poder último que — para lembrar uma observação de Dean Acheson, pleiteando, por ocasião da crise dos mísseis cubanos de 1962, o uso da força — se aproximam das fontes da própria soberania. Daí o porquê da relevância da experiência do direito internacional público para a análise das reformas políticas, pois, muito mais que os outros ramos do direito, na sua situação-limite o direito internacional público sempre enfrenta o problema da submissão das soberanias a regras jurídicas, no jogo da própria segurança, senão da sobrevivência, do Estado.[8]

Em função desta conclusão, o que nos diz o repertório de experiências do direito internacional público como disciplina e como prática a respeito da segurança?

Segurança, etimologicamente, origina-se do prefixo *se* acoplado à palavra latina *cura* — cuidado, solicitude. Segurança, portanto, quer dizer *sem cuidados, sem perigo, tranqüilo,* e é por essa razão que, no campo político, a idéia de segurança é a de uma ordem sem sobressaltos. No plano internacional a idéia de ordem com segurança sempre preocupou os especialistas, posto que envolve o problema de como conservar a tranqüilidade da paz sem o risco da guerra.

Entre as diversas tentativas de constituição de uma ordem com segurança, no plano internacional, está a experiência do *Concerto Europeu,* que foi o esforço das nações européias, após o Congresso de Viena, no século XIX, em criar um sistema internacional estável, depois do traumático impacto da expansão napoleônica. De fato, a Revolução Francesa e o Império napoleônico representaram, na Europa, um novo princípio de legitimidade: o da soberania popular em substituição ao princípio dinástico. É por essa razão que a França napoleônica representava, em relação às demais nações européias da época, uma experiência revolucionária incompatível, num primeiro momento, com os princípios dos demais países. Por se ver assim sitiada, enquanto potência revolucionária, a França buscou uma segurança absoluta. Tal objetivo, porém, significava a insegurança de todos os demais países, que se reuniram para frear e obter a derrota francesa.

O insucesso de uma ordem européia baseada na segurança absoluta de um país provocou a tentativa de estabelecer uma nova ordem, o *Concerto Europeu,* cujo objetivo era uma segurança vista como legítima

[8] Chayes, Abran. *The Cuban missile crisis: international crisis and the role of law.* New York, Oxford University Press, 1974.

pelos seus partícipes. Por esta razão, tiveram seus construtores a sabedoria de nela incluir e absorver a França derrotada, estipulando que a dinâmica da mudança deveria processar-se pelo acordo e pelo consenso, tendo em vista a experiência negativa de uma ordem revolucionária, na qual o justo tinha sido apenas o militarmente possível em termos de poder.

A condição de possibilidade da ordem do *Concerto Europeu* enquanto ordem legítima — como demonstrou Kissinger, um de seus importantes analistas — era a de ser uma ordem aceita. Toda ordem aceita parece parcialmente injusta aos seus componentes. A existência dessa insatisfação, no entanto, é uma condição de estabilidade, pois, se existisse uma potência totalmente satisfeita e absolutamente segura, ela traria a insatisfação total e a insegurança à maioria das demais e provocaria, conseqüentemente, o fermento da instabilidade de uma ordem revolucionária.[9]

Na lógica do *Concerto Europeu,* uma potência com certos recursos de poder, que se visse totalmente insatisfeita e insegura numa determinada ordem, poderia vir a ser um fator de desestabilização. É isso, aliás, o que explica por que a Alemanha, mais tarde, no primeiro pós-guerra. corroeu a ordem do Pacto da Sociedade das Nações, proposta no Tratado de Versalhes.

Esta introdução histórica sobre a mecânica do *Concerto Europeu* evidencia o jogo do equilíbrio de poder como uma das condições de funcionamento de uma ordem segura, quando não existe o monopólio da coerção organizada. Evidentemente, tal jogo partia, e parte, do pressuposto de que o poder, ao se encontrar individualmente distribuído entre os Estados, impediria o arbítrio e garantiria, com a segurança, a liberdade na comunidade internacional. Essas idéias, como se sabe, representam uma aplicação, no plano internacional, do constitucionalismo clássico, em que a idéia de equilíbrio, pesos e contrapesos, visava assegurar a distribuição de poder, para coibir a tirania e a violência e instaurar a harmonia, permitindo assim, numa sociedade, a sabedoria e a virtude.[10]

Em outras palavras, o objetivo do direito constitucional clássico era garantir, na forma de organização da sociedade, a liberdade através de um equilíbrio — fruto da distribuição do poder entre os governantes — e de uma dependência dos governantes no seu relacionamento com os governados. O *Concerto Europeu* foi uma experiência bem-sucedida de uma ordem hierárquica que manteve a paz com segurança durante décadas no plano europeu. O próprio constitucionalismo inglês ou americano, sua contrapartida no plano interno, foi igualmente capaz de manter, com segurança, uma ordem estatal.

É óbvio que as circunstâncias históricas são variáveis, como também é óbvio que não é possível transpor, para o momento atual, sem maiores

[9] Kissinger, Henry. *A World restored.* New York, Grosset and Dunlap, 1964.
[10] Kramnick, Isaac. *Bolinbroke and his circle: the politics of nostalgia in the age of Walpole.* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1968.

considerações, todos esses conceitos. Não obstante, deles se pode extrair uma lição. A segurança, para que seja uma *ordem sem perigos,* deve estar distribuída entre todos os componentes de uma comunidade. A segurança absoluta, de apenas um membro, gera a insegurança dos demais, provocando uma ordem revolucionária, a qual, precisamente por ser revolucionária é inerentemente instável a prazo mais longo.

Estas considerações podem, também, ser comprovadas quando se passa do grande mapa dos acontecimentos políticos internos e internacionais para outros campos. No campo econômico, por exemplo, a segurança absoluta de uma empresa só ocorre quando, para citar um caso, ela domina totalmente um determinado mercado, gerando com esse predomínio a insegurança das demais ou, no limite, a eliminação da concorrência por meio do monopólio e a conseqüência insegurança do consumidor. Numa organização, o desejo de segurança de um chefe pode significar, seja pela não-delegação de tarefas aos demais, seja pela retenção da informação, a insegurança da própria organização.

Assim, a segurança no plano das relações entre as pessoas pressupõe o reconhecimento do *outro* no pluralismo de suas aspirações e na especificidade de suas reivindicações. Converter o *outro* num inimigo potencial, isto é, fazer de terceiros objetos e não sujeitos da segurança geral, que deve ser partilhada, é criar uma ordem cheia de sobressaltos.

Aliás, diga-se de passagem, entre parênteses, como observa Julien Freund, que uma das metas específicas que deriva do aparecimento do Estado como forma de organização política específica do mundo moderno, é o tratamento dispensado ao *outro* ao *terceiro.* De fato, em substituição ao princípio hierárquico — como forma de organizar e disciplinar o *outro* na sua autoridade e da qual são exemplos: o princípio das castas na Índia; a hierarquia de classes em Roma ou a instituição de três ordens de feudalismo — o que caracteriza o sistema estatal é a relevância atribuída ao direito positivo e ao princípio de igualdade de todos perante a lei, graças ao qual o *outro* é acolhido como um adversário, no respeito comum à norma, e não estigmatizado como inimigo.[11]

Creio que existem lições a serem extraídas do repertório da experiência do direito internacional, que acaba de ser mencionado, do ponto de vista do encaminhamento analítico do tema da reforma política nacional. De fato, no Brasil, a Revolução de 1964 empenhou-se em criar uma nova ordem porque seus protagonistas entenderam que a anterior, por inspirar cuidados e provocar sobressaltos, era insegura. Na trajetória de afirmação da nova ordem, os sucessivos atos institucionais e as rupturas jurídico-política decorrentes da sua aplicação vêm assinalando uma propensão à segurança absoluta. Ora, a segurança absoluta da ordem revolucionária — institucionalizada no Estado e assinalada pela possibili-

[11] Freund, Julien. L'Ennemi et le tiers dans l'état. In: *Archives de Philosophie du Droit,* t. 21, 1976. p. 23-38.

dade do uso arbitrário da força — à medida que converte o justo no militarmente possível em termos de poder, representa, potencialmente e por vezes concretamente, a insegurança absoluta da sociedade civil. A insegurança geral da comunidade aconselha melhor distribuição da segurança, e é neste contexto que se insere o tema da reforma política.

Como instaurar uma ordem segura, sem perigos e sobressaltos? Uma ordem sem sobressaltos não pode ser uma ordem imposta, que resulte apenas do militarmente possível em termos de poder. Uma ordem sem sobressaltos é uma ordem aceita. Toda ordem aceita parece parcialmente insatisfatória aos seus componentes. A existência desta insatisfação parcial, no entanto, é uma primeira condição de estabilidade, pois se existisse um grupo ou setor totalmente satisfeito e seguro ele provocaria a insatisfação total e a insegurança dos demais, gerando, conseqüentemente, o fermento da instabilidade. Daí uma primeira observação: não deve haver nem segurança absoluta do Estado, nem segurança absoluta da sociedade civil, sob pena de não haver segurança geral.

A segunda condição de estabilidade é o reconhecimento, numa sociedade, da legitimidade das múltiplas aspirações e da especificidade de seus membros. Daí uma segunda observação: o *outro* não pode nem deve ser visto como inimigo, mas sim e apenas como adversário. É isto que explica e fundamenta a salvaguarda dos direitos civis e políticos como capítulo essencial dos direitos humanos.

A terceira condição é o princípio de que a dinâmica do processamento e do atendimento das reivindicações deva pautar-se por regras que sejam tidas como justas pela sociedade. A justiça cria a lealdade, pois a sua percepção faz com que a segurança do atendimento se distribua entre todos os componentes de uma comunidade. Em última instância, portanto, uma ordem segura e sem sobressaltos requer a crença de que as normas e os princípios que administram os conflitos numa sociedade sejam reconhecidos como justos. Isto significa que, na sua gestão hierárquica de uma sociedade, um sistema político não pode se caracterizar por um processo de exclusão social.

Desde Aristóteles a justiça está associada à igualdade. É certo que o critério da igualdade não é unívoco — pois comporta a dimensão do mérito, do trabalho e da necessidade. Entretanto, é o vínculo entre *igualdade* e *justiça,* como condição de segurança, que explica e fundamenta a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais como outro capítulo essencial dos direitos humanos. De fato, a tutela desses direitos é indispensável, pois visa, sobretudo num País como o nosso, a ampliar a participação de uma sociedade, onde o crescimento econômico não eliminou, de maneira significativa, o problema da pobreza absoluta, e onde também a distribuição de renda instaurou, *ipso facto,* um voto ponderado e um censo alto na preferência do consumidor, pouco compatível com os imperativos de justiça de uma sociedade democrática. Daí uma terceira observação: a salvaguarda dos direitos econômicos, sociais e

culturais como outro capítulo dos direitos humanos é indispensável na instauração de um ordem segura.[12]

3. As salvaguardas

Estes são, portanto, direitos que, na sua gestão, um sistema político deve assegurar à sociedade para instaurar uma ordem sem sobressaltos. É à luz destes parâmetros que deve ser analisado o tema das salvaguardas como um dos capítulos das reivindicações institucionais, ora em discussão, nos projetos de transformação do regime brasileiro.

Salvaguarda, em português, vem do francês *sauvegarde* — *sauf* (salvo) + *garde* (guarda). *Sauf* — salvo, em francês como em português, tem a sua raiz no latim. *Salvare,* de onde vem salvar, quer dizer tirar ou livrar do perigo; pôr a salvo, pôr em segurança. *Garde* — guarda, em francês como em português, tem raiz germânica. *Wardôn,* do alto alemão *warten,* significa procurar com a vista, olhar. Daí em francês *regarder,* e em italiano *guardare.* Daí também o provérbio "quem olha, toma conta", que dá o sentido atual de guardar em português. Salvaguarda, portanto, etimologicamente, exprime olhar para livrar do perigo, para pôr em segurança. A historicidade da palavra, portanto, mostra a sua relação com a noção de segurança e com a vigilância necessária para a sua manutenção.

Salvaguarda é termo de direito internacional, não de direito constitucional. Por isso, vale a pena verificar, em direito internacional público, seu sentido preciso antes de transpor o conceito para o direito interno.

No *direito da guerra.* a salvaguarda é uma espécie de salvo-conduto. Lafayette a define como uma "proteção que os chefes militares concedem, em bem das pessoas ou da propriedade, dentro dos limites de seu comando, contra os ataques e operações de sua própria tropa". É portanto, uma proteção concedida a *bens* ou *pessoas,* amigas ou inimigas que, por alguma consideração especial, recebem a tutela — a salvaguarda — de chefes militares.[13]

Num sentido mais geral, em direito internacional público salvaguarda é termo que designa proteção contra um perigo. Perigo de vida, como é o caso da Convenção de 31 de maio de 1929 sobre a Salvaguarda de Vida Humana no Mar, que no seu art. 1º tem esta acepção; ou outros tipos de perigo, como é o caso do art. XIX do GATT, ou dos art. 23 a 26 do Tratado de Montevidéu, que criou a ALALC. Os perigos que estas cláusulas de salvaguardas buscam evitar são os derivados das mudanças de circunstâncias, que tornam difícil a um Estado cumprir obrigações por

12 Lafer, Celso. Crescimento, igualdade e democracia. *Dados,* no prelo.

13 Rodrigues Pereira, Lafayette. *Princípios de direito internacional.* Rio de Janeiro, Jacinto Ribeiro dos Santos ed., 1903. t. 2. p. 226.

ele assumidas, no plano internacional, em matéria comercial, derivadas, por exemplo, de uma situação em virtude da qual importações podem causar prejuízos graves e inesperados a determinadas atividades produtivas de significativa importância para a economia nacional.

Este tipo de perigo, fruto da mudança de circunstâncias ou circunstâncias excepcionais, com o qual lida constantemente o direito internacional público, merece alguma análise, pois é desta análise, creio, que podem surgir algumas indicações no que tange às *salvaguardas* da reforma política, ora em discussão no cenário nacional.

Um acordo de cooperação econômica internacional, em direito internacional público, bem como uma constituição em direito público, ou um contrato social de uma sociedade em direito comercial, têm todos uma significativa dimensão temporal, pois não envolvem apenas uma transação — como é o caso, regra geral, de um contrato de compra e venda. Ao contrário, são instrumentos jurídicos que disciplinam relações prolongadas no tempo, de longa duração e execução continuada, onde o objeto da transação não pode ser inteiramente mensurável. São, para usar a terminologia de Ascarelli, contratos plurilaterais, onde o elemento fundamental é o objetivo comum, que tem uma função instrumental no sentido de que a satisfação do interesse pessoal das partes passa pela realização do escopo, que compartilham. *Comunionem adferunt,* como ensinava Grotius, de onde partiu Ascarelli.[14]

Estes instrumentos jurídicos requerem das partes uma colaboração futura permanente para que se instaure a cooperação na utilização de bens e serviços, tendo em vista o desenvolvimento de uma atividade ulterior. Este tipo de instrumento jurídico implica antes no compartilhar temporal dos custos e benefícios da relação — que é uma ação coletiva — do que na divisão ou alocação. É por essa razão que estes instrumentos, normalmente, contêm estipulações que planejam o contexto dentro do qual os aspectos e os perigos não-antecipáveis, por ocasião de sua redação, serão resolvidos. Este planejamento normalmente é de dois tipos, como observa Macneil: o de risco e o desempenho.[15] Daí a existência de dois tipos de salvaguarda: *salvaguardas que planejam o risco* e *salvaguardas que planejam o desempenho.*

3.1 *Salvaguardas de risco*

Em direito internacional público as salvaguardas que planejam o risco são as que que *qualificam* o compromisso e o empenho dos Estados. Em

[14] Ascarelli, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.* 2.ed. São Paulo, Saraiva, 1969; Cf. também Lafer, Celso. *Da reciprocidade no direito internacional econômico — o Convênio do Café de 1976.* São Paulo, 1977.

[15] Macneil, Ian R. The many futures of contract. *Southern California Law Review, 47*:691-816, 1974; ———. A Primer of contract planning. *Southern California Law Review, 48*:627-703, 1975.

outras palavras, são mecanismos que diminuem os perigos de aplicação de normas, na hipótese de ocorrer, em função do aleatório e da conjuntura, uma mudança que afete a reciprocidade que motivou e promoveu a criação da norma. Em síntese: as salvaguardas de risco possibilitam a suspensão da aplicação das normas desde que ocorram, comprovadamente, determinadas situações previstas no instrumento que as criou. Assim, por exemplo, o novo texto do FMI, assim como o anterior negociado em Bretton Woods, tem cláusulas de salvaguardas para situações de emergência, que suspendem compromissos assumidos no que tange à cooperação monetária internacional. Da mesma forma, conforme foi visto, o GATT e a ALALC contêm cláusulas de salvaguarda que suspedem a aplicação de normas referentes à cooperação comercial internacional. Os riscos, portanto, de uma crise de balanço de pagamentos, de balança comercial, de um *dumping* — para dar alguns exemplos — que podem pôr em perigo a segurança econômica de um País, são contornados por meio da suspensão das normas. Esta suspensão, no entanto, é temporária, e para estender-se além de um certo tempo, requer e exige o consentimento das demais partes contratantes, que precisam ver comprovada a continuidade de circunstâncias excepcionais para serem persuadidos da validade, no tempo, da aplicação das salvaguardas de risco.

A possibilidade de retirar-se voluntariamente de um convênio de cooperação econômica internacional — prevista, por exemplo, nos Convênios do Café de 1962, 1968 e 1976 — que ocorre quando um ordenamento deste tipo deixa de atender ao interesse de uma parte contratante, assim como o direito de recesso de um acionista de sociedade anônima, para recorrer a uma hipótese disciplinada pelo direito comercial, são outros exemplos de cláusulas de salvaguardas que planejam a minimização do risco, que deriva da submissão do comportamento à lei, quando surgem circunstâncias imprevistas. Em direito constitucional são típicas cláusulas de salvaguarda de risco o estado de sítio, o estado de emergência, o art. 16 da Constituição francesa, que prevêem a suspensão de certas garantias da sociedade civil quando circunstâncias excepcionais põem em perigo a segurança do Estado. Em outras palavras, a soberania retoma e recupera uma margem de arbítrio para salvaguardar a sua sobrevivência.

Entretanto, num Estado de direito — e esta também é, conforme foi visto, a lição e a experiência do direito internacional público — existem pautas de conduta consensualmente aceitas, e normas jurídicas que possibilitam estabelecer um parâmetro ao exercício arbitrário do poder, sobretudo em situações excepcionais. É por isto, aliás, que permitem diferençar os regimes democráticos dos autoritários e totalitários através de uma análise das relações entre direito e consenso e direito e força. Quanto maior for a adesão espontânea de uma comunidade às normas que se encontram no ápice da pirâmide do seu sistema jurídico, mais próximo se encontra o seu regime do pólo democrático. Por outro lado, e agora

examinando o assunto à luz das relações entre direito e força, quanto mais se estende o mecanismo da sanção, da base para o vértice da pirâmide jurídica — isto é, dos cidadãos privados e da sociedade civil em geral, para os governantes e o Estado, num processo que assinala a passagem de órgãos irresponsáveis para órgãos juridicamente responsáveis, e a substituição de poderes arbitrários por poderes juridicamente controlados — mais próximo se encontra o regime político, em função das técnicas do Estado de direito, do regime democrático. É por essa razão que os regimes democráticos, em contraposição aos autoritários e aos totalitários, bem como o direito internacional público, insistem na prestação de contas dos governantes e dos Estados quando estes se vêem investidos de poderes excepcionais para solucionarem situações de emergência.

O AI-5, à medida que possibilita aos governantes o exercício de um poder arbitrário, indeterminado no tempo e no espaço, é, enquanto tal, incompatível com o direito. Por essa razão, não é uma salvaguarda: é uma aberração e, por isso, a sua substituição é um imperativo.

Tem-se falado muito na substituição do AI-5 por salvaguardas, que qualifiquei como sendo de risco. Aponto apenas que estas só serão salvaguardas, na verdadeira acepção do termo, à medida que possibilitarem a segurança geral. Esta, juridicamente, só pode ser garantida por normas gerais e impessoais, que eliminem o arbítrio da vontade pessoal dos que detêm o controle da máquina estatal. A eliminação deste arbítrio só se operará à medida que os modelos de salvaguardas de risco, ora em discussão, efetivamente se desligarem das vontades dos que as prescreverem, e se converterem em intencionalidades objetivadas por meio de normas.

Todo sistema político é dinâmico e se modifica à medida que funciona e atua. Resolvido, por hipótese, o problema das salvaguardas de risco — e esta parece ser uma tendência importante no debate ora em curso — cabe a indagação de como funcionarão as forças em jogo na vida nacional uma vez eliminado o AI-5. Aqui é que me parece importante examinar as salvaguardas de desempenho, pois elas é que são, no meu entender, o caminho mais interessante para o futuro da reforma política, pois o seu âmbito de preocupação não é, como nas salvaguardas de risco, a possibilidade de suspensão das normas, mas sim os meios e modos do seu cumprimento.

3.2 *Salvaguardas de desempenho*

Em direito internacional público as *salvaguardas que planejam o desempenho* são aqueles mecanismos que permitem ajustar a norma à evolução da conjuntura. Em outras palavras, técnicas de planejar o cumprimento

das obrigações, que permitem conservar a reciprocidade de interesses que as motivaram, mediante a adaptação do ordenamento aos acidentes da conjuntura e do aleatório, apesar da mudança e das transformações.

Em síntese: as salvaguardas que planejam o desempenho, ao contrário das que planejam o risco, não buscam a suspensão da aplicação da norma, mas sim meios e modos de aplicá-la, mesmo em circunstâncias excepcionais ou diante de grandes perigos, sem pôr em risco a segurança. Assim, por exemplo, no quadro das obrigações assumidas no GATT, ao invés da suspensão das concessões tarifárias, o *trade adjustment,* isto é, o financiamento da reconversão de uma atividade econômica afetada pelas importações. Outro exemplo de salvaguardas que planejam o desempenho, em direito internacional público, são as da Agência Internacional de Energia Atômica. Neste contexto, as salvaguardas têm como objetivo não impedir a utilização da energia nuclear, mas sim impedir o perigo de desvirtuamento para fins militares. Por isso, são controles de natureza política, destinados a verificar a finalidade no uso dos materiais nucleares que, por definição, devem ser pacíficos. Distinguem-se, no estatuto da Agência Internacional de Energia Atômica, *salvaguardas internas,* que são controles sobre materiais nucleares operados pela própria agência, e *salvaguardas externas,* que são controles sobre substâncias nucleares ou atividades de um Estado, ambas tendo como objetivo prevenir a utilização da energia nuclear para fins ou com objetivos militares.[16]

No direito público econômico brasileiro, o instituto da correção monetária é uma salvaguarda que permite o desempenho da economia, ajustando-a às *áleas* da inflação.

No direito constitucional a experiência da Suprema Corte dos Estados Unidos é um exemplo de como um sistema político encontrou uma instituição que foi capaz de salvaguardar o desempenho da Constituição, adaptando-a, por meio de interpretações e da construção judiciária, à evolução da conjuntura.

Em outras palavras, as salvaguardas de desempenho são aquelas destinadas à institucionalização de um regime, que é uma das dimensões importantes do desenvolvimento político. É verdade que elas também têm riscos. Entretanto, como observou Bertrand Russell, na introdução à sua *História da Filosofia Ocidental*: "To teach how to live without certainty, and yet without being paralysed by hesitation, is perhaps the chief thing that philosophy, in our age, can still do for those who study it."[17] Parafraseando esta frase de Russell diria, concluindo, que a lição do direito

[16] Soares, Guido Fernandes Silva. *As salvaguardas nos acordos nucleares.* São Paulo, Bushatsky, 1977.

[17] Cf. Williams, Rupert Crawshay. *Russell remembered.* London, Oxford University Press, 1970. p. 21.

internacional, através das salvaguardas de desempenho, é mostrar que o convívio normativo é possível, mesmo sem a certeza da segurança absoluta — que inexiste, tanto na filosofia quanto na vida pública, máxime no plano internacional — e que podemos e devemos optar, sem hesitação, neste momento em que se discute a reforma política, em prol de mecanismos constitucionais que, sem deixar de levar em conta as salvaguardas de risco, busquem, sobretudo, o cumprimento das normas.

NÓS TEMOS MUITAS SOLUÇÕES PARA OS SEUS PROBLEMAS DE ADMINISTRAÇÃO.

A Fundação Getulio Vargas conhece bem as dificuldades dos que se dedicam à atividade de administrar racionalmente, com inteligência. Para eles, uma oferta constante em livros criteriosamente selecionados, como solução para os seus problemas.

