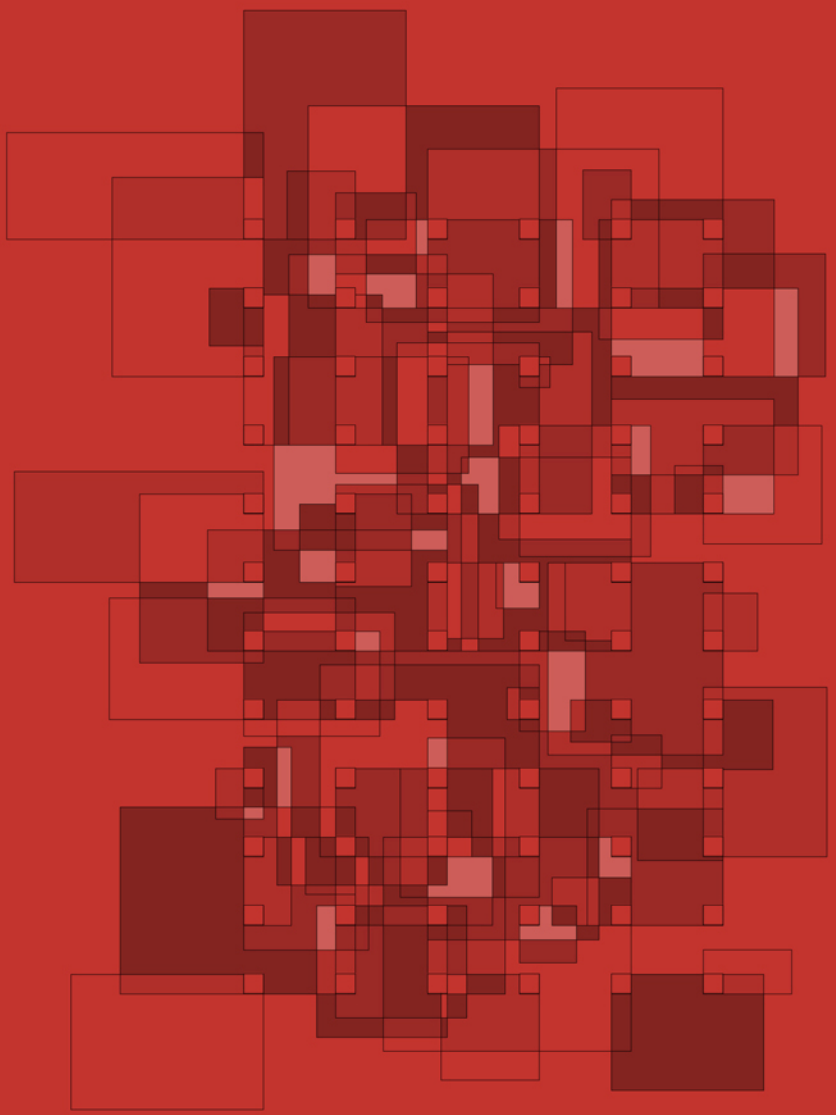


Revista DIREITO GV

20

v. 10 n. 2 JUL-DEZ 2014

ISSN 1808-2432

FGV DIREITO SP

missão

A Revista DIREITO GV publica artigos, resenhas, traduções e ensaios inéditos sobre temas jurídicos dogmáticos, teóricos, históricos, sociológicos ou de trabalhos de pesquisa aplicada. Em todos os casos, os textos devem analisar criticamente o objeto estudado e evitar posturas formalistas que não se preocupem com o funcionamento real das instituições.

Revista DIREITO GV

ISSN 1808-2432

EDITORA
CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

CONSELHO EDITORIAL
ÁLVARO PIRES *(UNIVERSIDADE DE OTTAWA - CANADÁ)*; ALBERTO AMARAL JR. *(USP)*; CELSO CAMPILONGO *(USP)*; CHARLES SABEL *(YALE LAW SCHOOL – EUA)*; DAVID TRUBEK *(WISCONSIN LAW SCHOOL - EUA)*; DAMIAN CHALMERS *(LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND SOCIAL SCIENCE)*; DANIEL EDUARDO BONILLA MALDONADO *(UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, COLÔMBIA)*; DIEGO EDUARDO LÓPEZ-MEDINA *(UNIVERSIDADE DE LOS ANDES - COLÔMBIA)*; ESTÊVÃO MALLET *(USP)*; GREGORY SCHAFFER *(WISCONSIN LAW SCHOOL-EUA)*; HANS-JÖRG ALBRECHT *(MAX-PLANCK INSTITUTE)*; JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ DE ARAÚJO *(UNIVERSIDADE DE BARCELONA – ESPANHA)*; JOSÉ EDUARDO FARIA *(USP)*; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PORTUGAL)*; JOSÉ MARIA AREILZA *(INSTITUTO DE EMPRESA – ESPANHA)*; JOSEP JOAN MORESO *(UNIVERSIDADE POMPEU FABRA – ESPANHA)*; JUDITH MARTINS-COSTA *(UFRS)*; KAZUO WATANABE *(USP-CEBEPEJ)*; KEITH S. ROSENN *(MIAMI LAW SCHOOL-EUA)*; NORBERT REICH *(UNIVERSIDADE DE BREMEN- ALEMANHA)*; MARCOS NOBRE *(UNICAMP-CEBRAP)*; MARIA TERESA SADEK *(USP-CEBEPEJ)*; MARTÍN FEDERICO BÖHMER *(UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA)*; MIGUEL POIARES MADURO *(FACULDADE DE DIREITO DA NOVA UNIVERSIDADE DE LISBOA)*; MIGUEL REALE JR. *(USP)*; PÉRSIO ARIDA; RAFFAELE DI GIORGI *(UNIVERSIDADE DE LECCE-ITÁLIA)*; ROGÉRIO PEREZ-PERDOMO *(IESA, CARACAS - VENEZUELA)*; RICARDO RIBEIRO TERRA *(USP-CEBRAP)*; SOLEDAD VILLAGRA DE BIEDERMANN *(UNIVERSIDAD CATOLICA DE ASUNCION, PARAGUAI)*

EDITORES ASSOCIADOS
ARNO DAL RI *(FONDAZIONE CASSAMARCA)*; ANTONIO MAUÉS *(UFPA)*; CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT *(UNESP)*; JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES *(UFRJ)*; SOLANGE TELES DA SILVA *(UEA)*; TORQUATO DA SILVA CASTRO JUNIOR *(UFPE)*; VERA THORSTENSEN *(FGV)*; WILSON MADEIRA *(UFF)*

COMISSÃO EXECUTIVA
FLÁVIA PORTELLA PÜSCHEL; LUCIANA GROSS CUNHA; MAÍRA ROCHA MACHADO; MICHELLE RATTON SANCHEZ; SALEM HIKMAT NASSER; VIVIANE MULLER PRADO

PARECERISTAS
ATUARÃO COMO PARECERISTAS DA REVISTA DIREITO GV OS MEMBROS DO CONSELHO EDITORIAL; PROFESSORES, PESQUISADORES DA DIREITO GV, PROFESSORES DA DIREITO RIO, ALÉM DE EVENTUAIS PARECERISTAS NOMEADOS AD-HOC. ATUARÃO COMO PARECERISTAS PERMANENTES DA REVISTA OS SEGUINTES PROFESSORES:

ALAGOAS: ANDREAS JOACHIM KRELL *(UFAL)*; **BAHIA:** ALESSANDRA RAPASSI MASCARENHAS PRADO *(UFBA)*; DENISE CRISTINA VITALE RAMOS MENDES *(UCSAL)*; MARIA AUXILIADORA MINAHIM *(UFBA)*; **BRASÍLIA:** ANA FLÁVIA GRANJA E BARROS-PLATIAU *(UNB)*; ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS *(UNB)*; VALCIR GASSEN *(UNB)*; **CEARÁ:** PAULO ANTONIO DE MENEZES ALBUQUERQUE *(UNIFOR; UFC)*; UINIE CAMINHA *(UNIFOR)*; **PARANÁ:** ALEXANDRE DITZEL FARACO *(PUC/PR)*; JOÃO BOSCO LEE *(UNICURITIBA)*; MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO *(PUC/PR)*; RICARDO MARCELO FONSECA *(UFPR)*; **PERNAMBUCO:** GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA *(UFPE)*; **RIO DE JANEIRO:** GUILHERME LEITE GONÇALVES *(FGV/DIREITO RIO)*; JOSÉ RICARDO FERREIRA DA CUNHA *(FGV/DIREITO RIO; UERJ)*; RONALDO LEMOS *(FGV/DIREITO RIO)*; SÉRGIO BRANCO *(FGV/DIREITO RIO)*; **RIO GRANDE DO SUL:** CARLOS KLEIN ZANINI *(UFRGS)*; DEISY DE FREITAS LIMA VENTURA *(UNISINOS)*; MARCOS DE CAMPOS LUDWIG *(UFRGS)*; RICARDO ANTÔNIO SILVA SEITENFUS *(UFSM)*; SHEILA STOLZ *(UFRGS)*; **SÃO PAULO:** ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS JR. *(USP)*; ARTHUR BARRIONUEVO FILHO *(EESP-EAESP)*; BARBARA ROSENBERG; CAIO MARIO PEREIRA DA SILVA NETO *(DIREITO GV)*; CARLOS EDUARDO BATALHA DA SILVA E COSTA *(CEBRAP)*; GILBERTO BERCOVICI *(USP)*; JAIRO SAMPAIO SADDI *(IBEMEC)*; JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS)*; LAURINDO DIAS MINHOTO *(USP)*; LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO *(UNIVERSIDADE SÃO JUDAS TADEU)*; LUIS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA *(USP)*; OTÁVIO YASBEK *(BM&F/BOVESPA)*; ROGÉRIO BASTOS ARANTES *(USP)*; SAMUEL RODRIGUES BARBOSA *(USP)*; TIAGO MACHADO CORTEZ *(DIREITO GV)*; **SANTA CATARINA:** AIRTON LISLE CERQUEIRA LEITE SEELAENDER *(UFSC)*; CLAUDIA ROSANE ROESLER *(UNIVALI)*; **FRANÇA:** KATHIA MARTIN-CHENUT *(COLLÈGE DE FRANCE)*; **PORTUGAL:** TERESA NEGREIROS

REDAÇÃO
BRUNO BORTOLI BRIGATTO (ASSISTENTE EDITORIAL)
CAMILLA BAZZONI DE MEDEIROS (REVISÃO)

Revista DIREITO GV

v. 10 n. 2 JUL-DEZ 2014

FGV DIREITO SP

VERSÃO IMPRESSA : ISSN 1808-2432
VERSÃO ONLINE : ISSN 2317-6172

DEZEMBRO 2014
SÃO PAULO - SP

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(FGV DIREITO SP)

TIRAGEM 600 EXEMPLARES

© RDGV - REVISTA DIREITO GV, MAIO 2005 – RIO DE JANEIRO
ED. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ISSN 1808-2432

REVISTA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(FGV DIREITO SP) DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

EDITORES
DE JAN 2005 A AGO 2014, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
DESDE SET 2014, CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI
INCLUI BIBLIOGRAFIA

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. SÃO PAULO (CIDADE). FGV DIREITO SP

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO
SÃO RESERVADOS À FGV.

DISTRIBUIÇÃO
COMUNIDADE CIENTÍFICA: 350 EXEMPLARES
LIVRARIAS: 250 EXEMPLARES
ACEITAMOS PERMUTA / *EXCHANGE DESIRED*

PROJETO GRÁFICO
MARCELO GUERREIRO
ULTRAVIOLETA DESIGN

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
ULTRAVIOLETA DESIGN

PRODUÇÃO INDUSTRIAL
IMPRESSÃO E ACABAMENTO: RR DONNELLEY
DATA DE IMPRESSÃO: ABRIL 2015
TIRAGEM: 600 EXEMPLARES

APOIO
CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO
CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPQ)

PERIODICIDADE
SEMESTRAL

CORRESPONDÊNCIA
RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR - BELA VISTA
CEP 01330-000 - SÃO PAULO - SP - BRASIL
TEL. (11) 3799-2172
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGV.BR

SUMÁRIO

EDITORIAL

EDITORIAL: **375**

70 Years of Breton Woods: balances and perspectives

70 anos de Bretton Woods: balanços e perspectivas

HOW DOES INTERNATIONAL TRADE REGULATION ADDRESSES EXCHANGE RATES MEASURES?

HOW DOES INTERNATIONAL TRADE REGULATION ADDRESSES EXCHANGE RATES MEASURES?
VERA THORSTENSEN E CAROLINA MÜLLER: **379**

CITIZENSHIP, STATE AND INTERNATIONAL MONETARY SYSTEM

CIDADANIA, ESTADO E SISTEMA MONETÁRIO INTERNACIONAL
FÁBIO LIMA QUINTAS: **417**

A FORGOTTEN PROPOSAL – THE BANCOR

UMA PROPOSTA ESQUECIDA – O BANCOR
NICOLE JULIE FOBE: **441**

CAPITAL CONTROLS: 70 YEARS OF BACK AND FORTH

CONTROLES DE CAPITAL: 70 ANOS DE VAI E VEM
BRUNO MEYERHOF SALAMA: **451**

BRAZIL AND IMF SINCE BRETTON WOODS: A 70 YEARS HISTORY

O BRASIL E O FMI DESDE BRETTON WOODS: 70 ANOS DE HISTÓRIA
PAULO ROBERTO DE ALMEIDA: **469**

Other themes

Outros temas

POLITICS, LAW AND DEVELOPMENT: A STUDY ON THE TRANSPOSITION OF THE SÃO FRANCISCO RIVER

A POLÍTICA, O DIREITO E O DESENVOLVIMENTO: UM ESTUDO SOBRE A TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO
SILVIANA L. HENKES: **497**

DEMOCRACY AND POLITICAL PARTIES FINANCING IN SPAIN

DEMOCRACIA Y FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA
DAVID ALMAGRO CASTRO: **535**

THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE CONSUMER RIGHTS WITH SPECIAL REFERENCE TO THE CHILEAN LEGAL SYSTEM

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES CON ESPECIAL REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO
ERIKA M. ISLER SOTO: **559**

ON BALANCING RIGHTS AND PROPORTIONALITY OF JUDICIAL DECISIONS

PONDERAÇÃO DE DIREITOS E PROPORCIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS
JOSUÉ MASTRODI: **577**

"BRAZILIAN MODE MUTATION": AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE ARTICLE 52, X, OF THE 1988 CONSTITUTION

"MUTAÇÃO À BRASILEIRA": UMA ANÁLISE EMPÍRICA DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO
CARLOS VICTOR NASCIMENTO DOS SANTOS: **597**

LEGAL ARGUMENT USED BY BRAZILIAN COURTS TO DEAL WITH HOMOAFFECTIVE UNIONS

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS AO TRATAR DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS
CLAUDIA ROSANE ROESLER E PAULO ALVES SANTOS: **615**

TWO SIDES OF THE SAME COIN: THE TIME IN STF

DOIS LADOS DA MESMA MOEDA: O TEMPO NO STF
CARLOS HENRIQUE BORLIDO HADDAD E LUCAS BACELETTE OTTO QUARESMA: **639**

THE SUPREME COURT OF STRATEGIC DEVELOPMENT IN CONNECTION WITH ISRAEL MILITARY OCCUPATION

EL DESARROLLO ESTRATÉGICO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ISRAEL EN RELACIÓN CON LA OCUPACIÓN MILITAR
YANIZA GIRALDO RESTREPO: **655**

EDITORIAL

Esta edição da REVISTA DIREITO GV está dividida em duas partes. A primeira apresenta um dossiê especial sobre o tema dos 70 anos de Bretton Woods, a partir de uma chamada de artigos idealizada em coedição por seu então editor-chefe, José Rodrigo Rodriguez, e pela professora da FGV DIREITO SP Michelle Ratton Sanchez Badin. A segunda parte deste número traz textos sobre temas variados recebidos pelo processo de submissão contínua.

Em 2014, concluíram-se setenta anos da Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas de Bretton Woods, que procurou regular os principais eixos do sistema econômico internacional – financeiro, monetário e do comércio. Se não se pode dizer que foram comemorados, em termos de projeção e debate tanto nacional quanto internacional, pode-se notar que os últimos sete anos têm sido muito profícuos na produção intelectual sobre o que foi Bretton Woods e como retomar alguns de seus pilares, com vistas à estabilidade econômica global.

As tentativas de novos diagnósticos e buscas por formas de reimaginar os sistemas monetário e financeiro internacional têm trazido consigo os juristas para este debate. Por muitos anos – e marcadamente após a quebra do padrão Bretton Woods para coordenação monetária e expansão da abertura da conta capital –, os sistemas monetário e financeiro ficaram relegados, no campo do direito, a análises exclusivamente domésticas. Neste sentido, foi notável que, pela primeira vez, o encontro da *Society of International Economic Law* em Berna, em julho de 2014, contou com um painel exclusivamente sobre o sistema financeiro e outro painel sobre a relação entre comércio e câmbio, além de ter uma de suas conferências magistrais sobre os processos de coordenação do sistema financeiro internacional. Nota-se aqui que o debate nos campos monetário e financeiro se reabre para os juristas.

É, portanto, uma grande satisfação escrever este editorial. Após um processo cauteloso de análise das contribuições que se candidataram para este dossiê especial, os artigos que aqui se encontram retratam os objetivos da chamada por contribuições do campo do direito, com perspectiva interdisciplinar e que consideram a posição do Brasil e de outros paises do Sul global, assim como questões sensíveis a esses países. O Brasil tem sido um protagonista no nível político do debate, seja no âmbito das organizações internacionais, seja nos fóruns de coordenação, mas a academia brasileira, de uma forma geral, ainda é pouco expressiva nesta área. O lançamento deste número especial tem em vista ser um dos passos na ampliação no Brasil deste debate sobre os sistemas monetário e financeiro internacional e seus papéis no sistema econômico internacional contemporâneo, além de um estímulo aos interessados em explorar mais o campo.

Além do dossiê especial e reforçando nosso constante compromisso com a participação de autores estrangeiros em nossa Revista, publicamos ainda os artigos de Yaniza Giraldo Restrepo, que trata da relação entre o desenvolvimento e fortalecimento do Tribunal Supremo de Israel e sua atuação nos casos relativos

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201415

aos territórios palestinos ocupados, e de Erika M. Isler Soto, que analisa o processo de constitucionalização dos direitos dos consumidores no Chile.

A publicação dessas autoras latino-americanas e em língua espanhola fortalecem o compromisso da Revista com sua internacionalização, mas também reafirmam o entendimento de que o desenvolvimento da produção acadêmica em direito no Brasil não se dá exclusivamente a partir de um diálogo com o Norte realizado em inglês, mas também se dá em língua espanhola, sobretudo por meio do intercâmbio com países da América Latina. A importância desse diálogo em espanhol é atestada pela presença do artigo do pesquisador David Almagro Castro que, embora brasileiro, escreve texto original em espanhol sobre a experiência espanhola do financiamento dos partidos políticos e os impactos sobre o modelo democrático espanhol.

Publicamos ainda, nesta edição da REVISTA DIREITO GV, o artigo de Silviana L. Henkes sobre os desafios jurídicos e políticos envolvidos em um balanço mal resolvido entre desenvolvimento econômico regional e impacto ambiental e social no caso da transposição do Rio São Francisco. Há ainda um conjunto de artigos de cunho teórico e empírico que trata de temas de interpretação e argumentação jurídica nos tribunais brasileiros, sobretudo no STF.

A partir de uma pesquisa teórica, Josué Mastrodi estuda a questão da ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais, e apresenta uma crítica ao que denomina natureza fictícia do postulado da proporcionalidade na solução de conflitos reais. Carlos Victor Nascimento dos Santos faz uma análise da plausibilidade dos argumentos sustentados pelo Ministro Gilmar Mendes na RCl. 4.335-5/AC em defesa da tese da "mutação constitucional" do art. 52 da Constituição Federal, que implicaria na constatação de uma mudança de sentido do texto constitucional, não pela via da interpretação judicial, mas a partir da aceitação implícita de mudança de sentido do texto constitucional em face às transformações do contexto social. Claudia Rosane Roesler e Paulo Alves Santos discutem, a partir de extensa pesquisa empírica, como os tribunais estaduais e o STF lidaram com casos relativos a uniões homoafetivas, analisando, no caso dos tribunais estaduais, a estrutura argumentativa adotada e, no caso do STF, avaliando criticamente os argumentos adotados. Por fim, Carlos Henrique Borlido Haddad e Lucas Bacelette Otto Quaresma analisam, a partir de estudo empírico, quais são os critérios adotados pelo STF para distinguir o excesso de prazo na formação da culpa da razoável duração do processo penal.

Boa leitura!

Michelle Ratton Sanchez Badin
Coeditora do dossiê especial "70 Anos de Bretton Woods: balanços e perspectivas"

Catarina Helena Cortada Barbieri
Editora-Chefe

EDITORIAL

This issue of the DIREITO GV LAW REVIEW is divided into two parts. The first part presents a special dossier on the 70th anniversary of Bretton Woods, which resulted from a call for papers by our then Editor-in-Chief, Mr. José Rodrigo Rodriguez, and FGV DIREITO SP's Professor Michelle Ratton Sanchez Badin. The second part of this issue includes articles on a variety of subjects received through the normal submission process.

2014 is the 70th anniversary of the United Nations Monetary and Financial Conference, held at Bretton Woods, which sought to regulate the main axes – financial, monetary and trade – of the international economic system. While it cannot be said that the anniversary enjoyed a high profile nationally or internationally, the last seven years have been very fruitful in terms of the intellectual output regarding the conference itself, as well as on how to resurrect some of its pillars with a view to maintaining global economic stability.

Attempts to come up with new diagnostics and the search to re-imagine the international monetary and financial systems have brought legal scholars into the debate. For many years, and markedly after the Bretton Woods system for monetary coordination and regulation of countries' capital accounts broke down, legal research into the monetary and financial systems was relegated to exclusively domestic analysis. So, it was remarkable that for the first time, in July 2014, the meeting of the Society of International Economic Law *in Bern featured a panel exclusively on the financial system and another panel on the relationship between trade and exchange. Moreover, one of the conference's main keynote speakers focused on the coordination of the international financial system. It is worthy of note that the debate on monetary and financial fields has now been reopened for legal scholars.*

In view of this, it is very satisfying to write this editorial. After a careful process of analysis of the submissions for this special dossier, the articles found herein reflect the call for papers' main objective: legal research with an interdisciplinary perspective, which considers the position of Brazil and other countries of the global South, and which takes into consideration particularly sensitive issues for these countries. Brazil has been an important political player in the debate, both within international organizations, and at coordination forums. However, the Brazilian Academia is still not significant in this field. This special issue aims to take a step towards the expansion of the Brazilian debate on monetary and international financial systems and their role in the contemporary global economy, and to provide a stimulus to those interested in exploring this research agenda.

In addition to the special dossier, and strengthening our ongoing commitment to the participation of foreign authors in our journal, the current issue includes an article by Yaniza Giraldo Restrepo, which deals with the relationship between the development and strengthening of the Israeli Supreme Court and its actions in cases relating to the Palestinian occupied territories, and another article by Erika M. Isler Soto, which analyzes the constitutionalization of consumer rights in Chile.

The publication of Latin American authors in Spanish strengthens the journal's commitment to internationalization, but also reaffirms our understanding that the improvement of legal research in Brazil will not result exclusively from a dialogue with the North conducted in

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201415

English, but can also occur in Spanish, especially through exchange with Latin American countries. The importance of this dialogue in Spanish is demonstrated by the presence of an article by David Almagro Castro, a Brazilian researcher who has written an original paper in Spanish on Spain's experience of the financing of political parties and its impact on the country's democratic model.

This issue also includes an article by Silviana L. Henkes on the legal and political challenges involved in the unresolved balance between economic development and environmental and social issues in the case of the transposition of the São Francisco River. There is also a set of theoretical and empirical articles about interpretation and legal reasoning in the Brazilian courts, especially the Supreme Court.

Josué Mastrodi studies the issue of the balance of rights and proportionality of judicial decisions from a theoretical perspective, and presents a critique of what he calls "the fictitious nature" of the postulate of proportionality in solving real conflicts. Victor Carlos Nascimento dos Santos analyzes the plausibility of the arguments put forward by Justice Gilmar Mendes in RCL. 4.335-5/AC in his defense of the thesis of "constitutional mutation" of article 52 of the Brazilian Federal Constitution, which would imply the finding of a modification in the meaning of the constitutional text not by way of judicial interpretation, but from an implicit acceptance of a changed meaning in the face of changes in the social context. Claudia Rosane Roesler and Paulo Alves Santos discuss, from extensive empirical research, how the regional courts and the Supreme Court deal with cases relating to same-sex marriage, analyzing, in the regional courts, the argumentative structure adopted and, in the case of the Supreme Court critically evaluating the arguments deployed. Finally, Carlos Henrique Haddad Borlido and Lucas Bacelette Otto Quaresma analyze, from an empirical perspective, the criteria adopted by the Supreme Court to distinguish undue delay versus reasonable time in criminal cases.

Enjoy your reading!

Michelle Ratton Sanchez Badin
Coeditor of the special issue "70 years of Bretton Woods: balances and perspectives"

Catarina Helena Cortada Barbieri
Editor-in-Chief

SUBMITTED 11.07.2013 | APPROVED 15.12.2014

HOW DOES INTERNATIONAL TRADE REGULATION ADDRESSES EXCHANGE RATES MEASURES?

Vera Thorstensen e Carolina Müller

COMO A REGULAÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL ABORDA AS MEDIDAS CAMBIAIS?

ABSTRACT

This is study seeks to analyze the international trade regulatory framework regarding exchange rate measures that bear an impact on trade. The present article will explore how the exchange rate issue relates to the WTO and affects its instruments and principles and, in the following, will look for provisions under the WTO agreements that could address the exchange rate issue and rebalance the impacts caused by misaligned currencies on trade.

KEYWORDS

WTO; exchange rates; international trade; IMF; exchange rate misalignments.

RESUMO

O presente estudo busca analisar o quadro regulatório internacional referente a medidas cambiais que trazem impactos no comércio. O artigo pretende explorar como a questão do câmbio se relaciona à OMC e afeta seus instrumentos e princípios para, em seguida, buscar dispositivos nos acordos da OMC que poderiam ser aplicados à questão cambial a fim de reequilibrar os impactos causados pelos desalinhamentos cambiais no comércio internacional.

PALAVRAS-CHAVE

OMC; taxas de câmbio; comércio internacional; FMI; desalinhamentos cambiais.

Introduction

The issue of exchange rate has been historically considered as a matter of the International Monetary Fund (IMF). When the Bretton Woods system was created, it was decided that the IMF would be responsible for the supervision of exchange rates and balance of payments and the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) would regulate international trade. At that time, since the IMF maintained a strict control on countries' currencies, based on a dollar/gold standard, the contracting parties to the GATT did not worry in incorporating the issue into the Agreement, drafting only a few provisions on the subject, such as GATT Article XV.

Even when a flexible exchange rate system was adopted, in the 1970s, the issue remained neglected by the GATT and, in the following years, by the World Trade

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201416

Organization (WTO). Nevertheless, exchange rate misalignments can cause significant impacts on international trade instruments, creating incentives to exports and representing barriers to imports (THORSTENSEN et. al., 2012).

Since the 1970s, the problem has been addressed through negotiations between the major economic leaderships, the US and Europe, and the countries whose currencies were affecting trade. The Plaza Agreement, for instance, was negotiated in 1985 by the US, UK, Germany, France and Japan and aimed to address the overvaluation of the Dollar and the devaluation of the Yen. With the increasing participation of developing countries in the international arena, though, this kind of "agreement amongst a few" became increasingly harder to achieve.

The accession of China to the WTO, in 2001, its rise as the leading world exporter and its policy of pegging the renminbi to the dollar brought to the attention of WTO members once again the effects of exchange rate misalignments on trade. After the financial crisis of 2008, some countries, such as the US, the EU and Japan enhanced the use of expansionist monetary policies in order to stimulate their economies, causing an escalation of exchange rate misalignments, with serious impacts on international trade. This issue led to the consideration by academics and public agents of whether those misalignments could be questioned under WTO rules.

The concern that persistent exchange rate misalignments could be creating trade distortions was finally raised by Brazil at the WTO, in April 2011, when it presented a submission to the Working Group on Trade, Debt and Finance (WGTDF) suggesting academic research on the relationship between exchange rates and international trade (WT/WGTDF/W/53). In September 20th, 2011, Brazil presented to the same Working Group a second proposal on the theme, suggesting the exam of available tools and trade remedies in the Multilateral System that might allow countries to redress the effects of exchange rate misalignments (WT/WGTDF/W/56). In March 2012, a seminar on exchange rates took place at the WTO. The conclusions of this seminar were that exchange rate misalignments can affect trade and that the discussion should continue among WTO and IMF members. Finally, a third document was submitted by Brazil in November, 2012 (WT/WGTDF/W/68), bringing the discussion of the effect of exchange rate misalignments on trade instruments, as well as the possibility of exploring existing WTO rules to address such effects.

These were important steps to the discussions, but deeper debates are still required in order to find which WTO rules are affected by misaligned currencies and which mechanisms can be used to address their effects.

The present article is part of these debates, exploring the relationship between the exchange rate issue and the regulatory framework of international trade. In this sense, the first section of this article will discuss the current perception that the subject of exchange rate should be dealt with solely at the International Monetary Fund (IMF) and, in the following, will analyze how the exchange rate issue relates to the WTO

and affects its instruments and principles. The second section will then analyze the provisions of the WTO agreements and look for possible regulatory linkages between the Multilateral Trading System and the exchange rate issue. Both sections look at the history of negotiations and development of some trade provisions to argue that, although only a few specific mechanisms deal directly with the matter, the exchange rate issue has been an integral part of the Multilateral Trading System since its creation.

The article concentrates on the effects of sustained exchange rate misalignments on the multilateral trading system's legal framework as well as the existing rules that could be applicable to the subject and the need to address such effects. It is not the aim of this article to propose the use of exchange measures to regulate exchange rates. Rather, it focuses on alternatives that allow countries to compensate the negative effects that misaligned currencies have on international trade.

1 The Relation between Exchange Rates and the Multilateral Trading System

1.1 Are exchange rates an exclusive matter of the IMF?

Exchange rate and currency issues were historically considered as matters of the IMF competence. Accordingly, at the time of the creation of the Bretton Woods System in 1944, maintaining an international fixed exchange rate system based at par values to the dollar was the main objective of the IMF.

The economic impacts of exchange rate manipulations on international trade flows were very much in the minds of the political parties in the negotiations of the Bretton Woods agreements (BOUGHTON, 2004, p. 6). The chaotic consequences to trade of the practice of competitive currency devaluation in the years before the World War II were still very present and an international effort was sought to restrain these mutually damaging, "beggar thy neighbor", practices.

The fixed exchange rate system was anchored at the Article IV of the IMF's Articles of Agreement, which determined that every country should maintain their exchange rates within a 1% band of a par value to the dollar established by the IMF. This meant that the Multilateral Trading System, created a few of years later, would not have to focus on the issue of exchange rate manipulations, nor elaborate mechanisms to counter it.

This could offer evidence to explain why exchange rate manipulation and other currency issues are not present but in a few Articles of the GATT. The problem seemed surpassed, with the creation of the IMF, and the GATT could be roughly silent about it.

Concerns about the impacts of exchange rate misalignments on international trade, however, would resurface after the end of the par value system in the 1970s. The fall of the gold standard required major modifications of the IMF practice in

the coming decades, a process that came to be known as the organization's "silent revolution" (BOUGHTON, 2001, p. 582).

The extent and depth of such modifications had direct impact on the IMF rules, particularly on its Article IV, which was transformed from a rigid control to a flexible surveillance mechanism. Andreas Lowenfeld argues that, after the fall of the par value system and the creation of the new surveillance mechanism, "[i]f the Fund Agreement no longer described, let alone controlled, the international monetary system, then it seemed reasonable that the Articles should be rewritten" (LOWENFELD, 2010, p. 582). No such resurfacing, however, was done and "[t]he institution was preserved – that is, the skeleton; but the fundamental rule was replaced by a non-rule, and the mission gradually changed" (LOWENFELD, 2010, p. 582).

The new mission of the IMF was then focused on guaranteeing the balance of payment of endangered countries in a world of floating exchange rates. The objective of restricting exchange rate manipulations was allocated to the new surveillance mechanism. However, due to a change in the economic policies of the major international partners that relaxed concerns over exchange rate manipulations and the expansion of the IMF's surveillance mechanism, in order to include several currency mechanisms and other economic factors, the objective was never completely attained.

On that, Lowenfeld further states that:

> Article IV did not accomplish the objectives that the drafters had in mind. Governments were reluctant to answer inquiries put by the Fund, and had no real incentive to do so. [...] The idea that the IMF, or the international community through the IMF, could prescribe conduct under amended Article IV comparable with what the Fund prescribed under Article V did not prove viable, if indeed it was ever seriously considered (LOWENFELD, 2010, p. 585).

The consequence was that the IMF no longer had the mechanisms, or even the purpose, of exerting a rigid control over exchange rate manipulations. Although this reality fitted well the new role of the Fund in international economic governance, it striped the Multilateral Trading System of its safe-net against competitive currency devaluations.

In this sense, current arguments defending that exchange rate issues should be dealt with solely at the IMF are outdated. As IMF history has demonstrated, the IMF can no longer be the main forum where the impacts of currency issues on trade should be discussed, especially not when the control of exchange rate manipulations is the main focus of discussion. It lacks the mandate and the mechanisms to do so (THORSTENSEN et al., 2013).

1.2 Exchange rate impacts on the multilateral trading system

Although left unguarded since the mid 1970s, the Multilateral Trading System would not feel the consequences of exchange rate deviations until the 2008 financial crisis. In the present political landscape, however, such accords are harder to be reached. After the crisis and the political choice of some of the biggest economies to devaluate their currencies in order to stimulate economic recovery and growth (notably the US, the EU, China and some other Asian countries), the problem has again arisen and the Multilateral System has found itself unprepared to offer solutions.

Although the economic effects of exchange rate misalignments have been discussed at lengths by the academia (LASTRA, 2005, chapter 2), less has been said about their impact on the regulatory framework of the Multilateral Trading System. This section will discuss what are these impacts and how can they be measured.

1.3 The case of tariffs and trade remedies

The possible impacts that exchange rates could have on the Multilateral Trading System were perceived already in the beginning of negotiations of the Havana Charter, when guidelines for the negotiations of tariffs were decided. In section E of the Annexure 10 of the Report of the First Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment (E/PC/T/33) it is stated:

> **Avoidance of New Tariff or other Restrictive Measures.**
> It is important that members do not effect new tariff measures prior to the negotiations which would tend to prejudice the success of the negotiations in achieving progress toward the objectives set forth in Article 24, and they should not seek to improve their bargaining position, by tariff or other restrictive measures in preparation for the negotiations. *Changes in the form of tariffs, or changes in tariffs owing to the depreciation or devaluation of the currency of the country maintaining the tariffs, which do not result in an increase of the protective incidence of the tariff, should not be considered as new tariff increases under this paragraph.* (emphasis added)

The logic of the provision was that devaluation of exchange rates could have direct impacts on the tariffs being negotiated. Based on this provision, Brazil promoted an adjustment of its tariffs before its entry into negotiations, in 1947:

> Owing to the depreciation of the Brazilian currency (18.67 cruzeiros – US$1), the Brazilian import duties are reduced by 47 per cent. In order to correct this maladjustment the Brazilian Government decided to readjust the duties of its tariffs taking into account only part of the currency depreciation, i.e. 40 per cent. Otherwise, the Brazilian Government would

> initiate the multilateral negotiations at Geneva by making a gratuitous reduction of 47 percent of the duties of the Brazilian tariff. Furthermore, it must be pointed out quite clearly that the wording of Annexure 10 is "owing to the depreciation of the currency". This means that those provisions take into account not only the devaluation on the par value made by law or by agreement with the International Monetary Fund, but also the actual currency depreciation at the time of the multilateral negotiations at Geneva. (ECOSOC, *Note by the Brazilian Delegation on the adjustment of the Brazilian custom tariff*, Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, August 5th, 1947, E/PC/T/151, p. 2).

In this sense, since its very beginning, the effects of exchange rate deviations on tariffs were already discussed by GATT contracting parties. Exchange rates can be defined as the rate at which a currency can be traded into another currency. In other words, it is the price of a country's currency represented in a second currency. It allows for the price comparison of two goods produced in different countries, using different currencies. In this sense, the exchange rate is directly associated with the price of a good in a given market.

Whenever an exchange rate is devalued it means that the import price of a product represented in another currency will be less than it should be if the exchange rate was at its equilibrium (assuming the export price of the product not to be too responsive to exchange rate misalignments). It affects, thus, not only the competitiveness of this product in a given market, but also the market access negotiated under the WTO and the effectiveness of import tariffs applied: since ad valorem tariffs are levied as percentages of a product's price, a devaluation of this price will impair its effectiveness, while specific tariffs will be enhanced by the devaluation of the exporting country's currency.

Besides the price effect, another possible way of examining these impacts is to use the concept of "tariffication", where *ad valorem* equivalent rates are calculated merging tariffs and exchange rate misalignments. Just like tariffs, the effect of the exchange rate can be transferred to imported and exported goods' prices. Persistent exchange rate misalignments do have significant distortion effects on *ad valorem* applied and bound tariffs negotiated in the WTO, being at the same time an incentive to exports from a country maintaining an undervalued currency, as well as raising additional barriers to the entry of imports into its market (THORSTENSEN et. al., 2012). However, import tariffs are not the only trade instruments affected.

Since the creation of the Multilateral Trading System, with the GATT, the contracting parties have sought to restrain protectionist measures to border tariffs. This would provide the system with better transparency and predictability. The notion of "tariffication" of trade instruments is of great importance to the Multilateral Trading

System and has been a key notion since its beginning. Many trade diversion studies make an effort to "tarifficate" trade restrictive measures in order to assess their impact on trade flows. The distortion effects of persistent and large exchange rate misalignments are not, in this sense, to be taken lightly.

Trade remedies such as antidumping and countervailing duties are themselves tariffs that are applied in amount to import tariffs at the border. Exchange rate misalignments can either strengthen or weaken the effect of trade remedy measures applied, in the case of a considerable variation between the currency used to levy the duty and the currency of the international price of the product after the investigation. That would mean a potential violation of the objectives of trade remedies.

If the aim of trade remedies is to address the effects of a determined unfair trade practice, its effectiveness depends on accurately accessing and countering such effects. Antidumping and countervailing measures, which both are levied, in general, as specific tariffs, will be distorted by exchange rate variations and will not accurately address the practice identified as unfair during the investigations, to the detriment of either the exporters or the affected sector involved. The measure would, possibly be recalibrated after its review. In the meantime, however, the exchange rate issue brings instability and unpredictability to yet this instrument.

In the same manner, the investigations prior to the application of trade remedies are themselves also affected by deep exchange rate misalignments. A country facing particularly deep devaluations can suffer additional antidumping duties if no proper consideration is done during investigations. The normal price construction and the price comparability both can be affected.

The issue was raised in a GATT panel brought by Brazil against EC's application of antidumping measures on cotton-yarn from Brazilian producers (EC-Cotton-Yarn, 1995). Brazil argued that the EC had violated its obligation under the Tokyo Round Antidumping Code (the predecessor of the Uruguay Round Antidumping Agreement – ADA) by not taking into consideration the particular volatile situation of Brazilian exchange rate concurrent with high inflation.

In early 1989, facing very high inflation, the Brazilian Government froze the exchange rate at one Cr$ ("Cruzeiro") to one US$ in an attempt to decrease money supply and control inflation. The exchange rate freeze continued for a period of three months. During this period domestic inflation continued to grow. Receipts from export sales (which were paid in US$), when converted into Cr$, remained stable. Following the unfreezing of the exchange rate, the Cr$ depreciated. Brazil argued that this combination of a fixed exchange rate and domestic inflation led to a gross distortion in the comparison between domestic prices (when used as the basis of normal value) and export prices, and this resulted in an inflated dumping margin.

Brazil argued that the phrase "particular market situation" in Article 2:4 (presently Article 2:2 of the ADA) included the relevant situations external to the domestic

market, such as exchange rates, which affect price comparability. Furthermore Brazil argued that Article 2:6 (presently Article 2:4 of ADA) required the EC to consider the particular exchange rate freeze situation in Brazil at the moment of export in order to respect the "fair comparison" requirement in the Article (EC-Cotton-Yarn, 1995, p. 77-81).

Although relating to a fairly specific situation involving exchange rate issues, the case was an opportunity in which both parts had to discuss particularly different views of the impact of exchange rate variations on antidumping investigations.

Brazil was of the view that the *EC's refusal to adjust the exchange rates used in its investigation violated a fundamental principle of the Agreement*, considering as "price dumping" what was, in fact, *the well-known phenomenon of 'exchange dumping'*. Furthermore, Brazil argued that in doing so, the EC *had relied on certain principles such as 'monetary neutrality' that were not valid in the context of antidumping proceedings*. (EC-Cotton-Yarn, 1995, p. 118).

The EC, on the other hand, argued that:

> The calculation of dumping margins had to be made on the basis of objective and verifiable information, and not on the basis of arbitrary and subjective aspects. Accepting Brazil's arguments in this regard would amount to introducing considerable amount of subjectivity and uncertainty into the system. It would go far beyond the scope of the Agreement, the possibilities and the competence of the investigating authorities, and the interests of the signatories to have security and predictability in international trade. (EC-Cotton-Yarn, 1995, p. 119)

Brazil disagreed that the clear intent of the negotiators was to leave "monetary aspects of dumping" outside the scope of the Agreement. Rather, the intent of the negotiators would have been to exclude the depreciation of exchange rate (the so called exchange rate dumping) from the antidumping mechanism. In other words, since exchange rate dumping was not part of the Agreement, due consideration to exchange rate situations should be done in order to respect normal price and price comparability, as well as to avoid considering such a phenomenon as "regular dumping" (EC-Cotton-Yarn, 1995, p. 280).

Both countries agreed that the present rules governing antidumping investigation excluded the possibility of considering exchange rate dumping in the "price dumping margin". Brazil however argued that completely excluding monetary aspects of dumping would do exactly the opposite, since it would open up the possibility of counting exchange rate dumping as regular dumping, while the EC feared the possible consequence of bringing unpredictability to the system if it considered such arguments.

The panel concluded that Brazil had not proved that the particular exchange rate situation at the time of the sells affected directly the prices practiced in its local market to render it inadequate as a basis for normal price consideration. On that, the Panel further stated that:

> Even assuming *arguendo* that an exchange rate was relevant under Article 2.4, it would be necessary, in the Panel's view, to establish that it affects the domestic sales themselves in such a way that they would not permit a proper comparison. Brazil had asserted that exchange rates were capable of affecting domestic sales and prices because, for example, the cost of raw materials could be affected by fluctuations in the exchange rate. In particular, domestic sales and prices could be affected if imported raw materials were used in domestic production. However, Brazil had not argued that the costs of raw materials used in manufacture of cotton yarn were in fact so affected. For the Panel to engage in such an exercise, it would have to exceed its scope of review. (EC-Cotton-Yarn, 1995, p. 479)

In this sense, the panel did not exclude completely the influence exchange rate misalignments could have on antidumping investigations. Actually, imported inputs were considerable costs in cotton-yarn production, and provided that Brazil presented this argument, exchange rate could be a relevant aspect in the investigation. In the Panel's view, there is no *a priori* exclusion of exchange rate considerations in the application of the antidumping rules.

Considering price comparability and Article 2.6 of the Antidumping Code, the Panel reached a narrower interpretation. It considered that:

> The exchange rate in itself is not a difference affecting price comparability. It is a mere instrument for translating into a common currency prices that have previously been rendered comparable in accordance with the second sentence of Article 2.6. In the view of the Panel, an exchange rate's function is to make it possible to subsequently effect an actual comparison on a common basis as provided under the other relevant provisions of the Agreement. (EC-Cotton-Yarn, 1995, p. 494)

The EC-Cotton-Yarn case exposed the lack of specific provisions to deal with the issue in the Antidumping Code. Such absence remained in the following Uruguay Round ADA. The same overall statement can be made in relation to the Subsidies and Countervailing Measures Agreement (SCM).

Other aspects of the Multilateral Trading System are potentially affected as well since they are based on tariffs in their functioning, The Dispute Settlement Mechanism

itself can be deeply affected in its efficiency since its most praised characteristic – the possibility of enforcing decisions through the allowance of retaliatory measures – would be softened were a country to maintain its currency persistently undervalued, weakening measures aimed at curbing its violating conduct. Naturally, different measures such the suspension of TRIPs rules would be immune to such effects, but a considerable part of the System could be jeopardized.

Furthermore, rules of origins can be distorted as well, since many rules depend on accurately assessing the value added to a product in different moments of the production chain. When dealing with severely distorted exchange rates, it becomes hard to determine the exact value added by a particular production stage. The assertion can be compromised, making it hard to guarantee the fulfillment of the objectives sought with rules of origin. This is particularly important in the context of Preferential Trade Agreements (PTAs), potentially being a cause of trade diversion and circumvention of the rules.

The Director-General to the WTO, Pascal Lamy, has already brought to the attention the difficulties modern production chains present to the traditional view of rules of origin and international trade negotiations in general (WTO News, Lamy: Global supply chains underline the importance of trade facilitation, 18 October, 2011). The "made in the world" initiative launched by the WTO to support measuring and analyzing international trade in terms of value added, can be severely impacted by exchange rate misalignments.

1.4 The overarching principles

A more disturbing picture can be drawn if one considers the impact of persistent exchange rate misalignments on some of the pillars of the Multilateral Trading System. One of the system's principles most hit by the different exchange rate fluctuations is the Most-Favored Nation (MFN) present in Article I of the GATT.

Under the MFN principle, each contracting party is broadly obliged to concede the same tariff treatment to every other contracting party. Furthermore, any kind of advantage or privilege one contracting party should have in relation to imports and exports with another contracting party should be "immediately and unconditionally" extended to all other contracting parties. This principle aims at bringing two main benefits to the system.

Firstly, it guarantees that no particular country will have a commercial advantage in its trade with another contracting party, which otherwise could raise tensions and divert trade. This is a broad guarantee, encompassing any kind of benefit a particular country could have in its trade with another country part to the system. The aim here is to avoid arbitrary allocation of trade flows between contracting parties, which could harm the benefits brought by international trade competitiveness.

The other benefit is the stability of the system. Since a producer knows he will face the same tariff barrier to export to a particular country no matter where he exports

from, he will be able to decide where to produce without taking applied tariffs into consideration. It also brings predictability and provides a better environment for production to seek whichever country presents better comparative advantages.

Misalignments and possible manipulations of exchange rates, however, bring another variable to the equation, with no direct connection to fair competition principle. The particular exchange rate of a country, and its variation from a level considered of medium term equilibrium, could represent an "advantage or privilege" in bilateral commercial relations between a set of countries when compared with other exchange rates portraying different levels of variation from their equilibrium. This is due to the effects exchange rate misalignments have on tariffs applied by each country.

After the fall of the fixed exchange rate system under the auspices of the IMF during the 1970s and its substitution with a floating exchange rate system, the contracting parties to the GATT have manifested their concern with its consequence to the multilateral trade system. In particular, the impact on market access actually faced by exporters was highlighted in a floating exchange rate system:

> 1. The CONTRACTING PARTIES, while not questioning the floating exchange rate system and the contributions it has made, acknowledge that in certain circumstances exchange market stability contributes to market uncertainty for traders and investors and may lead to pressures to increased protection; these problems cannot be remedied by protective trade action. (Exchange Rate Fluctuations and their Effect on Trade – Fortieth Session of the CONTRACTING PARTIES, Action taken on 30 November 1984 – L/5761)

When exchange rate misalignments are "tariffied" and applied to a country's tariffs, a better picture of the uncertainties brought to the system by the exchange market instability and the level of tariff barriers actually faced by exporters from a particular country can be perceived: each particular exporter, depending on where he exports from, will have different tariff treatments and privileges, meaning different market access levels, contrary to what the MFN principle states. The greater the length and persistence of such exchange rate misalignment, the greater the consequences for the most-favored nation treatment.

The absence of specific consideration to the broad and persistent exchange rate misalignments of WTO members means potentially innumerous different tariff treatments between any set of analyzed countries. This situation is directly the opposite of what the Multilateral Trading System sought with the establishment of the MFN principle.

Not only the MFN principle is affected but, with it, the principles of transparency and predictability. After the end of the fixed exchange rate system, the GATT

contracting parties, concerned with the negative effects of exchange rate fluctuations on international trade flows, made a statement urging the IMF to improve its system in order to take into account "the relationship between exchange market instability and international trade" (Exchange Rate Fluctuations and their Effect on Trade – Fortieth Session of the contracting parties, action taken on 30 November 1984 – L/5761).

In response, the IMF published in 1984 a study describing the ways by which such exchange rate instability could affect international trade flows (IMF, 1984). The academic and empirical evidences were inconclusive and no systemic adjustments were made by the contracting parties to the GATT in order to address the uncertainty and potential negative effects of exchange rate fluctuations. No particular study was commissioned by the GATT, however, to analyse the impacts of exchange rate manipulations on the instruments of the Multilateral Trade System.

1.5 Aid for trade and quota-free-duty-free initiatives

Finally, a crucial aspect of the WTO is also potentially affected by persistent exchange rate misalignments. Considered by many as the "social" aspect of the multilateral trade system, the Aid for Trade Initiative seeks to help least-developed countries to fight poverty and attain economic development through the insertion of their economies in the international market.

The outlaying idea is that through its insertion in the international market, small economies could get better prices for their products and better prospects for local producers. The volatility of exchange rates and, especially, the possibility of competitive devaluation of big economies currencies, bring deep instability and insecurity to such "export-led" and open economy strategies.

At the 1984 Declaration, the contracting parties had already identified the particularly fragile position that small trading countries would face in a floating exchange rate situation. At Paragraph 2 of the Declaration, it is stated that:

> The CONTRACTING PARTIES also recognize that adjustment to uncertainty over exchange market instability could be more difficult for small traders when hedging opportunities are limited, and for small trading countries and developing countries, *inter alia* when the geographical distribution of their trade cannot be easily diversified. (*Exchange Rate Fluctuations and their Effect on Trade* – Fortieth Session of the CONTRACTING PARTIES, action taken on 30 November 1984 – L/5761)

The following study by the IMF also acknowledge that small trading economies would be more vulnerable to intense exchange market instability since traders would have fewer hedging options (MF, 1984).

In this sense, Marc Auboin states that:

> Of particular concern to LDCs is the dilemma created by regular periods of losses in the terms of trade and at the same time the need to keep the nominal exchange rate relatively stable for domestic monetary policy reasons. In periods of terms of trade losses, this dilemma results in a constant real appreciation of domestic currencies, and hence an inducement to import, with adverse effects on the current account balance and debt to Bretton-Woods institutions. (AUBOIN, 2007, p. 26)

A recent OECD examined the impact of sharp exchange rate misalignments in two small open economies – that of Chile and New Zealand. It proved that small economies tend to be more impacted by exchange rate misalignments than larger economies such as the EU, the US or China (OECD, 2011).

The authors simulated misalignments, either upwards or downwards, of 10 per cent of these countries' exchange rates and analyzed the impact on their bilateral trade with bigger economies. Small trading countries have to bear the "full adjustment of exchange rate changes", as they have less diversified production and export base, being less in a position to move into economic sectors less affected by international trade. Bigger economies, when facing the appreciation of their currencies, are able to limit the damage done to their export position by moving up their production into sectors where price elasticity is wider. The study demonstrates, then, that smaller economies will be hit harder by exchange rate misalignments, either of their own currencies or of their bigger trading partners. Price elasticity and the structure of their production chains are also important, helping (or hindering) to mitigate negative effects.

The WTO has already acknowledged such problem. In a recent publication entitled "Aid for Trade at a Glance – 2011, showing results", published in conjunction with the OECD, the authors recognize that:

> If a currency is overvalued, trade liberalization can trigger rising imports and declining exports – because of the damage to cost competitiveness – with the excess demand for foreign exchange resulting in balance-of-payments problems. In addition, domestic economic activity usually declines and unemployment rises because the contraction in import competing sectors is not offset by an expansion of the export sector. Governments then face the choice of either adjusting the exchange rate or reversing trade reform. […] the impact of supportive macroeconomic policies is often larger than the impact of reducing binding export constraints through aid for trade. (WTO, OECD, 2011, p. 99)

This brings enormous challenges to the objective by the WTO to promote economic development of LDC through their insertion in the international market. These countries would depend on a very narrow band of export products, without any real space to divert their production or climb up the production chain. With whole economies dependent on such a small economic structure, exchange rate variations of any particular trade partner could have serious impacts to such programs.

In the same manner, the Quota-Free-Duty-Free Initiative, which the WTO Secretariat and some WTO members struggle to rescue out of the stalled Doha Round, could be offset by sharp variations of the exchange rates of either the conceding countries or of the beneficiaries.

The Quota-Free-Duty-Free initiative consists in an agreement between WTO members, in 2005, to make it mandatory for developed countries, and optional for developing countries, to give duty- and quota-free market access to all exports from least-developed countries. Members were allowed, nonetheless, to exclude up to 3% of tariff lines from this initiative, in order to protect sensitive sectors (LABORDE, 2008, p. 14).

When facing markets with undervalued currencies, LDC exports will be hurt by not zero but real positive tariffs.

2 WTO Agreements and the exchange rate issue

Considering the significant impacts that misaligned exchange rates have on trade, one might ask if the existing provisions under the WTO Agreements cannot address the matter, at least partially.

The issue is in fact already present at the WTO: even though it was not a major concern when the GATT was drafted, since, as explained above, the matter was considered under the competence of the IMF, two GATT articles dealt specifically with the issue of exchange rates. Furthermore, one might consider if other WTO rules, that were not initially intended to address the issue, can be applied in order to rebalance the impacts caused by misaligned currencies.

This section will first present the two GATT provisions that were drafted to deal with exchange rates, presenting its interpretation and the difficulties arising from its application to the current context of the multilateral trading system. In the following, other provisions of the WTO shall be interpreted in order to verify if they can properly address the issue of exchange rates.

2.1 WTO provisions on exchange rates

The provisions described below deal specifically with the impacts of exchange rates on trade. Nevertheless, it is necessary to verify if they are able to properly address the current challenges posed by misaligned exchange rates on the multilateral trading system.

2.2 Article XV

The main Article of the GATT to deal with exchange rates and its impacts on trade is Article XV. It establishes the cooperation between the GATT/WTO and the IMF for matters such as monetary reserves, balances of payments and exchange arrangements, denying the idea of a complete separation between WTO and IMF subjects.

The Article explicitly encourages WTO members to seek policy coordination on questions within the jurisdiction of the IMF that affect trade measures, recognizing the intrinsic relation between trade and finance and assuring the coherence of the international economic system as a whole, as designed at Bretton Woods.

Concerning the specific issue of exchange rates and its impacts on trade, Article XV:4 states that:

> Contracting parties shall not, by exchange action, frustrate the intent of the provisions of this Agreement, nor, by trade action, the intent of the provisions of the Articles of Agreement of the International Monetary Fund.

It puts on evidence the negative impacts that trade and exchange rate measures can have on one another, recognizing that exchange rate issues can affect international trade. The Article stresses the need for WTO members to take into account the relationship between the international trade and monetary systems and to avoid trade or exchange rate measures that could harm any of the purposes of both agreements.

Thus, an important question that has been raised by scholars is a about the relationship between GATT Article XV and Article IV of IMF's Articles of Agreement (See SIEGEL, 2002) and whether a violation of Article IV would be required in order to determine a violation of Article XV:4 (MIRANDA, 2010, p. 115-26). IMF's Article IV establishes the obligations of the Fund's members regarding exchange arrangements. Its paragraph (iii) reads as follows:

> Article IV: Obligations Regarding Exchange Arrangements
> Section 1. General obligations of members
> […] In particular, each member shall:
> (iii) avoid manipulating exchange rates or the international monetary system in order to prevent effective balance of payments adjustment or to gain an unfair competitive advantage over other members;

Much debate has taken place regarding the "intent" of "gaining an unfair competitive advantage over other members" and about the feasibility of the Fund identifying a member as a currency manipulator (ZIMMERMANN, 2011; FUDGE, 2011; IRWIN, 2011). It is fair to argue that, due to the deep transformation of the Fund's role in the international economic governance structure after the end of the dollar-gold standard

in the 1970s and 1980s (BOUGHTON, 2001), especially regarding the possibility of members choosing the "exchange arrangements of their choice" and the surveillance system in place, it is very unlikely that the IMF would recognize a country as in violation of its Article IV due to currency manipulation.

If that holds true, what are the consequences for the applicability of GATT Article XV:4?

The answer to these questions lies in the wording used in Article XV. Three different exchange terms are used throughout the Article, each bearing a specific meaning: exchange arrangements (Article XV title); exchange action (Article XV:4); and exchange controls or restrictions (Article XV:9). The link between GATT Article XV and IMF Article IV is made obvious by their titles, each citing exchange arrangements as their subject of regulation. The use of the term exchange arrangements at the title of both articles seems to indicate it as a general expression, encompassing the different actions and mechanisms provided for in these articles.

While the link between the two mechanisms is established, the limits and structure of the relationship, as well as each Organization's prerogative in the subject is somewhat less clear. Article XV:1 establishes a broad obligation for the WTO to cooperate and coordinate its actions regarding "exchange questions" with the IMF. Article XV:2, by its turn, establishes more specific obligations regarding consultations and prerogatives:

> In all cases in which the CONTRACTING PARTIES are called upon to consider or deal with problems concerning monetary reserves, balances of payments or foreign exchange arrangements, they shall consult fully with the International Monetary Fund. In such consultations, the CONTRACTING PARTIES shall accept all findings of statistical and other facts presented by the Fund relating to foreign exchange, monetary reserves and balances of payments, and shall accept the determination of the Fund as to whether action by a contracting party in exchange matters is in accordance with the Articles of Agreement of the International Monetary Fund, or with the terms of a special exchange agreement between that contracting party and the CONTRACTING PARTIES.

In this sense, in all cases in which Article XV is analyzed, and thus exchange arrangements are involved, the statistical findings (*e.g.* whether an exchange rate is misaligned) are presented by the Fund and must be accepted as part of the facts at disposal for an objective assessment by the panel/AB (India – Quantitative Restrictions, para 5.11-13). This interpretation is in line with the position held by the WTO Appellate Body in the case Argentina – Textile and Apparel:

> The only provision of the WTO Agreement that requires consultations with the IMF is Article XV:2 of the GATT 1994. This provision requires the WTO to consult with the IMF when dealing with 'problems concerning monetary reserves, balances of payments or foreign exchange arrangements'. (Argentina – Textiles and Apparel, AB Report, para 84-85)

This is the case of findings concerning GATT Article XV:4 obligation. In order to analyze the "exchange action" taken by a member that is allegedly frustrating the intent of the provisions of GATT, the contracting parties must consult with the Fund and accept its statistical findings.

It is important to emphasize, however, that this passage does not establish that the IMF will have the final word on whether a WTO member is in violation of Article XV:4 of GATT. The only judicial prerogative IMF has is on whether the exchange action is in accordance with the Fund's own obligations. One must bear in mind that the WTO and the IMF are two whole legal systems, each with its own peculiarities and legal reasoning, occupying two different worlds when it comes to legal and juridical interpretations. While the rules governed by the IMF are to be interpreted and applied by the Board of Governors of the IMF, the WTO is construed as a system where the legal obligations/principles are supposed to be given meaning by its dispute settlement mechanism.

This is important for the application of the exception present at Article XV:9. It reads as follows:

> 9. Nothing in this Agreement shall preclude:
> (a) the use by a contracting party of exchange controls or exchange restrictions in accordance with the Articles of Agreement of the International Monetary Fund or with that contracting party's special exchange agreement with the CONTRACTING PARTIES, or
> (b) the use by a contracting party of restrictions or controls in imports or exports, the sole effect of which, additional to the effects permitted under Articles XI, XII, XIII and XIV, is to make effective such exchange controls or exchange restrictions.

The *rationale* of this paragraph is to avoid the GATT mechanism of being in the way of the well functioning of the IMF. One of the main goals of the IMF is to ensure the stability of balance of payments (Article I:iv) and the financial health of its members (Art. I:i). In this sense, and in critical situations, the IMF allows for the exceptional use of capital controls and exchange restrictions throughout its Articles of Agreement.

Paragraph 3 of the Agreement between the IMF and the WTO further clarifies the issue of IMF decisions authorizing exchange restrictions, discriminatory

currency arrangements or multiple currency practices pursuant to the IMF Articles of Agreement:

> The Fund shall inform the WTO of any decisions approving restrictions on the making of payments or transfers for current international transactions, decisions approving discriminatory currency arrangements or multiple currency practices, and decisions requesting a Fund member to exercise controls to prevent a large or sustained outflow of capital. (Annex I, p. 3)

The Agreed Commentary on this provision provides as follows:

> Comment: This information on Fund decisions is relevant to the implementation of GATT and GATS because of certain consequences under these Agreements when a measure is consistent with the Fund's Articles (Article XV of GATT 1994 and Article XI of the GATS). Additionally, under the GATS, members are allowed to impose controls on capital transactions related to their scheduled commitments under certain circumstances, including if such controls are imposed at the request of the Fund. In practice, the Fund's authority to request capital controls (Article VI, Section 1(a) of the Fund's Articles) has never been used. (WTO, *Agreed commentary*, Annex III to document WT/L/195, 18 November 1996, p. 13-14)

Other GATT articles contain similar exceptions that take into account the functioning of the IMF, *e.g.* Article VII:c on multiple currencies conversion; Ad Note to GATT Article VIII regarding exchange fees for balance of payment reasons; Article XIV:1,3 and 5(a) on exceptions to the Rule of Non-discrimination; Ad Note to Section B of GATT Article XVI on multiple exchange rates.

A member will thus be allowed to depart from a GATT rule in order to duly apply an IMF provision. In such cases, as determined by GATT Article XV:2, the final word on whether the member is correctly applying the IMF provision and thus not violating the GATT obligation, falls onto the IMF prerogative. Article XV:9 is an example of such case.

GATT Article XV:9, however, makes clear reference to exchange controls or restrictions, while other GATT articles make direct reference to multiple exchange rates. These are the only exchange actions that are comprised in the exception. As noted above, these terms are found throughout the IMF's Article of Agreements and indicate specific exchange actions. It is then plausible to argue that exchange actions, other than exchange restrictions or controls and multiple exchange rates, even when operated in accordance with the Articles of Agreement of the IMF can still frustrate the intent of the GATT provisions and thus contravene GATT Article XV:4 (MIRANDA, 2010, p. 120).

The WTO Dispute Settlement Body (DSB) had the opportunity to analyze whether a measure was an exchange restriction in the sense of Article XV:9, and thus part of the exception rule and under the auspices of the IMF consideration, or whether it was an exchange action in the sense of Article XV:4. In the case Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes, Honduras argued that the foreign exchange fee charged on foreign exchange transactions by the Dominican Republic was computed on the value of imports at the selling rate of foreign exchange and applied upon the "importation" of a product, thus nothing more than an import charge, a trade measure within the jurisdiction of the WTO, although in the form of an exchange action (First oral statement of Honduras, para. 22).

On the other hand, the Dominican Republic argued that the foreign exchange fee was an "exchange restriction" because it was a direct governmental limitation on the availability or use of exchange as such and that the meaning of exchange restrictions should be interpreted by the IMF, citing the Article XV:9(a) exception (First written submission of the Dominican Republic, paras. 91-94).

Although the paragraph 4 of Article XV has not been directly cited by the parts, the underlying issue regarding the foreign exchange fee imposed by the Dominican Republic was whether it should be considered an exchange restriction part of the exception of Article XV:9 and under the jurisdiction of the IMF (as argued by the Dominican Republic) or a broader exchange action violating a trade obligation in the sense of Article XV:4 and thus a matter under the jurisdiction of the WTO (as argued by Honduras).

The Panel stated that Article XV:9 was an exception or an affirmative defense and, in so, that it would be Dominican Republic's burden to prove that the foreign exchange fee should be considered an exchange restriction. The panel noted that the foreign exchange fee only applied to importation of goods, but not to foreign exchange payments of non-import related services or to foreign currency payments made by Dominican Republic residents, nor to remittance of dividends from companies located in the Dominican Republic. The panel thus considered that the measure could not be considered a exchange restriction in the sense of Article XV:9 and stated that:

> The Panel considers that the ordinary meaning of the "direct limitation on availability or use of exchange … as such" means a limitation directly on the use of exchange itself, which means the use of exchange for all purposes. It cannot be interpreted in a way so as to permit the restriction on the use of exchanges that only affects importation. To conclude otherwise would logically lead to the situation whereby any WTO Member could easily circumvent obligations under Article II:1(b) by imposing a foreign currency fee or charge on imports at the customs and then conveniently

> characterize it as an "exchange restriction". Such types of measures would seriously discriminate against imports while not necessarily being effective in achieving the legitimate goals under the Articles of Agreement of the IMF. Therefore, the Panel finds that because the fee as currently applied is imposed only on foreign exchange transactions that relate to the importation of goods, and not on other types of transactions, it is not "a direct limitation on the availability or use of exchange as such". (Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes, Panel Report, para. 7.138)

The Dominican Republic further stated that the foreign exchange fee had been approved by the IMF as a part of its stand-by arrangement with the Fund and therefore it would be in accordance with the Articles of Agreement of the IMF (First written submission of the Dominican Republic, paras. 199-201). The Panel then decided to consult with the IMF, even though acknowledging it was not obligated to, and asked the Fund: i) how the measure was being applied by the Dominican Republic; and ii) whether the measure constituted an exchange restriction in the sense of the Articles of Agreement of the IMF. The IMF replied that the measure was not payable on sales of foreign exchange, rather, it was payable as a condition for the importation of goods (Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes, Panel Report, para.7.141).

It becomes clear from this case that the IMF has no jurisdictional say in exchange actions that may violate trade obligations in the WTO other than the specific cases of multiple currency practices or exchange restrictions or controls. The WTO must consult with the IMF in cases concerning exchange arrangements, but only to obtain statistical inputs.

This *rationale* is relevant in order to correctly differentiate between manipulators of exchange rate (IMF Article IV:3) and "frustrators" of trade objectives (GATT Article XV:4). Although related, such notions bear important differences. As indicated, the proof of, and IMF's political will to recognize, currency manipulation is complicated (ZIMMERMANN, 2011, p. 427-37). One could still argue that any exchange rate manipulation "to gain an unfair competitive advantage" over other countries will, if effective, frustrate trade objectives. The opposite is not necessarily true however. There may be other exchange actions that do not involve the specific action of exchange rate manipulation that can frustrate the intent of the GATT provisions.

The legal discussion at the WTO could, in this and other similar cases, shun the politically sensitive discussion of identifying currency manipulators and could focus on the analysis of the effects of exchange actions on trade. The IMF would be consulted to provide statistical inputs on exchange rate misalignments, while the WTO experts would determine if exchange actions were frustrating the objectives of GATT articles.

In order to declare a violation of Article XV.4, the WTO Dispute Settlement Body would need to determine that a member is taking an exchange action which is having consequences on trade and, furthermore, is frustrating the intents of the WTO.

The notion of exchange action is unclear and was never tested by the WTO Dispute Settlement Mechanism on a policy of currency devaluation. Although the expression has a wide meaning, one would still have to argue that policies of currency devaluation can be classified as exchange actions. It would be necessary to prove the existence of specific measures taken by a government that directly impacts on the misalignment of its exchange rate, either by provoking or sustaining the misalignment. The simple devaluation of a currency, without any identifiable "action" by the government, would not seem to be in violation of Article XV.4.

The second step to apply Article XV lies on the proof that the exchange action is frustrating the intent of the provisions of GATT. The meaning of the word "frustrate" is given in the Notes and Supplementary Provisions (Annex I) of Article XV, which explain that its intention is:

> […] to indicate, for example, that infringements of the letter of any Article of this Agreement by exchange action shall not be regarded as a violation of that Article if, in practice, there is no appreciable departure from the intent of the Article. […]

In order to violate Article XV, the exchange action must create a situation which departs "appreciably" from the economic situation provided for by another GATT article. In other words, a specific GATT mechanism "frustration" must be identified other than Article XV itself. Although not expressly invoked by the parts, it seems to be what happened in the case Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes regarding the violation of Article II.1. Concerning currency devaluations, Article II of GATT that deals with market access could be challenged. This interpretation will be developed below.

It is important to stress though that even in the absence of an independent violation of a specific article of the GATT – as it was the case in the Dominican Republic dispute – the argument based on GATT Article XV:4 obligation would only require to demonstrate that the exchange action frustrated the "intent" of the said provision. In other words, an exchange action can violate Article XV:4 even without violating completely the GATT mechanism whose intent has been frustrated – a *rationale* similar to the one present at GATT Article XXIII concerning non-violation.

2.3 Article II:6

The idea that exchange rate misalignments can affect the negotiated level of market access is evident under Article II:6. The Article allows the adjustment of tariffs in

order to reestablish the negotiated market access affected by misaligned exchange rates in one specific situation:

> The specific duties and charges included in the Schedules relating to contracting parties members of the International Monetary Fund, and margins of preference in specific duties and charges are maintained by such contracting parties, are expressed in the appropriate currency at the par value accepted or provisionally recognized by the Fund at the date of this Agreement. Accordingly, *in case this par value is reduced consistently with the Articles of Agreement of the International Monetary Fund by more than twenty per centum, such specific duties and charges and margins of preference may be adjusted to take account of such reduction*; provided that the CONTRACTING PARTIES (i.e., the contracting parties acting jointly as provided for in Article XXV) concur that such adjustments will not impair the value of the concessions provided for in the appropriate Schedule or elsewhere in this Agreement, due account being taken of all factor which may influence the need for, or urgency of, such adjustment. (Emphasis added)

A devalued currency has an effect of lowering the relative value of specific duties, enlarging the negotiated market access. It has the exact opposite effect of *ad valorem* tariffs, which have their relative value raised by a devalued currency, diminishing the market access. The Article allows, thus, countries to reestablish their negotiated market access that was unduly enlarged by the effects of the devalued currency, by negotiating a raise on their specific duties. This negotiation has occurred nine times during GATT era, between 1950 and 1975, allowing the raise of bound specific tariffs of Benelux, Finland (3 times), Israel, Uruguay (twice), Greece and Turkey.

Nevertheless, the provision encompasses only one of four possibilities of the effects of exchange rates on tariffs, the other three being: (i) overvalued currencies raise the relative value of specific duties, restringing the market access; (ii) devalued currencies raise the relative value of *ad valorem* duties, restringing the market access; and (iii) overvalued currencies diminish the relative value of *ad valorem* duties, enlarging the negotiated market access. If the Article recognizes the need that countries may have to adjust their tariffs in order to address to the impacts of currency misalignments, why not allow this adjustment in all four cases, instead of just one of them?

A second interesting issue raised by Article II:6 is the change in the international monetary system, from a par value to a floating exchange rate system. Initially, any devaluation that could give rise to the application of Article II:6 would be defined by the IMF, according with the par value system managed by the Fund. With the end of the gold standard, it would be necessary to adapt the Article, so misalignments could still be calculated, despite the lack of a par value.

The GATT contracting parties created a Working Group whose objective was to adapt the existing mechanism in Article II:6 to the new reality of floating exchange rates. From 1978 to 1980, the Working Group met and adopted, in January 29th 1980, the *Guidelines for Decisions under Article II:6(a) of the General Agreement* (L/4938, 27S/28-29). This document reaffirmed the importance of maintaining the mechanism in order to neutralize the effect of exchange rate devaluation on specific tariffs of contracting parties and created a methodology for the calculation of the currency depreciation, which shall be performed by the IMF. The calculation takes into consideration the import-weighted average exchange rate during the previous six months, and the depreciation shall be based on currencies of trading partners supplying at least 80% of the imports of the concerned country. This Guidelines have been incorporated under GATT 94, as established by its Article 1(b)(iv), and can be rightfully invoked by any WTO member.

It is also worth noting that, unlike Article XV, the provision of Article II:6 is focused on the misalignment itself and not on a governmental action that results in a currency misalignment.

Another relevant element of Article II:6 is the threshold of a 20% devaluation, to enable countries to adjust their tariffs. This is important as it shows that only large misalignments can have a significant impact on the level of market access, justifying an adjustment on tariffs. Under a floating exchange rate system, this threshold is even more necessary, since small variations and peaks in exchange rates occur often, but are not sufficiently grave to affect markets access. Only long standing misalignments, for the past six months, for instance, as established by the Guidelines, should be taken into consideration when evaluating the levels of market access. The Guidelines kept the threshold of 20% of exchange rate misalignment as a base for the renegotiation, but it should be noted that this threshold was considered reasonable based on the level of the tariff rates at that time. Due to the decrease of tariff rates levels, a new exchange rate misalignment threshold could be negotiated in order to allow a tariff renegotiation of the current systems of floating or administrated exchange rates.

Finally, it must be stressed that the negotiation mentioned in Article II:6 had the objective to assure that there has been an enlargement in the country s market access that surpasses the negotiated level and that the tariffs are not adjusted in such way as to restrain his access further than the original negotiated level. It is different, thus, of GATT's Article XXVIII, which allows members to withdraw its concessions, at the condition that it provides other compensations to maintain the general level of concessions. In the case of Article II:6, no compensation is required since the adjustment already aims to reestablish the level of concessions.

Of all the impacts of exchange rate on trade instruments, the impact on market access is the most relevant one, since it may impair the main aim of the WTO: to liberalize international trade, based on a balance negotiation of concession on market

access. Article II already provides some mechanisms to address the issue, but in an incomplete manner. Negotiations are essential to adapt the Article in a way it can fully prevent the distortions created by misaligned exchange rates on market access.

2.4 The applicability of other WTO provisions on the exchange rate issue

The following provisions were not drafted with the intention of dealing with the impacts of exchange rates on trade. They were designed to address other issues that could be faced at the multilateral trading system. Nevertheless, one can discuss if they can be applicable to the exchange rate issue.

2.5 Article II:1

The basic rules for market access in the context of the GATT/WTO are in GATT Article II. Article II:1(a) establishes that:

> Each contracting party shall accord to the commerce of the other contracting parties treatment no less favorable than that provided for in the appropriate Part of the appropriate Schedule annexed to this Agreement.

The paragraph states that the level of market access, determined by tariffs and other barriers, shall not be less than the negotiated level under each country s schedule of concessions.

The provision aims, thus, to assure that the negotiations made through GATT and WTO rounds are not impaired by any treatment imposed by a member that might increase or impose new barriers to international trade, reducing the market access. There is a worry of guaranteeing the respect of concessions in order to allow an increasing access to countries markets. Under this trade liberalization logic, the expression "less favorable treatment" should have a wide meaning, including all measures placed by a member that reduces the negotiated market access. Such is the understanding of the *EC – IT Products* case that has stated that a less favorable treatment should be understood as a measure that adversely affects the conditions of competition for a specific product (Panel Report, para. 7.757).

One could argue that since the provision makes reference to a treatment provided on a member s Schedule, this could only comprise tariffs. This interpretation is incorrect: Article II:1 (b) has specific provisions on customs and duties. If paragraph (a) was restricted to tariffs, both Articles would have the same exact purpose. The difference in the wording of both provisions should be taken into consideration. In Argentina – Textiles and Apparel, the Appellate Body found that 'Paragraph (b) prohibits a specific kind of practice that will always be inconsistent with paragraph (a): that is, the application of ordinary customs duties in excess of those provided for in the Schedule." (Appelate Body Report, para. 45). This leads to the conclusion that

paragraph (a) has a broader meaning that includes other practices besides the application of ordinary customs duties.

Another interpretation that leads to the same conclusion requires to "tariffy" exchange rate misalignment's effects, by calculating the percentage by which prices of products are increased or decreased due to the misalignment, as previously presented.

When dealing with converting currencies, the "tariffication" process can indicate distortions caused by misaligned exchange rates on prices. When this effect of misalignments is applied onto tariffs charged at the frontier, one can verify the real barriers imposed by a country to imported products and compare it to its WTO commitments.

In the case of devalued currencies, the final barrier imposed to imported products (tariffs adjusted to exchange rate misalignment) may be greater than the bound tariffs under the country s Schedule, reducing the market access and resulting on a less favorable treatment. This effect clearly impairs the aim of Article II, which is the maintenance of the negotiated market access, in a perspective of trade liberalization.

The provision requires, nevertheless, that such less favorable treatment is accorded by the country which is importing the products. In other words, the treatment must be attributable to governments. It cannot be a result of external circumstances. If one considers that the misalignment is a result of a country s policy, regardless if the devaluation was the aim of such policy or just a side effect, it is possible to argue that it is according a less favorable treatment than the one negotiated under the WTO, in violation of Article II:1(a).

Article II:1 (b), on its turn, states that products described on Schedules shall:

> [...] be exempt from ordinary customs duties in excess of those set forth and provided therein. Such products shall also be exempt from all other duties or charges of any kind imposed on or in connection with the importation in excess of those imposed on the date of this Agreement or those directly and mandatorily required to be imposed thereafter by legislation in force in the importing territory on that date.

In other words, countries have to keep their applied tariffs in an equal or lower level than their bound tariffs and shall not impose any other kind of duty connected with importation that exceeds the negotiated duties under the WTO. It should be noted that paragraph 1(b) is more specific than paragraph 1(a) and its violation automatically means a violation of paragraph 1(a).

Tariffs adjusted to the exchange rate misalignment may be considered as charged in excess of the ordinary customs duties settled on the country's Schedule. The exchange rate misalignment distorts the applied tariff and may increase it over the bound tariffs, especially in developed countries and countries that have recently acceded to the WTO, which have a very narrow margin between applied and bound tariffs. This tariff in excess

of the bound tariff would constitute a *de facto* violation of Article II:1(b) – and consequently of Article II:1(a), reducing the market access and disrespecting the negotiations of tariff reduction through the GATT and WTO rounds (HUDSON et. al., 2011).

The impacts of exchange rate misalignments on GATT Article II:1 are of great worry, since they directly affect the guarantees of the WTO system on the respect of market access commitments made by its members. The distortions caused by those misalignments on market access are undeniable and must be considered under the WTO, under the principles laid out on Article II.

Even if one considers that there is no violation of the letter of Article II:1, is still possible to argue that its intent has been frustrated, since misaligned exchange rates can reduce the negotiated market access. In this case, the frustration of such aim may give rise to a challenge under GATT Article XV:4, combined with Article II, as explained above.

2.6 Trade defense remedies

Other instruments that might be considered when dealing with the exchange rate issue are the trade defense remedies. Antidumping rights and countervailing measures are the two WTO instruments that can be used unilaterally against unfair trade. Those instruments allow countries that are importing products with unfair competitive advantage, due to the practice of dumping or the concession of subsidies, to implement duties up to the margin of this advantage, rebalancing the competition in their market. Considering the competitive advantages accorded by devalued currencies, in a manner that distorts many of the WTO instruments and principles, one can ask if there is an applicable trade defense remedy.

2.6.1 Antidumping

The Antidumping Agreement has very few dispositions on exchange rates. The Uruguay Round Agreement was based in the concept of dumping and the practices made during the GATT period, which, by its turn, was created under a context of par value system of currencies, where exchange rate misalignments where not a worry.

The concept of dumping is the practice of an export price below the comparable price of such product, in the ordinary course of trade, in the internal market of the exporting country (normal value). The concept of dumping, as presented above, is based on the difference of the two prices of a product (ADA, Article 2.1) and not on the comparison of the export price practiced and the export price that the product should have if the currency was not misaligned. This competitive advantage that products from countries with devalued currencies may have is not addressed under the Antidumping Agreement.

Under this "price dumping" concept, the issue of exchange rates appears only during the price comparison, when the normal value, in a local currency, must be

converted into the same currency used for the export price. Article 2.4.1 states that the conversion shall be made on the date of sale. During negotiations, such provision was proposed due the fact that "[...] the amount of the dumping margin may differ significantly, depending on the exchange rate to be used on specific case" (GATT, Submission of Japan on the Amendments to the Antidumping Code, Multilateral Trade Negotiations – The Uruguay Round, MTNNG/NG8/W/48, 1989, p. 5). An exception is made to fluctuations in exchange rates, which shall be ignored. Finally, exporters shall have at least 60 days to adjust their export prices to reflect sustained movements in exchange rates during the investigation.

The Article reflects some of the impacts of exchange rate fluctuations on trade, allowing mechanisms to adjust the calculation of dumping margins to sudden variations of exchange rates during the period of investigations, which could lead to an inadequate comparison between the export price and normal value. Nevertheless, it does not consider these variations after the implementation of antidumping rights nor it considers the effects of exchange rate misalignments on the determination of the injury.

Exchange rate misalignments can also affect antidumping rights in two different moments: during the investigation, when determining the injury caused by the dumped products and during the application of antidumping rights when there is variation of exchange rates.

When the conversion of the normal price is made in accordance with Article 2.4, there should be no impact of exchange rates on the determination of the margin of the dumping, since the same rate would be used for the establishment of the export price by the producer (considering the production costs in its local currency) and for the normal value, as converted to the export currency on the date of the sale. Since fluctuations shall be ignored, both rates should be the same, regardless of its misalignment.

The problem arises when determining the injury caused by the dumped products on the importing country's market. When a dumped product comes from a country with devalued currency, besides the unfair competitive advantage arising from the price dumping itself, it also has an advantage from its lower price due to the currency conversion at favorable rates. This second factor can increase significantly the injury caused by the imports of such product at the domestic industry of the importing country, which cannot compete with these artificially low prices. The amount of injury, used for the determination of the antidumping rights (Article 9.1), will be much greater than the injury that would be caused only by the dumping. This is relevant because the injury is essential to the application of antidumping rights. If no injury is caused by the dumping, but an injury is found due to currency devaluation, antidumping rights may be implemented in contradiction with its original aim of avoiding harmful price dumping.

In the case of antidumping, a devalued currency may facilitate the application of antidumping rights. This demonstrates the importance of addressing the issue of exchange rates under the WTO, since it distorts many trade instruments, in different manners. The correction of such distortions interests all countries, since countries with both overvalued and devalued currencies are being affected by exchange rate misalignments.

The second unaddressed impact on antidumping rights occurs after the investigation. Exchange rate fluctuations will affect the antidumping duties, frequently charged as specific duties in foreign currencies. This distortion will only be adjusted at the sunset review, until then, the producers may be charged of a much higher or lower antidumping duty, depending whether there was devaluation or overvaluation of the currency.

To address the competitive advantages of a product arising from currency devaluation, another instrument would have to be created, since the Antidumping Agreement has no provisions over the issue, except for the few ones mentioned above. This new instrument would be based on the comparison between the export price and the export price that would be practiced if the currency was in its medium term equilibrium. This is a concept of "currency dumping".

The concept is not new, and some countries had domestic provisions on it. The national legislation of South Africa, for instance, stated that:

> 84. The dumping duties which may be imposed in terms of section eighty-three, Shall be the following, namely – […] (e) "exchange dumping duty", which shall be the amount by which the actual cost of the goods as defined in section eighty-five is less than such cost expressed in the currency of the territory of origin or export of the goods and converted into Union currency at a rate which the Minister is hereby authorized to determine and notify in the Gazette. (*Anti-dumping and Countervailing Duties – Secretariat Analysis of Legislation*, Contracting Parties Twelfth Session, 1957, L/712, p. 94-95).

Furthermore, negotiations of the Havana Charter have considered this possibility, within a proposal of creation of four kinds of dumping, which could be object of antidumping measures: price, service (freight), currency and social dumping (UN, ECOSOC, Report of the Drafting Committee of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, E/PC/T/34, 1947, p. 13).

The proposal was rejected possibly because in a par value system the idea of a currency dumping seemed a remote risk since the IMF would already provide enough guarantees to avoid countries manipulating their currencies to get competitive advantages. Nevertheless, in a floating exchange rate system, the concept of a currency dumping remedy seems very plausible, creating a trade defense mechanism

that would allow countries to offset the advantages acquired by imported products due to exchange rate misalignments.

Despite the lack of prevision of a currency dumping, GATT states, in its Second Ad Note to paragraphs 2 and 3 of GATT Article VI, that:

> Multiple currency practices can in certain circumstances constitute *a subsidy to exports* which may be met by countervailing duties under paragraph 3 or can constitute a *form of dumping by means of a partial depreciation of a country's currency* which may be met by action under paragraph 2. By "multiple currency practices" is meant practices by governments or sanctioned by governments. (Emphasis added).

This provision was included at the request of South Africa that stated that:

> Mr. Chairman, the South African delegation raised this matter of multiple currency rates in relation to what we term "exchange dumping duties", We had these expressions of opinion and we withdrew our endeavours to get the proposed new paragraph 7[1] written into this particular Article, by virtue of the fact that this commentary was to be included in the notes of this meeting. (ECOSOC, *Verbatim Report of the Twentieh Meeting of Commission A to the Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade And Employment*, E/PC/T/A/PV/20, 1947, p. 34)[2]

The provision shows that although no specific instrument to counter currency dumping was created and even though the IMF would exert control over exchange rates, some currency practices were still considered by members as a form of countervailable subsidy or dumping. It demonstrates that even with the supervision of IMF over exchange rates, a form of currency dumping was still addressed by the contracting parties.

2.6.2 Subsidies

Another trade defense instrument that should be analyzed when dealing with exchange rates is the countervailing measure. The SCM regulates the granting of subsidies and allows members to charge countervailing duties in order to offset the effects of subsidies on imports that are found to be injuring domestic producers.

Economically, a devaluation of a country's exchange rate can be considered as a subsidy, since it is a governmental policy, that includes the buying of foreign currency in order to keep its own currency at artificially low rates, and it has an effect of lowering the prices of exported products, granting them a competitive advantage in other markets. One can ask if this economic concept can be framed under the concept of subsidy under the WTO, allowing the use of countervailing measures.

The SCM has a much more restricted concept of subsidies:

> 1. For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if:
> (a)(1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member [...]; or
> (a)(2) there is any form of income or price support in the sense of Article XVI of GATT 1994; and
> (b) a benefit is thereby conferred.

In the case of devalued exchange rate, the conferred benefit is evident, as a devalued currency allows a product to have a lower price at the external market than it would have with an exchange rate at its equilibrium. The benefit could be recognized by the fact that the beneficiary would be placed in a *better position than it would be in the absence of the subsidy* (Canada – Aircraft, AB Report, para. 161).

A greater difficulty arises from the identification of a financial contribution. This requirement was intended to ensure that not all governmental measures that conferred benefits could be deemed to be subsidies (US – Export Restrains, Panel Report, para. 8.85). That indicates that the expression "financial contribution" cannot be understood in a wide sense, including all governmental measures that confer a benefit. A financial contribution is an act or an omission involving the transfer of money or the provision of certain goods or services (US – Softwood Lumber III, Panel Report, para. 7.24).

In order to classify a devalued currency as a subsidy, first of all it is necessary to prove that the government is taking action to maintain its currency artificially low. The devaluation cannot be a result of an external economic context, there must be a governmental act or omission. Nevertheless, even if a government is deliberately manipulating its currency, one has yet to identify the money transfer between the government and the beneficiary. It could be argued that this transfer lies in the act of converting a currency, by buying a foreign exchange rate at a lower price than the regular market price, or what should be the market price, since the official exchange rate would be the misaligned one.

Once again, the Second Ad Note to Paragraphs 2 and 3 of GATT Article VI states that multiple currency practices can in certain cases constitute a form of subsidy. As the Articles of GATT shall be read together with the SCM, this implies that, in some circumstances, one can identify a financial contribution – that would constitute a subsidy – in certain currency practices. The provision foresees, thus, that some currency practices might be deemed as subsidies by the contracting parties and should be object of countervailing measures.

To be actionable under the WTO, a subsidy must also be specific. A specific subsidy is either a prohibited subsidy (contingent upon export performance or upon the

use of domestic over imported goods), or a specific subsidy to an enterprise or industry or group of enterprises or industries (Article 2). In the case of multiple currency practices, the specificity was evident, since a lower exchange rate would be accorded only to some sectors, and thus an Ad Note was included under GATT Article XVI, in order to allow multiple rates in accordance with IMF.

In the case of a single devaluated exchange rate, it seems difficult to consider as specific a devalued exchange rate that should be available to all exporters, investors, etc. Nevertheless, if one can prove that the exchange rate is directly linked with the volume of a country s export, varying when this volume raises or diminish, it is possible to argue that the subsidy arisen from a devaluated exchange rate is contingent upon exports, and thus, a prohibited subsidy under SCM Article 3 – which could be object of a *fast track* panel.

Furthermore, by the provision on SCM Article 2.3, this prohibited subsidy shall also constitute a specific subsidy, actionable by countervailing duties if it is proved that it causes injury to the domestic industry of another member (LIMA CAMPOS; GIL, 2012).

A proposal dealing with trade defense remedies as a mechanism to address the effects caused by misaligned exchange rate is the "Currency Exchange Rate Oversight Reform Act of 2011". The American Act, still pending on approval, seeks to address to the effects caused by fundamentally misaligned exchange rates through negotiations or by implementing trade defense remedies.

The Secretary of Treasure shall submit to the Congress an annual report on monetary policy and currency exchange rates, which will include a list of currencies designated as fundamentally misaligned. Some of those currencies will be designated for priority action, according to factors such as: market interventions protracted in the currency exchange market; accumulation of foreign reserves; and restrictions on the inflow or outflow of capital, for balance of payment purposes.

The Secretary of Treasure shall seek bilateral consultations with countries with misaligned currencies, so these countries can adopt measures to address the issue, and also seek advice from the IMF, in case of currencies designated for priority action. In this last case, if no policy is adopted by the respective country, antidumping initiations taken by the US shall take into consideration the exchange rate effect, by adjusting the price used to establish export price to reflect the misalignment of the currency of the exporting country. The US government shall also: prohibit procurement by Federal Government of products and services from the country, if it is not party to the Agreement on Government Procurement; request that the IMF consult the country with misaligned currency under Article IV of IMF Articles of Agreement; and not approve any financing of projects located in the country.

One year after the designation of a currency for priority action, if no measure is adopted, the government of the US shall: request consultations at the WTO with

such country; and consider undertaking remedial intervention in the international currency markets.

The draft bill also proposes an amendment to the Tariff Act of 1930, in order to allow the initiation of investigations to determine whether currency undervaluation by the government of a country is providing a countervailable subsidy. The initiation of the investigation shall be mandatory for currencies designated as for priority action. The proposal also presents a provision that states that "the fact that a subsidy may also be provided in circumstances that do not involve export shall not, for that reason alone, mean that the subsidy cannot be considered contingent upon export performance".

The Act proposes, thus, both the creation of a currency dumping, that should be implemented together with regular price dumping, and the use of countervailing duties to address to exchange rate issues.

2.7 Article XXIII

One of the most unique rules of the WTO system is Article XXIII, which deals with non violation issues: measures that affect a member s benefits, gained through negotiations, although they do not violate any of the WTO rules.

GATT Article XXIII:1 (b) states that, if a member considers that a benefit accruing to it is being nullified or impaired as a result of the application by another member of any measures, whether or not it conflict with the provisions of GATT, the member may take the issue to the DSB. The disputes arising from Article XXIII can therefore be either violation or non-violation complaints.

The logic of this provision is that competitive opportunities, legitimately expected from tariff concessions, can be frustrated by both measures inconsistent and consistent with GATT (EEC – Payments and subsidies paid to processors and producers of oilseeds and related animal-feed proteins, para. 144; EC – Asbestos, AB Report, para. 185). Therefore, it is necessary to protect the balance of concessions under the WTO, by providing means to redress any actions that impairs member's legitimate expectations from tariff negotiations. In this sense, the Panel for Japan – Film considered that:

> [...] the safeguarding of the process and the results of negotiating reciprocal tariff concessions under Article II is fundamental to the balance of rights and obligations to which all WTO members subscribe. (Japan – Films, Panel Report, para. 10.35)

The possibility to pursue a complaint under Article XXIII based on misaligned currencies was affirmed in a Working Party of the GATT. In 1979, during the discussions on the application of Article II:6 (a), which allows the adjustment of specific duties by members with devalued currencies, under the new context of floating exchange rates,

a question was raised about the possibility of application of that Article in the opposite situation: whether contracting parties with appreciated currencies should be required to reduce their specific duties, in order to maintain the negotiated level of market access. The Working Party agreed not to pursue the matter, noting that contracting parties could resort to Articles XXII and XXIII of GATT if they considered that the currency appreciation impaired in a particular case the value of specific duty concessions (GATT, *Report of the Working Party on Specific Duties*, L/4858, 2 November 1979, p. 6).

A devalued currency that reduces or nullifies other members tariffs could, thus, affect the negotiated level of market access, and give rise to a complain, regardless of the violation of any WTO rule, if three elements are met: application of a measure by a WTO member; a benefit accruing under the GATT; and nullification or impairment of this benefit as result of the application of the measure (Japan – Film, Panel Report, para 10.41).

The word "measure" has a broad definition which encompasses binding government action as well as measures that have an effect similar to a binding one (Japan – Film, Panel Report, para 10.47-50). Regarding currency misalignments, one can argue that governmental policies that aim to keep exchange rates in a certain level below or above its fundamental equilibrium could be considered as a measure under the meaning of Article XXIII. It is important to notice that the Article requires an action by a government, which results on the misalignment. The misalignment itself cannot be object of a complaint under Article XXIII. Therefore, misalignments deriving from instability in the global economy, which express only the floating character of some exchange rates could not be charged under a non violation complaint.

Regarding the benefit, it is usually considered as legitimate expectation of improved market access. In a market with devalued currency, other members will face a more restricted market access, with higher tariffs, once considered the effects of exchange rates, which can easily be classified as an impairment of the legitimate expectation of improved market access. The opposite reasoning can also be done: when members with devalued exchange rates export their products, they are, by giving an incentive to their exports through devalued exchange rates, making other members concede a larger market access than the one that was negotiated, impairing expectations of a balanced level of concessions between these members.

An important aspect of those expectations of a benefit is that, in order to be legitimate, the measures must not have been reasonably anticipated at the time of the tariff concessions. This can be a problem when dealing with longstanding policies of currency devaluation. It could be argued that this specific situation could have been foreseen during the negotiations of tariff concessions and, therefore, there is no misbalance to be addressed to.

At last, one is required to prove the existence of a nullification or impairment of that benefit. Such nullification or impairment should be understood as upsetting

the competitive relationship between domestic and imported products, clearly caused by the measure at issue. When dealing with policies of currency devaluations, such nullification is evident, since it can give a significant competitive advantage to products, nullifying the protection performed by tariffs and further causing trade diversion.

Article XXIII can, thus, be a useful remedy to some cases of distortions caused by exchange rate misalignments. Nevertheless, it does not directly address the issue, maintaining the systemic distortions caused by misaligned exchange rates.

Conclusions

Although the GATT and, later, the WTO, have a few provisions on exchange rates, proving the direct relation between exchange rates and international trade, a more consistent regulation over the issue was never a primary concern. The exchange rate misalignments that have caused similar trade imbalance concerns after the end of the dollar/gold standard have all been met with political negotiations between a few interested parties. In the present political landscape, with multiple relevant actors, however, such accords are harder to be reached, as can be noted with the G-20.

After the 2008 financial crisis and the political choice of some of the biggest economies to devaluate their currencies in order to stimulate economic recovery and growth (notably the US, the EU, China and some other Asian countries), the problem has again arisen and the Multilateral System has found itself unfit to offer solutions. This issue has proved to be hard to solve, bringing unpredictability and tension to international trade, with arguments of trade protectionism from all sides.

Three alternatives can be foreseen to avoid the detrimental impact of persistent exchange rate misalignments over international trade context. First of all, although unlikely in the present international scenario, a political agreement to the likes of the Plaza and Louvre Accords can be met among the principal interested parties, namely China, the US and a few other countries, in order to achieve a compromise over the misalignment of their exchange rates.

Secondly, a multilateral negotiation should take place in the WTO to adapt the existing rules to the new international trade landscape, taking into consideration the new role and focus of the IMF and WTO. Exchange rates are no longer controlled efficiently by the IMF, being one of several macroeconomic tools that countries can resort to in order to equilibrate their balance of payments. Presently, IMF Article IV reviews take into consideration the renewed focus of the Organization and no longer demand countries that they avoid manipulating their exchange rates. This broad review and the place of exchange rates in this scheme are perfectly adapted to IMF's objectives, but they bring deep consequences for international trade and the well functioning of the WTO law.

The members of the WTO should address this new reality and work on reforms to the multilateral trading rules system in order to offer the necessary mechanisms to neutralize the effects of persistent exchange rate misalignments over members' trade. This negotiation has to be done alongside representatives of the WTO and IMF so as to guarantee the coherence between the organizations required be the Marrakesh mandate (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Article III:5).

Finally, there are a few provisions under the WTO Agreements that could be applicable to the exchange rate issue. A case study of a specific devaluated currency could conclude on the possibility to challenge a WTO member under the Dispute Settlement System, based on violation (and non-violation) of WTO provisions due to its currency misalignments. Article XXIII and, especially, Article XV:4 combined with Article II:1 could be argued before a panel in order to address specific governmental measures thought to be causing exchange rate misalignments.

In principle, countries that maintain devalued currencies violate Article XV:4 (frustration), through the frustration of Article II:1 intents (applied *ad valorem* tariffs above bound tariffs).

The evolutions suffered by the Bretton Woods System were not properly incorporated by the IMF and the WTO, and more rules could be negotiated in the multilateral trading system in order to create stronger mechanisms to deal with the impacts of exchange rates on trade. Nevertheless, in the absence of these new rules, the main provision on the relationship between exchange rates and trade – GATT Article XV:4 – can be an useful tool to prevent, through the WTO Dispute Settlement Mechanism, further damaging effects of misaligned exchange rates on the multilateral trading system.

NOTES

1 Paragraph 7 of Article 17 of the Havana Charter Draft would have established the concept of currency dumping.

2 UN, ECOSOC, *Verbatim Report of the Twentieh Meeting of Commission A to the Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade And Employment*, UN ECOSOC, E/PC/T/A/PV/20, 28 June 1947, p. 34.

REFERENCES

AUBOIN, Marc, *Fulfilling the Marrakesh Mandate on Coherence: Ten Years of Cooperation between the WTO, IMF and World Bank*, WTO, 2007.

BOUGHTON, James M., *The IMF and the Force of History: Ten Events and Ten Ideas That Have Shaped the Institution*, IMF Working Paper WP/04/75, 2004.

BOUGHTON, James M., *Silent revolution: the International Monetary Fund, 1979–1989*, IMF, 2001.

ECOSOC, *Note by the Brazilian Delegation on the adjustment of the Brazilian custom tariff*, Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, E/PC/T/151, August 5th, 1947.

ECOSOC, *Report of the Drafting Committee of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, E/PC/T/34, 5 March 1947.

ECOSOC, *Verbatim Report of the Twentieth Meeting of Commission A to the Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade And Employment*, E/PC/T/A/PV/20, 28 June 1947.

EVENETT, Simon, "The US-Sino Currency Dispute: New Insights from Economics, Politics and Law", *VoxEU*, 2010.

FUDGE, Nathan, "Walter Mitty and the Dragon: An Analysis of the Possibility for WTO or IMF Action against China's Manipulation of the Yuan", *Journal of World Trade* 45, no. 2, 2011, p. 349-373.

GADBAW, R. Michael, "Systemic Regulation of Global Trade and Finance: A Tale of Two Systems," in *Journal of International Economic Law* 13(3), 2010, 551–574.

GATT, *EC-Imposition of AD Duties on Imports of Cotton-Yarn from Brazil* – ADP/137, 4th July, 1995.

GATT, *EEC payments and subsidies paid to processors and producers of oilseeds and related animal-feed proteins*, Panel Report, BISD § 37S/86, 25 January 1990.

GATT, *Submission of Japan on the Amendments to the Antidumping Code, Multilateral Trade Negotiations – The Uruguay Round*, MTNNG/NG8/W/48, 3 August 1989.

GATT, *Exchange Rate Fluctuations and their Effect on Trade* – Fortieth Session of the CONTRACTING PARTIES, action taken on 30 November 1984 – L/5761.

GATT, *Report of the Working Party on Specific Duties*, L/4858, 2 November 1979.

GATT, *Anti-dumping and Countervailing Duties – Secretariat Analysis of Legislation*, Contracting Parties Twelfth Session, October 23, 1957, L/712.

HUDSON, G.; BENTO de FARIA, P. and PEYERL, T., "The Legality Of Exchange Rate Undervaluation Under WTO Law,"*The Graduate Institute of Geneva, Trade and Investment Law Clinic* coordinated by Professor Joost Pauwelyn, June 2011, elaborated upon request by the CGTI.

HUFBAUER, Gary, WONG, Yee, SHETH, Ketki, *US-China Trade Disputes: Rising Tide, Rising Stakes*, Institute for International Economics, Washington, D.C., 2006.

IMF, "Exchange Rate Volatility and World Trade," WT/GC/444, *IMF Occasional Paper 30*, 1984.

IMF, *Article IV of the Fund's Articles of Agreement: An Overview of the Legal Framework*, IMF Legal Department in consultation with the Policy Development and Review Department, 2006.

IRWIN, Douglas A., "Sprit de Currency", *Finance and Development*, Vol. 48, No.2, IMF, June 2011.

JAPAN/GATT, *Submission of Japan on the Amendments to the Antidumping Code, Multilateral Trade Negotiations – The Uruguay Round*, MTNNG/NG8/W/48, 3 August 1989.

LABORDE, David, "Looking for a meaningful Duty Free Quota Free market access initiative in the Doha Development Agenda", *ICTSD Issue Paper n. 4*, December 2008.

LASTRA, Rosa, M., *Legal foundations of international monetary stability*, Oxford University Press, 2005.

LIMA-CAMPOS, Aluisio de; GIL, Juan Antonio Gaviria, "A case for misalingned currencies as countervailable subsidies", *Journal of World Trade*, v. 46, i. 4, 2012.

LOWENFELD, Andreas F., "The International Monetary System: A Look Back Over Seven Decades," *Journal of International Economic Law* 13(3), 575–595.

MATTOO, Aaditya, SUBRAMANIAN, Arvind, "Currency Undervaluation and Sovereign: A New Role for the World Trade Organization", *The World Economy*, 2009.

MIRANDA, Jorge, "Currency undervaluation as a violation of GATT Article XV(4)", *in* EVENETT, Simon, *The US-Sino Currency Dispute: New Insights from Economics, Politics and Law*, VoxEU.org Publication, CEPR, April 2010, p. 115-126.

OECD, *To What Extent Do Exchange Rates and Their Volatility Affect Trade? The Case of Two Small Open Economies, Chile and New Zealand*, TAD/TC/WP(2011)17.

SIEGEL, Deborah E., "Legal Aspects of the IMF/WTO Relationship: The Fund," in *American Journal of International Law*, v. 96, 2002, pp 561-621.

SUBRAMANIAN, Arvind, "Currency Undervaluation and Sovereign: A New Role for the World Trade Organization", *The World Economy*, 2009.
THORSTENSEN, Vera, MARÇAL, Emerson, FERRAZ, Lucas, "Impacts of Exchange Rates on International Trade Policy Instruments: The Case of Tariffs", *Journal of World Trade*, v. 46, i. 3, 2012.
THORSTENSEN, Vera, RAMOS, Daniel, MÜLLER, Carolina, "The 'Missing Link' between the WTO and the IMF", *Journal of International Economic Law*, vol. 16, n. 2, July, 2013.
WTO, OECD, *Aid For Trade at a Glance 2011: showing results*, 2011. Available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264117471-en>. Viewed at: 20 December 2011.
WTO News, Lamy: Global supply chains underline the importance of trade facilitation, 18 October, 2011, available at: http://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl210_e.htm
WTO, *European Communities – Tariff Treatment on Certain Information Technology Products,* Panel Report, WT/DS377/R, 16 August, 2010.
WTO, *Dominican Republic – Measures Affection the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, Panel Report, WT/DS302/R, 26 November 2004.
WTO, *US – Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada (III)*, Panel Report, WT/DS236/R, 27 September 2002.
WTO, *US – Measures Treating Export Restraints as Subsidies*, Panel Report, WT/DS194/R, 29 June 2001.
WTO, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, AB Report, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001.
WTO, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, AB Report, WT/DS70/AB/R, 2 August 1999.
WTO, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, Panel Report, WT/DS90/R, 6 April 1999.
WTO, *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, Panel Report, WT/DS44/R, 31 March 1998.
WTO, *Argentina – Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*, AB Report, WT/DS56/AB/R, 27 March 1998.
WTO, *Agreement between the International Monetary Fund and the World Trade Organization*, Annex I and III to document WT/L/195, 18 November 1996.
ZIMMERMANN, Claus D. "Exchange Rate Misalignment and International Law", vol 105(3) *AM. J. INT'L L.*, 2011 p. 427-437.

Vera Thorstensen

vera.thorstensen@fgv.br | Professor at Getulio Vargas Foundation School of Economics and Head of the Center on Global Trade and Investment (CCGI-FGV)

Carolina Müller

carolinajmuller@gmail.com | Researcher at the Center on Global Trade and Investment (CCGI-FGV)

RECEBIDO EM 21.07.2014 | APROVADO EM 21.01.2015

CIDADANIA, ESTADO E SISTEMA MONETÁRIO INTERNACIONAL *

Fábio Lima Quintas

CITIZENSHIP, STATE AND INTERNATIONAL MONETARY SYSTEM

RESUMO

Inspirado na abordagem de Karl Polanyi de explorar as interconexões entre o político e o econômico, o local e o global, o presente artigo indica a possibilidade de ampliar a compreensão sobre os arranjos institucionais do sistema monetário internacional a partir do conceito de cidadania, considerando os diversos paradigmas constitucionais (Estados Liberal, Social e Democrático de Direito).

PALAVRAS-CHAVE

Cidadania; Estado; Sistema Monetário Internacional; Paradigmas sociojurídicos; Globalização.

ABSTRACT

The research is inspired on Karl Polanyi's approach, which suggests the existence of important interconnections between the political and the economic, the local and the global spaces. This paper indicates that it is possible expand the understanding of the international monetary system institutions based on the concept of citizenship, considering the various constitutional paradigms.

KEYWORDS

Citizenship; State; International Monetary System; State paradigms; Globalization.

Introdução

No ano em que se completam 70 anos da Conferência de Bretton Woods, que consistiu num esforço global para regular o sistema econômico internacional com a criação de instituições que até hoje se fazem presentes, como, por exemplo, o Fundo Monetário Internacional, vem à tona o debate sobre a possibilidade e a necessidade de se obter um novo consenso na política econômica internacional, sobretudo no cenário atual de perplexidade diante da falta de instrumentos para dar conta das sucessivas crises econômicas globais, que se intensificaram a partir da década de 1990.

O tema, certamente, comporta vários níveis de investigação, seja considerando a perspectiva da interação entre os sujeitos de direito internacional, seja examinando a atuação dos agentes econômicos e a dinâmica dos fluxos de capitais.

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201417

Fugindo dessas perspectivas, o presente artigo pretende indicar a possibilidade de ampliar a compreensão sobre os arranjos institucionais do sistema monetário internacional a partir do conceito de cidadania, considerando os diversos paradigmas constitucionais. É essa ideia que se pretende desenvolver neste artigo, que se inspira na abordagem de Karl Polanyi.

Para compreender a sociedade que se instaurou na Inglaterra a partir da Revolução do século XIX, Karl Polanyi propôs um novo enfoque de análise da história, fixando sua investigação nas implicações sociais do sistema econômico do mercado. As premissas das quais são parte as de que a civilização do século XIX firmava-se em quatro instituições: (1) o sistema internacional de equilíbrio de poder, que impediu, durante um século, a eclosão de uma guerra prolongada entre as potências; (2) o padrão-ouro internacional, que representava a integração do sistema econômico mundial; (3) o mercado autorregulável, no qual se concentravam as relações econômicas e sociais; e (4) o Estado Liberal (Polanyi, 2000, p. 17). Por assim dizer, havia dois fundamentos internacionais (sistema internacional de equilíbrio de poder e padrão-ouro) e dois nacionais (mercado e Estado Liberal); dois políticos (sistema internacional de equilíbrio de poder e Estado Liberal) e dois econômicos (padrão-ouro e mercado).

Retirando os qualificativos postos por Polanyi às quatro instituições, elas podem ser enunciadas simplesmente como o mercado nacional, o Estado, o sistema monetário internacional e o sistema geopolítico global.

Entende-se que a proposta de investigação sugerida por Polanyi permanece como um instrumento de compreensão válido para investigar a sociedade moderna, considerando as interconexões entre o local e o global, o político e o econômico.

O *mercado nacional* é a matriz da sociedade moderna, pois a civilização inaugurada no século XIX é caracterizada por fundar-se na economia. O *Estado*, por sua vez, é a referência nas deliberações políticas e jurídicas na sociedade moderna, tendo sido concebido como o centro das relações sociais e voltado à produção de quatro bens públicos (legitimidade na governança, bem-estar econômico e social, segurança e identidade coletiva (SANTOS, 1999, p. 34-37). *O sistema geopolítico global*, de seu turno, é hoje um sistema integrado (em razão da interdependência das economias e dos sistemas monetários), porém, formado por partes desiguais, Estados fortes e fracos, que se distinguem pela capacidade de resistência às forças externas do mercado, e é definida por uma divisão internacional do trabalho, estabelecido num cenário de trocas desiguais entre os diversos espaços geográficos, paulatinamente incorporados à economia globalizada (FARIA, 2002, p. 89-94). Por fim, *o sistema monetário internacional*, que "é a cola que mantém ligadas as economias dos diferentes países" (EICHENGREEN, 2002, p. 23), cuja história passa pelo entendimento dos objetivos da política econômica relativos à autonomia das políticas monetárias, ao controle de capitais e às taxas de câmbio.

Como se sugere neste artigo, os Estados, ao posicionarem-se frente ao sistema monetário internacional, buscaram, ao longo do tempo, diferentes pontos de equilíbrio

entre estabilidade do câmbio, liberdade no movimento de capitais e os outros objetivos econômicos, considerando o conceito de cidadania de cada paradigma constitucional. É dizer: pode-se identificar uma forte interconexão entre as instituições do mercado, do Estado, do sistema geopolítico global e do sistema monetário internacional e a ideia de cidadania, o que constitui um relevante eixo de compreensão dessas quatro instituições em cada paradigma constitucional (do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito), entendido como "simplesmente um modo generalizado e mais ou menos inconscientemente compartilhado de questionar a realidade social histórica e de conceber respostas para essas questões" (KUHN, 1996, p. 137).

É o que se passa a desenvolver.

1 A cidadania, o Estado e o sistema monetário internacional no paradigma do Estado Liberal

1.1 A cidadania e o Estado Liberal

Locke, senão o primeiro, foi um dos primeiros a imaginar a possibilidade de um domínio não político da vida, que poderia existir autonomamente da autoridade política e do controle (SOMERS, 2001, p. 31). Assim, como mentor de um espaço social pré-político e separado do Estado, próprio do indivíduo, ele imprimiu na teoria social moderna a estrutura cognitiva dicotômica do público e do privado (SOMERS, 2001, p. 31).

Para Locke, a sociedade civil forma-se no intuito de conservar os direitos naturais, dentre os quais se destaca o direito de propriedade. Dessa forma, o estado da natureza tem um aspecto econômico (e não político), vinculado à propriedade e ao trabalho, que deve submeter a política e ser preservado a todo custo (BOBBIO, 1997, p. 206) e a função precípua do pacto social estaria, dessarte, na garantia desses direitos naturais (LOCKE, 2004, p. 30).

Isso, de certa forma, justifica a formulação liberal do Estado para Locke: enquanto para Hobbes o Estado precisa cancelar os últimos resíduos do estado da natureza (violento e anárquico), para Locke o Estado é pura e simplesmente uma instituição com o objetivo de tornar possível a convivência natural entre os homens (BOBBIO, 1997, p. 182). Todas as demais atividades humanas que não digam respeito à resolução de controvérsias não devem ser sufocadas pela instituição do poder civil do Estado. Locke enumera, então, quatro limites que devem ser impostos ao poder civil, bem enunciados por BOBBIO (1997, p. 224-225): (1) o Estado deve circunscrever sua atuação na conservação e proteção da propriedade; (2) a consagração do princípio da legalidade; (3) a consagração do princípio da liberdade econômica; (4) a consagração do princípio da indelegabilidade do poder. No campo político, que ocupa uma posição

secundária na vida do indivíduo, a formulação de Locke tem o mérito de estabelecer uma causalidade política: a esfera privada não é apenas separada e autônoma do Estado, mas existe antes dele e, ainda, é a causa da existência de todo governo, por meio do consentimento voluntário dos indivíduos.

Com Benjamin Constant, essa concepção política do paradigma do Estado de Direito é bem desenvolvida. Na sua célebre conferência "Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos", proferida em Paris em 1819, Constant enuncia elegantemente os traços do espaço do indivíduo na modernidade, em que a cidadania emerge apenas como um apêndice da vida social. De acordo com Constant (1985), a liberdade moderna caracterizar-se-ia pelo "direito de não se submeter senão às leis", pela liberdade de dispor de sua vida privada do modo que aprouver a cada um. Por outro lado, os indivíduos já não gozam de soberania plena; eles, não participam direta e ativamente do poder coletivo, mas possuem franca independência pessoal frente à coletividade.

A cidadania, nesse desenho, concebida em Constant como liberdade política, é apenas um meio de preservar a verdadeira liberdade dos modernos: a liberdade civil, que desponta como valor supremo, que põe limites à soberania popular (GUSMÃO, 2001, p. 50). Rechaça o pensador, desse modo, a organização da sociedade pautada na soberania plena das deliberações do corpo social, como o faz Rousseau, porquanto nega a possibilidade prática de o corpo social exercer *per se* essa soberania.

Em síntese, concebe Constant que a legitimação do poder político está na soberania popular (como preceituava Rousseau), mas o valor supremo da sociedade são as liberdades civis. Noutros termos, o exercício do poder civil – que só está legitimado quando fundado na soberania popular – existe para conservar e promover as liberdades civis. A par disso, Constant propõe que a liberdade política ganhe a conotação de direito à autodeterminação política por meio do sistema representativo.

Como se vê, a cidadania – em Constant, Locke e no liberalismo clássico de forma geral – é duplamente acessória na vida social. Primeiramente, porque a cidadania é vista estritamente como meio de preservar a liberdade individual, única expressão legítima da emancipação e subjetividade do ser humano. Segundo, porque a liberdade individual é o aspecto preponderante do pacto social, sendo que a política não deve ocupar o tempo do indivíduo. A cidadania, nesse cenário, abrange exclusivamente a cidadania civil e, no máximo, a política (cujo exercício residirá exclusivamente no voto, que é, de regra, censitário). Diante dessa moldura de cidadania, cabiam ao Estado, na concepção liberal, quase que exclusivamente as funções de proteção da nação contra ameaças externas, salvaguardar os cidadãos de agressões ilegais perpetradas por outros cidadãos (jurisdição) e criação de algumas instituições públicas que não poderiam ser confiadas à iniciativa privada; além, é claro, da garantia das liberdades fundamentais universais do homem (inclusive e especialmente as liberdades de exercício profissional e de um comércio livre para além das fronteiras nacionais) (ZIPPELIUS, 1997, p. 377).

Nesse paradigma, o direito é visto como um sistema normativo de regras gerais e abstratas, válidas universalmente para todos os membros da sociedade e essencialmente de índole negativa (estabelecendo, assim, como regra, o livre jogo da vontade dos atores sociais individualizados) (CARVALHO NETTO, 2000, p. 241).

O modelo de regulação, inclusive o econômico, é o de autorregularão social; e o meio para a sua consecução é legado ao contrato e ao mercado. Havia a crença, então, de que as funções seletivas do mercado e a da livre concorrência produziriam uma maior eficiência social e desburocratização (ZIPPELIUS, 1997, p. 377-378).

No direito público, esse paradigma culminou no movimento que se convencionou nomear de "constitucionalismo" (VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 7-8), cujo objetivo era exorcizar o absolutismo, mediante a limitação do Estado à lei, a adoção do princípio da separação de poderes e a representação censitária da "melhor sociedade" na elaboração do direito. No direito privado, de seu turno, surgiam como verdades evidentes os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade (CARVALHO NETTO, 2000, p. 240).

Identifica-se, a partir disso, um profundo fosso que separa a sociedade política da sociedade civil:

> Na primeira, os interesses gerais deveriam prevalecer mediante a atribuição de sua identificação e guarda aos membros dessa "sociedade política", dessa "melhor sociedade", àqueles cultural e economicamente bem aquinhoados. E a "razão prática" apontava para o estabelecimento do mínimo de leis gerais e abstratas, pois já que liberdade é fazer tudo aquilo que as leis não proíbam, quanto menos leis, mais livres seriam as pessoas para desenvolver as suas propriedades (aqui o termo é empregado na acepção da época, como também abrangente dos dotes físicos e mentais de uma pessoa). A segunda, a sociedade civil, é o espaço naturalizado em que as propriedades devem ser desenvolvidas o mais livremente possível mediante a garantia da igualdade formal de todos perante a lei, não importando quão desiguais possam ser em termos materiais. (CARVALHO NETTO, 2000, p. 240)

As imperfeições do liberalismo e a incapacidade de autorregulação do mercado, como bem lembra Eros Roberto Grau (1998, p. 15), conduziram à atribuição de novas funções ao Estado, cuja atuação acentuou-se quantitativa e qualitativamente. Tais imperfeições do sistema capitalista (resumidas pelo autor como: a) surgimento de monopólios, b) advento de crises econômicas cíclicas, c) exacerbação do conflito entre o capital e o trabalho) acabaram por minar a realização dos valores da Modernidade, sintetizados nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

De fato, o ideal de liberdade foi artífice e vítima do poder de mercado. A igualdade cingia-se ao aspecto formal. "Quanto à fraternidade, à toda evidência não poderia

ser lograda no seio de uma sociedade na qual compareciam o egoísmo e a competição como motores da atividade econômica." (GRAU, 1998, p. 18) Noutros termos, "fracassou a ideia optimista de um Estado que permitisse que a personalidade do indivíduo, a sociedade e a economia se desenvolvessem de acordo com as suas próprias leis" (ZIPPELIUS, 1997, p. 379).

1.2 O sistema monetário internacional do padrão-ouro (e sua crise)

No âmbito do Sistema Monetário Internacional, o paradigma do Estado Liberal é marcado pelo chamado "padrão-ouro". O nascimento do sistema internacional de taxas de câmbio fixas lastreado no ouro – o padrão-ouro – pode ser atribuído a um acidente histórico, decorrente: (1) de uma medida inglesa, de 1717, que fixou um valor, em ouro, excessivamente baixo para a prata, o que proporcionou o desaparecimento da circulação da prata e a soberania do ouro naquele país; e (2) da comodidade, para os outros países, de adoção de um padrão monetário similar ao britânico, considerando a condição da Inglaterra como maior potência financeira e comercial do mundo (EICHENGREEN, 2002, p. 29-30).

A essência do modelo estava na possibilidade de conversão – numa taxa fixa estabelecida por cada Estado-Nação – das moedas nacionais em ouro e vice-versa. Para tanto, os Estados deveriam dispor de estoques de ouro como lastro de suas moedas (as reservas de ouro geralmente tinham de corresponder a 35% ou 40% da moeda em circulação, o que se chamava sistema proporcional) (EICHENGREEN, 2002, p. 45-50). É correto admitir, portanto, que as reservas de ouro determinavam o valor da moeda (SANT'ANA, 1997, p. 174). Do ponto de vista geopolítico, o padrão-ouro estava intimamente associado à hegemonia inglesa.

A questão que surge é saber como o padrão-ouro se sustentava. Para esboçar uma resposta, Eichengreen primeiramente esclarece que o padrão-ouro não era simplesmente um conjunto de equações. Em verdade, era uma instituição socialmente construída e de grande prestígio. De fato, os Estados tinham como prioridade absoluta em suas políticas econômicas a manutenção da conversibilidade típica do padrão-ouro. Esse era o único objetivo ao qual os governos deveriam subordinar sua política econômica. As condições políticas internas que possibilitaram esse consenso institucional vêm bem explicitadas pelo autor:

> O compromisso dos governos em relação à conversibilidade ganhava em credibilidade pelo fato de que os trabalhadores que mais sofriam em consequência dos tempos difíceis mal tinham condições de fazer sentir suas objeções. [...] O trabalhador que corria o risco de ficar desempregado quando o banco central elevava a taxa de redesconto tinha oportunidades limitadas para fazer ouvir suas objeções e chances ainda menores para demitir de seus cargos os governantes e diretores do banco central responsáveis

> pela formulação dessas políticas. O fato de que salários e preços eram relativamente flexíveis significava que um choque no balanço de pagamentos que exigisse uma redução nos gastos domésticos podia ser acomodado por uma queda nos preços e custos, e não por um aumento no desemprego, o que reduzia ainda mais a pressão para que as autoridades se preocupassem com o desemprego. Por todas essas razões, a prioridade que os bancos centrais atribuíam à manutenção da conversibilidade da moeda era raramente alvo de oposição. Os investidores tinham consciência dessas prioridades (EICHENGREEN, 2002, p. 58).

Como se vê, o ambiente político era, relativamente, estável internamente e pouco complexo, considerando que as demandas sociais não eram, ainda, convertidas, de forma abrangente, em demandas políticas, como era típico na cidadania liberal.

Em momentos de crise, por sua vez, quando era mais difícil promover a harmonização de políticas (pois a contenção de uma crise financeira poderia exigir que taxas de redesconto de diferentes bancos centrais caminhassem em movimentos opostos), a história demonstrou que o consenso institucional era de tal monta que se estabelecia uma cooperação internacional. Com efeito, registra-se que em várias crises houve efetiva colaboração entre bancos centrais e governos na forma de concessão de empréstimos para o país/instituição bancária (EICHENGREEN, 2002, p. 60-63).

A existência e eficiência do sistema do padrão-ouro duraram de 1870 até 1913 (EICHENGREEN, 2002, p. 71-72). A sua agonia foi lenta. Após a sua suspensão durante toda a I Guerra Mundial, foi restaurada, com fragilidade, em 1926 (quando a França estabilizou sua moeda em ouro) e extinta em 1931 (desvalorização da libra esterlina), tendo como causa imediata a crise de 1929.

No que se refere aos países periféricos, cabe ressaltar que eles nunca conseguiram gozar da ampla estabilidade promovida pelo padrão-ouro, mesmo no seu auge. Várias circunstâncias explicam isso. A um, porque não foram alcançados pela cooperação internacional, haja vista que problemas na periferia não colocavam em risco o sistema. A dois, os sistemas bancários da periferia eram, *per se*, frágeis e vulneráveis, especialmente em razão da inexistência de um órgão que pudesse assumir a função de emprestador de última instância (ou seja, órgão, governamental ou não, que assuma a função de garantir a liquidez do mercado bancário em situações de crise) e que dispusesse de instrumentos de política econômica. A três, em função da posição desses países na economia mundial: como produtores de *commodities*, geralmente em regime de monocultura, estavam sujeitos a fortes abalos excepcionais de preços dos seus produtos. A quatro, porque dependiam do fluxo de capital internacional para estabilizar seu balanço de pagamentos: se não houvesse entrada de capital, a exportação era prejudicada pela escassez de crédito; menor exportação, de sua parte, gerava uma dúvida para os investidores externos sobre a solvibilidade do país. A cinco, pode-se citar a configuração de fatores

sociais e políticos locais, que muitas vezes impunham pressões por uma desvalorização da moeda e a adoção de uma política inflacionária que favorecesse os exportadores, o que minava a crença sobre a factibilidade da adoção do padrão-ouro.

2 A cidadania, o Estado e o sistema monetário internacional no paradigma do estado social

2.1 A cidadania e o Estado Social

Numa estrutura marcada pela economia de mercado, mas já sob a sombra do paradigma do Estado Social, Thomas Humphrey Marshall propôs que a cidadania deva alcançar os direitos sociais, como ficou consagrado em clássica conferência intitulada *Citizenship and Social Class*, publicado pela primeira vez em 1950.

A cidadania social parte da concepção igualitária dos direitos, existente na cidadania liberal, e da mesma exigência de eliminar qualquer obstáculo que impeça alcançar a independência pessoal indispensável para ser um bom cidadão, só que de forma mais profunda e corrigindo os dilemas da cidadania liberal (PROCACCI, 1999, p. 19). Há, portanto, uma radicalização da modernidade (entendida não como aceleração da modernidade, mas antes como a defesa dos princípios da modernidade por meio da autocrítica, autolimitação e autorreforma (BECK, 1997, p. 70).

De acordo com Marshall, no século XX, os direitos sociais são incorporados à cidadania, de modo que a participação no corpo civil também implica a existência de deveres públicos, que ora se revestem como obrigações estatais (direito à educação, por exemplo), ora aparecem como a interferência do Estado na liberdade individual como forma de tutelar o bem-estar da comunidade (interferência do Estado nos contratos trabalhistas tanto para declarar uma greve abusiva como para defender o padrão de vida dos empregados, por exemplo). Esse movimento de atuação estatal seria fruto da mobilização das classes sociais, novos atores sociais.

Esclarece Marshall que a novidade presente no século XX não seria exatamente a criação dos direitos sociais, que já remontam ao século XVII, mas a sua incorporação à cidadania. Antes do século XX, os direitos sociais elidiam a cidadania, como demonstrou a experiência inglesa acerca da *Poor Law*.

Cumpre observar, ainda, que o projeto de cidadania social pretendia, com sua ideia de associar bem-estar com cidadania, menos distribuir renda do que equalizar as condições dos cidadãos (garantindo acesso igualitário aos serviços públicos, com o fito de reduzir as desigualdades econômicas).

Os direitos sociais surgem, portanto, como forma de controle social e de combate às insuficiências do mercado e da caridade, mas têm o inegável mérito de reconhecer, de forma mais cabal do que no paradigma do Estado Liberal, que a sociedade não é redutível ao Estado ou ao indivíduo (PROCACCI, 2001, p. 54).

No Brasil e em outros países periféricos, a cidadania social, bem como o *Welfare State,* foram projetos inacabados. E o foram porque faltavam duas alavancas essenciais a esse modelo de Estado e cidadania: economia dotada de considerável excedente e cidadania robusta e exuberante (DEMO, 1995, p. 30-31). Assim, observa-se, em países periféricos como o Brasil, a convivência paralela de uma cidadania social, fruto dessa mencionada tensão entre movimentos sociais e os grupos de hegemonia do capital (movimentos operários, movimentos eclesiásticos de base são referências nesse sentido), e de uma não cidadania social, termo esse que será utilizado para descrever a atribuição de direitos sociais sem cidadania (como na rica experiência inglesa da *Poor Law*), por meio do qual a sociedade é tutelada, mas não emancipada.

No campo da cidadania social, a experiência pátria foi ainda singular. Como lembra Weffort, no Brasil, a passagem da representação de indivíduos à representação de comunidades, nos anos 1930, foi castrada e desnaturada pelo autoritarismo e pelo corporativismo. Desde aquela época e até a redemocratização, os esforços para a implementação de uma cidadania social, pautada na incorporação dos trabalhadores, foram insuficientes e distorcidos pelo crescimento de um Estado autoritário que tudo pretende controlar e regular (WEFFORT, 1981, p. 142-143), pelo que se tem uma "cidadania regulada", segundo a qual a extensão da cidadania se faz pela inserção do indivíduo no processo produtivo e na exata medida em que há reconhecimento pelo Estado.

Como se observa, no paradigma do Estado Social, houve o advento dos chamados direitos sociais e econômicos (usualmente chamados de direitos de segunda geração) e a redefinição dos direitos de liberdade (de primeira geração), dando-lhes índole prestacional (na medida em que incumbe ao Estado prover os serviços inerentes aos direitos de segunda geração) (CARVALHO NETTO, 2000, p. 242).

No domínio social, isso significou que o Estado deveria oferecer prestações positivas aos cidadãos (saúde, educação, seguridade social). No domínio econômico, esse processo representou forte intervencionismo do Estado no mercado (sob as influências de economistas como John Maynard Keynes, formularam-se os fundamentos de um Estado organizado e interventor, que promovesse a reconciliação dos dois motores do desenvolvimento político-econômico: a ação estatal e a iniciativa privada (VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 12).

O domínio econômico, nesse contexto, deixa de ser imune à ampla intervenção estatal. Nos dizeres de Moncada (1988, p. 60), o Estado e o mercado passam a ser os reguladores das decisões econômicas. A autorregulação e a autoadministração sociais e econômicas são, em parte, substituídas pela regulamentação estatal.

Para acompanhar o fenômeno da intervenção, a Administração Pública ganha proeminência na estrutura orgânica do Estado (MONCADA, 1988, p. 61). A legitimidade da atuação administrativa, de seu turno, é haurida do conhecimento técnico que detém. A legitimação pelo conhecimento técnico, portanto, é característica indelével da Administração Pública no Estado Social: eis o surgimento da tecnocracia.

Pari passu, o ordenamento jurídico, que se volta para regular a vida econômica e social, é inundado por normas estatais, que são caracterizadas pela maleabilidade, heterogeneidade, permeabilidade a valores políticos e pouca durabilidade (MONCADA, 1988, p. 55-60).

Em razão da deficiência do *Welfare State* em lidar com as demandas sociais consideradas essenciais – tais como: (1) a dinâmica igualitária e democrática; (2) a forma de organização da solidariedade; e (3) a política econômica –, passa ele a ter sua função questionada (ROSANVALLON, 1997, p. 26-42).

No plano da tutela da igualdade, percebeu-se, inicialmente, a sobreposição da segurança em face da igualdade, como demanda a ser suprida pelo Estado. Exemplo disso é a proeminência de pretensões vinculadas à segurança contra a violência física dos centros urbanos, prevenção contra os riscos tecnológicos, afirmação de uma força superior diante da instabilidade internacional (ROSANVALLON, 1997, p. 30). Ademais, ainda no plano da igualdade, os mecanismos de redistribuição e de assistência típicos do Estado Social cresceram sem que tivessem sido acompanhados por um movimento social de reivindicação ou de proteção (e.g., medida preventiva das elites ou conquista de direitos dos operários). Assim, os custos econômicos crescentes e postos sobre toda a coletividade apresentaram-se a todos sem uma compensação política (ROSANVALLON, 1997, p. 30). Em conclusão: "[o]s descontos aumentaram sem que ocorresse o mínimo elemento simbólico de reformulação do compromisso social. A redução das desigualdades que, automaticamente, resultou disso, revela-se, assim, menos legítima: não foi acompanhada por uma vontade ou por uma palavra da sociedade sobre si mesma" (ROSANVALLON, 1997, p. 30-31).

Nesse paradigma, o Estado, num segundo plano, promove de modo deficiente a organização da solidariedade social. Esse último ponto remete à discussão da precariedade da organização da solidariedade promovida pelo Estado. O Estado, como agente central da redistribuição, funciona como uma grande interface, substituindo as interações face a face dos indivíduos e grupos. Embora essa atividade estatal implique redução de complexidades, a sua exacerbação gera irresponsabilidade e retração sociais: não há mais estímulo para que os indivíduos se agreguem na comunidade, permanecendo indiferentes para o destino do outro (ROSANVALLON, 1997, p. 34).

Por último, a matriz político-econômica do Estado Social (keynesiana e social-democrata) não se mostrou mais apta a garantir o crescimento econômico e o bem-estar social. Aqui, cabe lembrar que o keynesianismo, além de uma doutrina econômica que apregoava a conciliação do crescimento econômico com a produção de bem-estar individual (associada à ideia de pleno emprego e consumo), significou, após a II Guerra Mundial, um verdadeiro compromisso social. Esse último componente é relevantíssimo, pois sem esse pacto, a teoria keynesiana não teria reunido as condições políticas de sua implementação. O compromisso social que sustentava o keynesianismo mostra-se abalado em face da crise econômica que já havia se acentuado na década de

1980. Nesse panorama, ocorre a restrição das políticas econômicas desenvolvimentistas (por conta dos constrangimentos externos) e há uma crise na estrutura social, pois a sociedade não vê mais o compromisso firmado sobre os pilares da teoria keynesiana voltada para o pleno emprego render frutos (ROSANVALLON, 1997, p. 42-43).

Além do mais, o processo de contratualização sociopolítico-cultural, centralizado no Estado-Nação, teve como efeito colateral a despolitização e privatização de toda a esfera não estatal (SANTOS, 1999, p. 39).

A superação da crise do Estado Social, assim, transcende a mera discussão sobre o redimensionamento do Estado (Estado-mínimo *x* Estado intervencionista) (ROSANVALLON, 1997, p. 83-89). Em verdade, a questão que surge, por esses e outros fatores, é saber a quem o Estado deve servir e como o mesmo deve interpor-se nas relações entre os indivíduos, a sociedade civil. No direito, a relação entre o público e o privado é novamente colocada em xeque (CARVALHO NETTO, 2000, p. 245).

Em países periféricos como o Brasil, insta admitir que se aliam ao déficit de legitimação próprio da crise do Estado Social os problemas orçamentário-financeiros. É que, apesar das demandas modernas não cumpridas, o Estado é pressionado para diminuir os gastos públicos sociais e sua função como promotor da igualdade material e da justiça social.

O que se torna indispensável é a redefinição dos papéis e das inter-relações do Estado, da sociedade e do cidadão, numa realidade em que várias reivindicações sociais foram incorporadas ao patrimônio moderno e na qual ocorre a restrição do espaço social público pelo poder do mercado globalizado.

2.2 O sistema monetário internacional de Bretton Woods (e sua crise)

A ampliação dos direitos da cidadania e a inclusão da classe trabalhadora no sistema político acabaram com o isolamento desfrutado pelas autoridades monetárias e com a incontestabilidade da manutenção da conversão a qualquer preço, própria do padrão-ouro.

Com efeito, outros objetivos para a política econômica surgiram. Os governos haviam de compor os objetivos internos e externos. "A defesa inflexível da estabilidade das taxas de câmbio que caracterizou a política dos bancos centrais antes da guerra tornou-se uma coisa do passado." (EICHENGREEN, 2002, p. 129) Como ressalta Eichengreen, "uma vez que os governos não tinham como se defender das pressões que reivindicavam estímulos ao crescimento e emprego, o novo regime não tinha credibilidade" (2002, p. 76). Por outro lado, a I Guerra Mundial marcou o fim da hegemonia britânica, a emergência de outras nações industriais e o florescimento de uma nova potência (os Estados Unidos, que saíram da I Guerra Mundial como o maior credor mundial). Ademais, a falta de uma articulação internacional impediu a sobrevivência do padrão-ouro, que foi profundamente perturbado pela crise econômica do pós-Guerra e pelo movimento de capitais, do que resultou a extinção do padrão-ouro em 1931, quando a libra esterlina – símbolo dessa era – foi desvalorizada.

Durante o colapso do padrão-ouro, os países periféricos e semiperiféricos, como não poderia deixar de ser, ficaram em situação delicada em razão da Grande Depressão. A maioria preferiu, como os países do núcleo, flexibilizar a adesão ao padrão-ouro e desvalorizar as moedas (EICHENGREEN, 2002, p. 107).[1]

É nesse contexto que o sistema monetário de Bretton Woods foi concebido, na Conferência Monetária e Financeira Internacional realizada em Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos, em 1944. Tal como o padrão-ouro, baseava-se em um regime de câmbio fixo, estabelecido entre os países-membros do acordo. Deveras, cada país fixou a sua taxa de câmbio em relação ao dólar norte-americano, assumindo a responsabilidade de mantê-la estável (podendo variar, em situações de normalidade, 1% para cima ou para baixo). O dólar, por seu turno, era conversível em ouro a um preço fixo. As reservas internacionais, utilizadas para manter a taxa de câmbio doméstica estável, eram mantidas em ouro ou dólar.

As diferenças entre Bretton Woods e o padrão-ouro eram fundamentalmente três: (1) o câmbio fixo era ajustável em determinadas situações e condições (essencialmente, para fazer o ajuste, caberia ao Estado demonstrar que havia um "desequilíbrio fundamental" na economia doméstica não causada pelas autoridades); (2) a recomendação de que houvesse controle sobre os fluxos de capital internacional (o que foi feito pelos governos durante todos os anos em que vigorou o acordo); (3) a criação do Fundo Monetário Internacional, órgão responsável pelo monitoramento das políticas econômicas nacionais e pela oferta de financiamento para equilibrar os balanços de pagamentos de países em situações de risco (EICHENGREEN, 2002, p. 131-133).

Relata Eichengreen que os engenhosos mecanismos de Bretton Woods, todavia, não funcionavam de modo harmônico. O ajuste das taxas de câmbio, como concebido pelo acordo, foi extremamente raro, pois a prévia aprovação do FMI gerava risco de vazamento para o mercado que a maioria dos países não queria correr. O FMI, por sua vez, não dispunha de recursos suficientes para auxiliar as nações em crise e não possuía poderes para punir aquelas cujas políticas ameaçassem a estabilidade do sistema.

O controle de capital foi o único elemento que funcionou de forma razoável. O motivo estava associado ao dirigismo estatal em toda a economia: restrições ao comércio internacional, direcionamento de crédito para setores estratégicos, controle da taxa de juros. O grande responsável pela eficácia do controle dos capitais foram as restrições ao comércio, tendo em vista que inviabilizavam a utilização da conta corrente para canalizar as transações de capital. O controle, todavia, foi mais eficaz nas décadas de 1940 e 1950, antes do relaxamento da regulação doméstica ao comércio internacional.

Como o padrão fundava-se no dólar, os Estados Unidos não precisavam se preocupar com a taxa de câmbio (do dólar) – impondo aos outros países a responsabilidade de ajustarem-se à sua política monetária – e podiam facilmente aumentar a oferta de moeda. A obrigação dos Estados Unidos era, em suma, a de converter o dólar em ouro na taxa estabelecida em Bretton Woods (SANT'ANA, 1997, p. 174-175). Contudo,

em razão da política monetária expansionista, essa obrigação norte-americana restou comprometida já na década de 1960, quando havia mais dólares no exterior do que reservas em ouro.

A inconsistência de Bretton Woods leva à indagação de como esse concerto durou tanto tempo. A resposta passa aqui também pela intensa cooperação internacional que militava em seu favor.

Com efeito, durante a vigência de Bretton Woods, assiste-se a uma cooperação contínua (e não apenas em momentos de instabilidade profunda do sistema) e sem precedentes entre os governos e os bancos centrais. A cooperação viabilizava-se pela convergência de alguns fatores: o contexto da Guerra Fria; o número reduzido de países envolvidos no concerto do sistema (apesar da presença dos países da América Latina em Bretton Woods, em 1944, eram os Estados Unidos e um seleto grupo de países europeus que dominavam as negociações); e a similitude das economias e políticas domésticas (a prevalência de democracias liberais, pluralistas e capitalistas nos países centrais permitiu que as instituições de Bretton Woods fossem fundadas em políticas domésticas ideologicamente compatíveis entre si) (EICHENGREEN; KENEN, 1994, p. 5-14).

A causa imediata do colapso do sistema de Bretton Woods foram os crescentes déficits do balanço de pagamentos norte-americano, o que levou, inicialmente, à suspensão da conversibilidade e à desvalorização do dólar pelo então presidente Nixon (1971) e, depois, ao fim da conversibilidade do dólar em ouro (1973), com o que as taxas de câmbio começam a flutuar livremente no mercado (SANT'ANA, 1997, p. 175).

O fator conjuntural que explica o fim de Bretton Woods, portanto, é a persistência do déficit do balanço de pagamentos dos Estados Unidos, ao longo de praticamente duas décadas. No entanto, esse fato, isolado, não pode explicar o fim desse sistema monetário internacional. Há algumas causas estruturais para o seu colapso que merecem ser revistas.

Uma delas é o crescimento da mobilidade de capitais. Corolário do crescimento de mercados privados internacionais de capitais altamente líquidos – a respeito, vide o desenvolvimento do mercado de eurodólares e eurobônus (SANT'ANA, 1997, Cap. 13) –, a grande mobilidade de capital enfraqueceu o sistema de Bretton Woods, pautado no regime de taxas fixas de câmbio. Isso porque o fluxo de dinheiro passou a exercer efetiva pressão sobre as taxas fixas e desalinhadas dos países. Nos dizeres de Eichengreen, "a enorme dificuldade de operar um sistema de câmbio fixo em face de capitais de extrema mobilidade é a primeira lição de Bretton Woods" (2002, p. 181).

O motivo preponderante, no entanto, está mais relacionado à dificuldade de os Estados sincronizarem suas políticas econômicas, em razão das demandas políticas interna (decorrentes das pressões democráticas). Com efeito, as exigências políticas domésticas impediram que os Estados Unidos enfrentassem as causas da fragilidade do dólar no Sistema de Bretton Woods (o que exigiria a redução da função do dólar

como moeda de reserva da economia mundial[2]) e que os demais países industrializados (Europa, notadamente) arcassem com os custos de manter o sistema (incorporando indefinidamente dólares às suas reservas sob o risco de inflação). De um lado, portanto, as demandas internas típicas das sociedades democráticas; de outro, a falta de um amplo consenso internacional sobre os benefícios de manter o sistema. Ambas são causas estruturais que contribuem para a compreensão da derrocada de Bretton Woods. Desde então, não há um regime hegemônico construído pela sociedade internacional para o sistema monetário internacional.

No que se refere aos países latino-americanos, na vigência de Bretton Woods, deve-se atentar que, após a II Guerra Mundial, esses países assumiram o papel de atores internacionais, não obstante as relações com os países centrais tenham permanecido assimétricas.

Deveras, vários países latino-americanos participaram das discussões envolvendo a criação de Bretton Woods e a esse sistema filiaram-se logo após sua implementação. Como lembram Griffith-Jones e Sunkel, 18 países latino-americanos (Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela) aderiram ao FMI antes do final de 1946. Essa participação no sistema, todavia, não se converteu em prestígio ou poder de pressão (1990, p. 63-64).

Do ponto de vista econômico, esses países periféricos beneficiaram-se do afluxo de capitais internacionais (preponderantemente oficiais, na década de 1960, e privados, na década de 1970, geralmente sob a forma de empréstimos) e sofreram fortemente com a derrocada do sistema. A esse respeito, cabe recordar que a taxa de juros de boa parte dos empréstimos internacionais era variável, mudando de seis em seis meses, de acordo com a taxa de juros dos países centrais.[3] A instabilidade proporcionada por esses empréstimos, portanto, era enorme, principalmente se for considerado que a pauta de exportação dos países periféricos era formada por *commodities*, sujeitas a bruscas variações de preços. Acresce-se a isso a circunstância de que a alocação desses recursos externos não foi tão eficiente. Com esse cenário, foi catastrófica a década de 1980 para esses países: os problemas existentes na intermediação financeira, ao final da década de 1970, as duas crises do petróleo e a recessão nos países desenvolvidos (1980-1982) provocaram uma crise internacional da dívida e uma crise de desenvolvimento nacional em países em desenvolvimento (especialmente, os latino-americanos) (GRIFFITH-JONES; SUNKEL, 1990, p. 85-86, 102).

Vários fatores ajudam a compreender o porquê de a crise dos anos 1980 ter sido tão grave para os países latino-americanos, como o Brasil: (1) o valor das exportações de *commodities* caiu drasticamente; (2) a escalada das taxas de juros internacionais, o que foi responsável pela elevação do custo da dívida; (3) o acentuado declínio dos empréstimos bancários concedidos aos países latino-americanos (diante do risco); (4) a alta da taxa cambial do dólar, o que elevou o custo efetivo da dívida para

a maioria dos países (GRIFFITH-JONES; SUNKEL, 1990, p. 121-126; PEREIRA, 1997, p. 166-168).

De qualquer modo, como destaca Fiori (2001, p. 42), o Sistema de Bretton Woods propiciou o melhor momento para o desenvolvimento econômico desses países, pois foi possível conciliar, sob a pressão geopolítica da Guerra Fria, a ordem liberal internacional com a autonomia das políticas econômicas nacionais, tanto nas experiências keynesianas como nas desenvolvimentistas, principalmente em virtude do excesso global de capital.

3 Um descolamento entre cidadania, Estado e sistema monetário internacional no paradigma do estado democrático de direito

3.1 A cidadania e o Estado no estado democrático de direito

O gérmen da crise da cidadania social certamente residiu em suas próprias contradições, destacando-se: a redução do projeto social da cidadania a uma questão meramente de *status* econômico (criando um déficit de subjetividade em função da massificação da cidadania) e a perda de solidariedade social. Em verdade, evidencia-se que os direitos sociais do *Welfare State* – que foram originalmente concebidos para apoiar o desenvolvimento de uma sociedade ativa e dinâmica, por meio da aliança entre o desenvolvimento individual e social mediado pelo mercado de trabalho – tornam-se um gerador de passividade e inatividade.

Um aprendizado que pode se extrair da crise da cidadania social é que a cidadania deve se pautar mais na afirmação da subjetividade e do princípio da comunidade, que na simples aquisição de direitos universais e abstratos (SANTOS, 1996, p. 261). Noutro viés, a crise da cidadania liberal e social demonstrou a necessidade de constituição do homem (esfera privada) com realizações não econômicas e com a criação de sociabilidades para além do Estado que habilitem que cada indivíduo tenha uma vida autônoma e autodeterminada.

As dimensões política e econômica, por sua vez, assumem uma nova significação. A política supera a concepção estritamente representativa e estatal. A economia transcende o conceito de mercado. Evidencia-se, pois, a formulação de uma política da participação, que alcança o tradicional espaço da cidadania e incorpora o espaço da produção, da afetividade, das relações globais (SANTOS, 1996, p. 125; e 2002, p. 69-111).

A cidadania assim posta, embora não tenha a pretensão de ampliar a democracia, configura-se como um elemento para a sua expansão (EDER, 2001, p. 220), ao adotar os aspectos simbólicos da política, consistentes na ampliação da arena pública e intensificação da comunicação social.

Em síntese, o exercício da cidadania, no espaço da sociedade civil, está ampliando as fronteiras da política pela criação de novos espaços sociais; públicos, porém não

estatais (EDER, 2001, p. 220). Os valores que devem nortear essa prática da sociedade civil podem ser enunciados como a cooperação, a solidariedade, a participação, a equidade, a transparência e a democracia interna; valores esses subjacentes ao princípio da comunidade (SANTOS, 1998, p. 8). Disso emerge uma cidadania expandida, concebida menos em termos de direitos e deveres e mais em formas e critérios de participação e responsabilidade.

Isso mostra a insuficiência do Estado concebido no paradigma do Estado Social, no qual toda forma de solidariedade social acabou por convergir para o Estado. Hoje, o desafio é redefinir as funções estatais, sem que haja retrocesso nas conquistas modernas, tanto no campo da autonomia do indivíduo como no da promoção da solidariedade social (ROSANVALLON, 1997, p. 83-89). Em certo sentido, o que se passa a perseguir é a produção de mais sociabilidade para além do Estado (ROSANVALLON, 1997, p. 83-90; SANTOS, 2001, p. 20).

Cumpre ao Estado, nesse projeto, ampliar as condições para o surgimento de uma sociedade solidária – que não confunda espaço público com espaço estatal – e que permita o florescimento de novas formas de vivências sociais.

Nesse cenário, Beck (1997, p. 54), sufragando da opinião de Carl Böehret, sugere critério de definição de funções estatais relacionado à capacidade de negociação de interesses sociais.

Nos espaços sociais onde os interesses e demandas sociais – não importando se são problemáticos ou não – recebem de agentes organizados voz ativa e significado político-social próprio, compete ao Estado especialmente o controle central do contexto, devendo a decisão ser delegada aos processos políticos organizados na sociedade. O Estado, aqui, atua ora como mediador, ora como mero participante. Em todos os casos, compete-lhe organizar a estrutura institucional em que a sociedade atuará, deixando de ter primazia na função reguladora e de ser o padrão de referência na interação social.

Já na hipótese de estarem em jogo aspectos não negociáveis – seja porque não há um parceiro direto, seja porque nenhum interesse pode ser efetivamente representado pelos parceiros em tempo razoável –, o Estado assume o papel de protagonista na ação social (BECK, 1997, p. 55), ganhando destaque, nesse campo, a importância do incremento do controle social sobre o Estado e o aprimoramento da democracia representativa.

Em qualquer cenário, há uma necessidade de estabilidade e de tempo para a construção de sociabilidades.

A necessidade de estabilidade – aqui compreendida não como perpetuação de um *status quo*, mas como permanência de um ambiente que preserve o horizonte de expectativas dos indivíduos – vincula-se, então, à preservação das "referências éticas que sustentam a autonomia e a autoestima dos sujeitos" (SANTOS, 1999, p. 50).

Compete ao Estado, assim, preservar um ambiente propício ao desenvolvimento das potencialidades humanas. Há de haver um mínimo de salubridade do espaço social

para que os indivíduos possam gozar de seus projetos de vida. Por outro lado, deve o Estado afastar-se da tarefa de promover a coesão social.

Embora a configuração do Estado como epicentro da organização-social esteja exaurida, a sua atualidade permanece em razão da redefinição de suas funções, em que se busca uma nova congruência entre a cidadania (fundada na obrigação política vertical entre Estado e cidadão) e comunidade (fundada na obrigação política horizontal entre cidadãos), num modelo que privilegia a reinvenção solidária e participativa do Estado a partir da refundação democrática do Estado e da sociedade civil (SANTOS, 1998, p. 15-16).

Sob o prisma constitucional, o paradigma do Estado Democrático de Direito concebe a tarefa de dignificar a vida humana não apenas pelo aspecto material, mas também pela fomentação da participação pública. Os direitos (de primeira e segunda geração) ganham nova significação: são retomados como direito de participação no debate público (CARVALHO NETTO, 2000, p. 244).

Na gestão da política econômica internacional, entrementes, o Estado e o Direito enfrentam fortes condicionantes surgidas do contexto do Sistema Monetário Internacional, as quais militam contra o potencial emancipador do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, havendo hoje uma extrema dificuldade de fazer convergir o Sistema Monetário Internacional para a promoção de uma cidadania expandida.

3.2 O sistema monetário internacional na globalização financeira

A globalização, uma manifestação da interdependência crescente entre as nações, inscreve-se no processo histórico do desenvolvimento do capitalismo.

Na esfera econômica, esse fenômeno pode ser compreendido sob diversos enfoques: o financeiro (que focaliza o aumento de fluxo de capitais, a sua volatilidade e os efeitos nas economias nacionais); o comercial (que analisa a crescente semelhança nas estruturas de demanda e de oferta, nos diversos países, o que repercute no eixo de análise da competição); o da produção (a partir da globalização, a produção – além do comércio – passa a ser organizada em escala transnacional) e o institucional (que examina as crescentes semelhanças das instituições nacionais que regulam a economia) (BAUMANN, 1996, p. 34-37).

Em todos eles, a globalização evidencia a criação de uma economia global por meio da eliminação de dois obstáculos técnicos, o tempo e a distância (GIDDENS, 1991, p. 69), por meio do qual se tornou possível organizar a produção, o comércio, as finanças em escala transnacional. Dessarte, com a globalização, ocorreu a emancipação dos bens e do capital, em relação ao território onde são produzidos (HOBSBAWM, 2000, p. 72).

O sentido mais frequente atribuído à globalização econômica é a que decorre dos movimentos financeiros internacionais (BAUMANN, 1996, p. 37). Essa é a chamada

globalização financeira, que tem imposto vários desafios para os Estados no controle do câmbio e dos fluxos de capitais, cuja intensidade e dimensão é mais bem compreendida quando contextualizada dentro da arquitetura institucional vigente.

Pertinente, por isso, a valiosa contribuição de Padoa-Schioppa e Saccomanni (1994). Esses autores propõem que a compreensão das relações econômicas internacionais, hoje, seja feita a partir da distinção entre dois arranjos institucionais: o primeiro, característico de Bretton Woods, seria o "sistema monetário internacional conduzido por Governos" (*Government-led international monetary system* – G-IMS); o outro, típico da atualidade, o "sistema monetário internacional conduzido pelo mercado" (*market-led international monetary system* – M-IMS) (1994, p. 236).

O G-IMS, instituição que marcou o sistema de Bretton Woods, fundamentava-se, como visto, no protagonismo do Estado na direção do sistema monetário internacional, haja vista que o funcionamento do sistema – com taxas de câmbio fixa e restrições ao movimento internacional de capitais – pautava-se na eficaz liderança política dos Estados-Nações. Assim, ao Estado competia o controle das finanças internacionais e a implementação de políticas macroeconômicas nacionais. O mercado, de seu turno, era responsável pela alocação internacional de recursos (PADOA-SCHIOPPA; SACCOMANNI, 1994, p. 237).

Durante e após o colapso de Bretton Woods, acentua-se o processo de internacionalização das finanças e a falta de sincronia dos Estados para regularem o mercado. Essa nova situação, para Padoa-Schioppa e Saccomanni (1994, p. 241), pode ser vista como a emergência de um novo sistema[4]: o M-IMS, pelo qual o mercado determina o padrão das taxas de câmbio e a liquidez internacional.

Seis fatores caracterizariam o processo de globalização financeira do M-IMS: (1) a internacionalização dos portfólios e a liberalização dos sistemas financeiros domésticos; (2) o declínio da importância dos bancos como intermediadores financeiros, devido ao aumento da emissão de títulos de securitização; (3) a flexibilização das taxas de câmbio, que flutuam sobretudo por força dos fluxos financeiros (e não mais por força do fluxo de comércio); (4) a volatilidade do mercado e a ampliação dos choques e crises internacionais, os quais foram potencializados pelo desenvolvimento tecnológico das telecomunicações e da informação; (5) concentração do mercado financeiro internacional em poucas instituições e atores; e (6) a necessidade de disciplina nas políticas econômicas domésticas para se manter a estabilidade macroeconômica.[5]

Em verdade, em razão da ausência de um amplo consenso internacional entre os Estados, o processo de globalização financeira do M-IMS sofre de uma fraqueza institucional, vez que há uma forte assimetria entre a globalização do mercado financeiro e a fragmentação das instituições políticas, baseadas em Estados-Nações. Há, portanto, uma lacuna institucional no M-IMS (PADOA-SCHIOPPA; SACCOMANNI, 1994, p. 265).

Com a internacionalização dos mercados financeiros (num ambiente de inúmeros mercados fragmentados e ampla mobilidade de vultosos volumes de capital), torna-se

penoso e difícil o controle da oferta de moeda e a determinação da taxa de câmbio e da taxa de juros pelas autoridades monetárias nacionais, a evidenciar a inadequação do arcabouço institucional construído nos idos de 1940[6](PADOA-SCHIOPPA; SACCOMANNI, 1994, p. 261).

Enfim, deflui do quanto exposto, que a globalização financeira, com a proeminência dos mercados internacionais e a maior fluidez de recurso, reduziu o grau de autonomia e de poder dos Estados-Nações e a possibilidade de as demandas democráticas, mediadas pela cidadania, influenciarem na conformação do sistema monetário internacional.

Não obstante isso, o Estado é ainda sujeito relevante para contrapor-se ao mercado financeiro internacional e para combater a restrição do espaço público pelo poder do mercado globalizado, conquanto se possa esperar resultados limitados enquanto não se estabeleça um novo consenso entre os Estados acerca dos princípios que devem reger o Sistema Monetário Internacional. Resta esperar que esse consenso possa emergir de uma pauta de discussão global derivada do problema do terrorismo (sobretudo no pós-11 de setembro de 2001) e da crise financeira de 2008 (e aqui temos o nefasto 15 de setembro de 2008, marcado pela quebra do banco de investimentos Lehman Brothers) (CUNHA, 2009; THE ECONOMIST, 2013).

Conclusão

Pretendeu-se, neste artigo, identificar que a ideia de cidadania pode contribuir para a compreensão do sistema monetário internacional, pelo menos até o momento histórico a que se referem os arranjos institucionais do padrão-ouro e de Bretton Woods, que se mostravam alinhados, respectivamente, com o paradigma do Estado Liberal e do Estado Social.

No paradigma do Estado de Direito, em que a liberdade civil é privilegiada, a cidadania é vista como liberdade política (apenas para aqueles que integravam a melhor sociedade) e o Estado é mínimo, tendo como escopo, basicamente, assegurar a liberdade do indivíduo. O sistema monetário internacional, influenciado pela doutrina liberal, prima pelo livre fluxo de capitais, não importando os custos sociais que esse fluxo poderia causar (em verdade, como visto, as autoridades políticas não tinham muita consciência nem dos custos sociais nem das consequências dos movimentos de capitais para o desenvolvimento da economia interna).

No paradigma do Estado Social, o público (identificado com o Estado) ganha proeminência sobre o privado. Os direitos sociais – que se corporificam em prestações de serviço público e na constante e ativa interferência do Estado no domínio econômico – incorporam-se à cidadania. O Estado, por isso, precisa ser e é o protagonista da ação social, enquanto compete ao Direito instrumentalizá-lo. O exercício da soberania econômica exige, no sistema monetário internacional, o excessivo controle do

Estado sobre os fluxos internacionais de capital. Essa demanda é considerada legítima pelo Sistema Monetário Internacional. Assim, a economia monetária internacional submete-se ao interesse e à autoridade nacional, valendo frisar que essa regra estava legitimada tanto internamente (em razão da política econômica keynesiana) quanto externamente (por força do regime de Bretton Woods).

Hoje, no entanto, constata-se a falta de um consenso político forte o suficiente para conferir um arranjo institucional consistente no sistema monetário internacional consentâneo com as diretrizes do Estado Democrático de Direito. Isso porque, *no paradigma do Estado Democrático de Direito*, almeja-se que todo cidadão tenha o direito de realizar seu projeto de vida (autodeterminação), desde que não prejudique o projeto dos outros membros da comunidade, fortalecendo-se as sociabilidades, com uma nova compreensão da democracia. O Estado, nessa conjuntura, precisa assumir o papel de articulador das sociabilidades – nos assuntos que podem ser atribuídos à regulação da comunidade sem prejuízo da integração social – e continua como protagonista na regulação daquelas matérias que lhe exigem ação imediata ou que envolvem interesses que não podem ser representados pelos atores sociais.

A realização da democracia, todavia, encontra uma série de obstáculos, entre eles, a crescente restrição do espaço social público pelo poder do mercado globalizado (FARIA, 2002b). Deveras, no âmbito do sistema monetário internacional, o mercado detém primazia sobre o Estado (M-IMS): já não há mais a harmonia e compatibilidade entre os objetivos de política econômica buscados pelo Estado-Nação e o consenso internacional, como ocorreu em Bretton Woods. Nesse cenário, resta ao Estado, que esteja internamente bem legitimado, buscar mitigar os efeitos negativos da globalização financeira com as ferramentas de política monetária de que dispõe, enquanto não surge um novo consenso internacional que permita a emergência de um novo padrão de regulação do sistema financeiro internacional.

NOTAS

* Este artigo constitui uma síntese e uma revisão de parte da dissertação de mestrado defendida pelo autor em abril de 2005 e publicada em 2007 (QUINTAS, 2007, p. 13-117).

1 Convém lembrar que, nessa época, assistiu-se, no Brasil, ao início do processo de industrialização. Bresser Pereira sistematiza o desenvolvimento da economia nacional, afirmando a existência de duas grandes etapas: o Período Mercantil,

até 1930, e o Período Industrial, de 1930 em diante. O período mercantil é marcado por duas fases: a fase colonial (caracterizada pelo ciclo da cana-de-açúcar, no século XVII, e o do ouro, no século XVIII) e a fase exportadora (após a Independência, caracterizada pela expansão cafeeira, que começa no início do século XIX e entra em colapso nos anos 1930). O período industrial é dividido em duas fases: a fase da Revolução Industrial Brasileira, entre 1930 e 1960, e a fase denominada por Bresser como de Subdesenvolvimento Industrializado, entre 1960 e 1980. Na primeira fase, ocorre a industrialização por substituição de importações. Na segunda, a industrialização é levada a cabo por uma aliança autoritária tecnoburocrático-capitalista, que tem como participantes a burguesia local, a tecnoburocracia civil e militar, estatal e privada, e as empresas multinacionais. Nessa última fase, assiste-se ao crescimento da economia, à concentração de renda e a o endividamento externo (PEREIRA, 1997, p. 12-15).

2 A necessidade crescente de os Estados Unidos financiarem seus déficits por meio da emissão de dólares, aliada à necessidade de aumento de meio de pagamentos para movimentar a economia internacional, fez com que já na década de 1960, os dólares disponíveis no exterior fossem superiores às reservas de ouro norte-americana. Significa dizer que desde então o dólar sofria o risco de um ataque especulativo. Como não era possível enxugar tão-só os dólares estrangeiros (pois a economia internacional exigia um incremento nos meios de pagamento), sob pena de iniciar uma recessão, a alternativa viável seria criar outro meio de pagamento internacional. No âmbito do FMI procurou-se criar outra espécie de reserva internacional, mas essa iniciativa sempre foi vetada pelos Estados Unidos.

3 A média anual para as taxas de depósito flutuou entre 5,5% e 16,5%, entre 1970 e 1981. As médias mensais dessas taxas apresentaram variações ainda maiores: de 4,9%, em maio de 1972, para 19,9%, em março de 1980. Os custos médios dos juros flutuantes, para os países em desenvolvimento, passaram de 8,2% da dívida pendente em 1971-1973, para 18,0% em 1981.

4 Para os autores, no pós-Bretton Woods, é possível encontrar padrões de relações econômicas, mecanismos para determinação de taxas de câmbio, práticas de mercado e oficiais, canais de comunicação entre governos e agentes que justifiquem a assertiva da existência de um sistema (PADOA-SCHIOPPA; SACCOMANNI, 1994, p. 240-241).

5 Nos dizeres de Padoa-Schioppa e Saccomanni: "O sistema de taxas de câmbio flutuante (ou seja, de delegação para os mercados da determinação das taxas de câmbio), que talvez seja inevitável no M-IMS com as características susomencionadas, tem provado a incapacidade de impermeabilizar países que estão economicamente interdependentes e de impor disciplina ao mercado por meio de políticas econômicas" (1994, p. 246-247).

6 De acordo com Padoa-Schioppa e Saccomanni, as exigências institucionais do M-IMS tenderão para um padrão que mais se assemelhe às instituições de um Estado singular (fruto de uma integração internacional plena, que permita, por exemplo, uma autoridade monetária centralizada, regras rígidas e uniformes) do que a instituições pautadas em acordos existentes entre Estados (como hoje). Convém registrar que há importantes iniciativas dos países desenvolvidos para suprirem a lacuna institucional: o Comitê da Basiléia é um exemplo disso (1994, p. 262).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMANN, Renato. Uma visão econômica da globalização. In: BAUMANN, Renato (Org.). *O Brasil e a economia global*. Rio de Janeiro: Campus, SOBEET,1996. p. 33-51.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad.: Magda Lopes. São Paulo: Ed. UNESP, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Trad.: Sérgio Bath. Brasília: Ed. UnB, 1997.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* v. 68, n. 2. Brasília: TST, abr.-jun. 2002, p. 67-85.

_____. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do Direito Brasileiro. Nova série* nº 6. Brasília: Ed. UnB, jul.-dez. de 1998, p. 233-250.

. CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Trad. Loura Silveira. *Filosofia Política* n. 2, 1985, p. 7-25. Disponível em: <http://caosmose.net/candido/unisinos/fa/benjamin.doc>, acesso em: 23 mar. 2004.
CROUCH, Colin; EDER, Klaus *et* TAMBINI, Damian. Introduction: dilemmas of Citizenship. *Citizenship, markets and the state*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001.
CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Crise econômica e possíveis perspectivas jurídico-sociais. *Rev. direito GV* vol. 5, n. 2, 2009, p. 343-358. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322009000200004>.
DEMO, Pedro. *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. Campinas: Editora Autores Associados, 1995.
EDER, Klaus. Social movements and democratic order. In: CROUCH, Colin *et al*. *Citizenship, markets, and the state*. New York: Oxford University Press, 2001.
EICHENGREEN, Barry. *A globalização do capital: uma história do sistema monetário internacional*. Trad. Sérgio Blum. São Paulo: Ed. 34, 2002.
EICHENGREEN, Barry; KENEN, Peter B. Managing the world economy under the Bretton Woods System: an overview. In: KENEN, Peter B. (Ed.). *Managing the world economy: fifty years after Bretton Woods*. Washington: Institute for International Economics, 1994.
FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.
_____. Prefácio. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Repensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002b.
FIORI, José Luís. De volta à questão da riqueza de algumas nações. In: FIORI, José Luís (Org.). *Estados e moedas no desenvolvimento das nações*. Petrópolis: Vozes, 2001.
GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.
GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e Crítica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
GRIFFITH-JONES, Stephany; SUNKEL, Osvaldo. *O fim de uma ilusão: as crises da dívida e do desenvolvimento na América Latina*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1990.
GUSMÃO, Luís Augusto Sarmento Cavalcanti de. Constant e Berlin: a liberdade negativa como a liberdade dos modernos" In: SOUZA, Jessé (Org.) *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Ed. UnB, 2001.
HOBSBAWM, Eric. *O novo século. Entrevista a Antonio Polito*. Trad. do italiano para o inglês: Allan Cameron. Trad. do inglês para o português e cotejo com a ed. italiana: Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.
LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.
MARSHALL, T. H. *Cidadania e classe social*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.
MEJÍA, María Luisa Sánchez. Estudio Preliminar. In: CONSTANT, Benjamin. *Escritos políticos*. Trad. María Luisa Sánchez Mejía. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1988.
PADOA-SCHIOPPA, Tommaso; SACCOMANNI, Fabrizio. Managing a maket-led global financial system. In: KENEN, Peter B. (Ed.). *Managing the world economy: fifty years after Bretton Woods*. Washington: Institute for International Economics, 1994.
PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Economia brasileira: uma introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Ed. 34, 1997.
POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 7. ed. Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
PROCACCI, Giovanna. Ciudadanos pobres, la ciudadania social y la crisis de los estados del bienestar. In: GARCÍA, Soledad e LUKES, Steven (Org.). *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1999.
_____. Poor Citizens: Social citizenship versus individualization of welfare. In: CROUCH, Colin *et al*. *Citizenship, markets, and the state*. New York: Oxford University Press, 2001.
QUINTAS, Fábio Lima. *Direito e economia: o poder normativo da Administração Pública na gestão da política econômica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Ed UFG; Brasília: Ed. UnB, 1997.
SANT'ANA, José Antônio. *Economia monetária: a moeda em uma economia globalizada*. Brasília: Ed. UnB, 1997.
SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2002.

_____. A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado. Artigo apresentado em *Seminário sobre Sociedade e Reforma do Estado*, promovido pelo extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE) em São Paulo, de 26 a 28 de março de 1998.
_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Cortez, 1996.
_____. Reiventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: HELLER, Agnes *et al.*. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
SOMERS, Margaret. Romancing the market, reviling the state. In: CROUCH, Colin *et al*. *Citizenship, markets, and the state*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 31.
THE ECONOMIST. *The origins of the financial crisis*, set. de 2013. Disponível em: <http://www.economist.com/news/schoolsbrief/21584534-effects-financial-crisis-are-still-being-felt-five-years-article>, com último acesso em: 20 jul. 2014.
VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Ed. Fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
WEFFORT, Francisco C. A cidadania dos trabalhadores. In: LAMOUNIER, Bolivar *et al*. (Org.). *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: Ed. T. A. Queiroz, 1981.
ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. J. J. Gomes Canotilho (Coord.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Fábio Lima Quintas

fabioquintas@idp.edu.br |

Professor vinculado ao programa de mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Universidade de São Paulo (2013)
Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (2005)

RECEBIDO EM 29.07.2014 | APROVADO EM 04.12.2014

UMA PROPOSTA ESQUECIDA – O BANCOR

Nicole Julie Fobe

A FORGOTTEN PROPOSAL – THE BANCOR

RESUMO

Este artigo insere-se no campo do direito monetário, e tem por objetivo fazer um levantamento da proposta de Keynes no contexto das discussões políticas e econômicas, em Bretton Woods, acerca do futuro da regulação monetária internacional. A abordagem aqui delineia principalmente o que constituiu a proposta da *International Clearing Union* e um desdobramento em particular – o bancor. Muito embora tenha sido descartado com as demais propostas de Keynes, o sistema Bretton Woods acabou consagrando as propostas de Harry Dexter White e, consequentemente, a hegemonia dos Estados Unidos no sistema financeiro internacional. Ademais, o bancor serviu de inspiração ao que hoje é conhecido como Direito Especial de Saque (*Special Drawing Rights*), unidade de conta utilizada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI).

O levantamento foi realizado com base em leitura de textos do autor, artigos acadêmicos especializados e em atas das reuniões ocorridas em Bretton Woods.

PALAVRAS-CHAVE

Bretton Woods; Bancor; Direito Especial de Saque; Fundo Monetário Internacional; Keynes.

ABSTRACT

This paper approaches the field of monetary law and monetary policy, specifically regarding the Keynes' International Clearing Union proposal in the Bretton Woods economic and political context. It also describes and deepens some of the current international monetary system's elements, such as the special drawing rights and one of the ICU's originally imagined products, the bancor. The bancor, even though discarded along with most of Keynes' proposals – which stated Harry Dexter White's and, consequently, the United States hegemony in the international financial system – would be later inspiring the today known as Special Drawing Rights, accounting unit used by the International Monetary Fund (IMF).

The research was conducted based on the author's writings, on specialized academic articles and on transcripts of the meetings held on Bretton Woods.

KEYWORDS

Bretton Woods; Bancor; Special Drawing Rights; International Monetary Fund; Keynes.

1 O Contexto de Surgimento

Pouco antes do fim da Segunda Guerra Mundial, em julho de 1944, aconteceu nos Estados Unidos a Conferência de Bretton Woods, que teria por objetivo a discussão de novas políticas financeiras e monetárias de maneira global. Participaram da reunião representantes diplomáticos e governantes das 44 nações aliadas, que terminaram

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201418

não apenas por estabelecer novas regras e padrões ao sistema monetário internacional como por reforçar a hegemonia norte-americana no cenário político e econômico mundial.

As ideias trazidas em Bretton Woods e posteriormente implantadas foram um reflexo direto da experiência dos EUA durante e após a Grande Depressão – período de crise que teve início com a quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929, e se desenrolou ao longo dos anos 1930, influenciando largamente as propostas de política econômica desenvolvidas naquele momento. Os EUA buscavam, em primeiro lugar, uma forma de reforçar o intervencionismo estatal enquanto padrão essencial à criação de políticas públicas eficientes, garantindo uma participação ativa do Estado na promoção e na implantação de políticas públicas, econômicas e sociais. Além disso, enquanto vencedor da Segunda Guerra Mundial e líder das nações aliadas, os Estados Unidos seriam os únicos capazes de financiar as demais nações no pós-guerra. Era essencial, então, não apenas garantir uma maneira mais rápida e fácil de realizar aportes de capitais – como empréstimos ou o repasse por meio de um fundo comum, o que seria posteriormente realizado pelo BIRD – como também assegurar que o empenho de dólares na reconstrução dos países afetados pela guerra tivesse como contrapartida uma preponderância política do país credor. Assim, os representantes norte-americanos rechaçaram quaisquer propostas que implicassem um gasto excessivo por parte da nação aliada ou que não garantissem o poder de mando por parte dos Estados Unidos no que diz respeito ao montante eventualmente desembolsado (ASHERMAN, 1983-1984, p. 246-247; LASTRA, 2000, p. 508-510; WILLIAMS, 1944-1945, p. 43).

Das discussões concluídas, que ficaram polarizadas principalmente entre as propostas do Reino Unido – protagonizadas por John Maynard Keynes – e as norte-americanas – apresentadas por Harry Dexter White –, resultaram o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e a fixação do dólar enquanto padrão internacional para operações de câmbio. Fixou-se, portanto, a criação de um fundo comum cuja participação majoritária – tanto em termos econômicos como em termos políticos – seria de responsabilidade dos EUA. Isso significa que os Estados Unidos contribuiriam com uma parcela proporcionalmente maior em relação aos demais países, mas ao mesmo tempo obteriam mais quotas no sistema de governança do fundo comum, que seria responsável por oferecer empréstimos a fim de equilibrar déficits no balanço de pagamentos, ao passo que o BIRD atuaria como um banco de fomento aos países subdesenvolvidos, com escopo no financiamento de infraestrutura e serviços básicos, bem como na reconstrução dos países no pós-guerra.

2 O conceito e justificativa por trás do Bancor

O FMI surge, portanto, para sanar, no pós-guerra, eventuais desequilíbrios nas balanças

comerciais dos países e, com isso, promover a continuidade e posterior desenvolvimento do comércio internacional. A ideia de um "fundo" comum para a promoção do comércio entre países foi trazida, de diferentes formas, tanto por John Maynard Keynes quanto por Harry Dexter White – sendo a proposta de Keynes mais ousada e abrangente: criação de uma Câmara de Compensações Internacionais (*International Clearing Union*), instituição que teria por objetivo capitalizar de 30 a 35 bilhões de dólares americanos para, em primeiro lugar, saldar as dívidas advindas do período da Segunda Guerra – permitindo, assim, um começo "limpo" das balanças comerciais nas novas transações pós-guerra – e, em segundo lugar, financiar o comércio internacional a longo prazo. A capitalização inicial teria como pressuposto a criação de um fundo comum, cujos recursos viriam do saldo positivo dos países superavitários. A partir desse fundo inicial, seriam realizados empréstimos para alçar os países deficitários à condição de transacionar internacionalmente.

A *International Clearing Union* (ICU) seria uma espécie de banco central mundial que centralizaria as transações entre países – representados por seus respectivos bancos centrais. O objetivo paralelo da instituição seria a criação de um novo sistema monetário internacional por meio do bancor, cuja única função seria facilitar transações internacionais e estabelecer um padrão monetário que não dependesse de flutuações cambiais ou políticas que variassem de país para país. O bancor, assim, foi concebido como uma moeda puramente escritural, a ser utilizada única e exclusivamente pelos bancos centrais em sede internacional a fim de facilitar as diferentes transações entre países.[1] Após a capitalização inicial, seriam criadas quotas de acordo com o volume comercial dos países no período pré-guerra. Essas quotas seriam expressas em uma nova unidade de medida internacional – o bancor.

Keynes visava, com a instituição de um novo padrão monetário internacional, sanar dois problemas que, segundo ele, eram inerentes ao padrão-ouro, até então utilizado nas transações comerciais internacionais. Em primeiro lugar, o ouro, por ser um recurso natural, tem disponibilidade limitada na natureza. Esse fato, por si só, já inviabiliza um crescimento vertiginoso da economia, uma vez que, quanto maior o volume das transações comerciais, maior a exigência de meio circulante para embasá-las. Se o meio circulante é insuficiente para acompanhar o crescimento econômico, mais cedo ou mais tarde haverá um problema de liquidez e, com isso, a impossibilidade de realização de novas transações. Além disso, Keynes apontava também o problema do ajuste assimétrico, um déficit na balança comercial de um país que se desenvolveu mais do que seus parceiros. Um país que possui uma renda maior do que os demais tende a canalizar um maior número de bens importados para a sua economia interna, o que gera um desequilíbrio na sua balança comercial (mais importações do que exportações). No padrão-ouro, viam-se duas saídas para este cenário: ou o país deficitário implantava barreiras e desestímulos à importação de bens estrangeiros ou ele necessitaria de empréstimos para cobrir o seu balanço negativo – o que

não poderia ser feito de forma contínua. O problema do padrão-ouro, na visão de Keynes, era que o sistema terminava por forçar os países deficitários a reduzir sua renda como forma de, paralelamente, reduzir suas importações. Keynes defendia que, na contramão de todo país com um déficit comercial, há países com superávits comerciais (ASHERMAN, 1983-1984, p. 245; LASTRA, 2000, p. 511). A melhor alternativa seria, assim, que os países superavitários aumentassem sua renda a fim de absorver mais importações, promovendo um desenvolvimento econômico concomitante internacionalmente, sem que medidas restritivas reduzissem o volume de transações. A criação de regras monetárias internacionais e a adoção de um meio de pagamento que não fosse afetado pela rigidez da escassez natural seriam formas essenciais de contribuir para um desenvolvimento pleno da economia no período pós-guerra. O bancor, enquanto moeda escritural, possibilitaria a criação de uma liquidez desatrelada de fatores naturais e, paralelamente, tornaria possível que o país deficitário não fosse sempre o único a arcar com desequilíbrios fáticos entre balanças comerciais.[2]

A proposta de um banco central mundial foi rejeitada durante as diversas discussões que ocorrem em Bretton Woods, em razão de dois principais fatores. Primeiro, a criação de uma moeda não física, puramente escritural, era algo ousado demais para um sistema acostumado a lastrear suas transações em ouro. Além disso, abdicar do ouro ou mesmo do dólar implicaria também abdicar de uma certa parcela de soberania e, consequentemente, de poder, no cenário político internacional – o que não é exatamente um fator positivo na exposição de uma proposta. Segundo, a capitalização inicial – avaliada em torno de US$ 30 bilhões – seria bancada quase integralmente pelos Estados Unidos: afinal, não apenas os EUA contavam com a maior quantidade de dólares do mundo naquele momento, como também eram os únicos a ter a possibilidade de "produzir" a quantia necessária pelo seu banco central. Inundar o mercado americano de dólares traria graves consequências à economia, o que foi considerado um fator decisivo para a rejeição da proposta keynesiana.

O grande vencedor de Bretton Woods, os Estados Unidos, foi representado por Harry Dexter White nas discussões acerca do novo sistema monetário internacional a entrar em vigor. White via como essencial a manutenção dos fluxos comerciais, e não dos fluxos de capitais. Suas propostas estavam centradas no crescimento e proteção do comércio internacional, funções a serem exercidas por um Fundo de Estabilização (em contraposição à Câmara de Compensações proposta por Keynes). Esse Fundo de Estabilização, uma versão preliminar do Fundo Monetário Internacional, contaria com um "baú" de diferentes moedas nacionais, a serem utilizadas posteriormente nas distintas transações comerciais entre países. "A criação de liquidez internacional continuaria dependendo, assim, das políticas monetárias dos países que emitissem essas moedas internacionalmente aceitas." (CARVALHO, [s.d.], p. 9). O plano de White, nesse sentido, não previa nem a criação de liquidez nem a correção do ajuste assimétrico levantado por Keynes.[3]

A primazia americana no período pós-guerra foi então sedimentada com a criação de um fundo internacional no valor de 5 milhões de dólares,[4] sobre o qual os EUA contavam com 25% dos votos, e culminou com a adoção do dólar enquanto padrão monetário no comércio internacional.[5]

No início dos anos 1960, a política inflacionária adotada pelos Estados Unidos começou a impactar a economia mundial. Na prática, a adoção de uma moeda nacional enquanto meio de pagamento internacional resultou na dependência global direta ao dólar e, indiretamente, às suas políticas econômicas. A contradição do sistema monetário, que posteriormente levou ao fracasso do sistema presidido pelo dólar, residia no fato de que, quanto mais dólares em circulação, menor a confiança na moeda norte-americana. Afinal, o banco central dos EUA podia imprimir moeda, criá-la sem lastro, como e quando bem entendesse. Com o comércio internacional em franco desenvolvimento, a carência por dólares crescia vertiginosamente – entretanto, a demanda crescente deixou de confiar na oferta crescente da moeda americana. Essa contradição ficou conhecida como paradoxo de Triffin,[6] por ter sido levantada pelo professor Robert Triffin em seu livro *A crise do ouro e do dólar*. O paradoxo de Triffin levou à suspensão, em 1971, da indexação do dólar ao ouro e, consequentemente, do "abandono" oficial do dólar enquanto moeda padrão nas transações internacionais.

3 Direito Especial de Saque (DES) e seu papel no Fundo Monetário Internacional

Com o declínio do dólar, surge, no âmbito do FMI, a discussão acerca dos *Special Drawing Rights* (SDR), ou Direito Especial de Saque. Em teoria, os SDR deveriam assumir três funções, constituindo uma figura mista entre moeda, crédito e reservas: a) somar-se ao dólar enquanto reserva monetária; b) atuar enquanto unidade de medida para transações internacionais; e c) substituir o ouro nas transações realizadas no âmbito do FMI. A terceira função foi desempenhada automaticamente com o colapso do padrão ouro, a primeira função nunca foi implantada e a segunda função é a única que, de fato, continua em vigor.[7] A primeira emissão de SDR se deu em 1974 a partir de uma capitalização inicial de US$ 9,5 bilhões,[8] sendo que os valores foram realocados de acordo com as quotas de cada país membro. Os SDR são a unidade de medida utilizada nas transações entre FMI e países membros, e podem ser trocadas tanto diretamente entre os próprios membros como alocada pelo FMI a algum país como, por exemplo, na forma de um empréstimo.[9] Desde a sua criação, em 1969, houve 32 transações realizadas em SDR, sendo que 19 delas aconteceram após 2009.[10]

Em agosto de 2009, no auge da crise econômica que teve início em 2008, o FMI editou uma série de medidas[11] visando à promoção da utilização dos SDR no contexto do comércio internacional. Houve uma nova capitalização, totalizando SDR 204 bilhões, com a distribuição de novas quotas aos membros que aderiram ao FMI

pós-1981 – já que esses países, por não estarem presentes nas primeiras duas realocações (em 1970 e 1979), ainda não possuíam contas com SDR.

Basicamente, portanto, os SDR são uma unidade de medida – não podendo ser categorizada nem como moeda nem como crédito (são, antes, um direito a crédito, a ser posteriormente traduzido na moeda correspondente) – utilizada pelo FMI como estratégia para aumentar a liquidez internacional. Antes do colapso "oficial" do sistema Bretton Woods em 1973, o seu valor era calculado na paridade 1 SDR = 1 dólar.[12] Atualmente, o cálculo é feito com base em uma cesta de moedas,[13] constituída por quatro moedas-chave ao comércio internacional (dólar, euro, iene e libra esterlina, ver Tabela 1), existindo 204 bilhões de SDR em circulação (o equivalente a US$ 316 bilhões).[14]

TABELA 1 – **CÁLCULO DA QUANTIDADE DE MOEDAS NA NOVA CESTA DE DES** (DADOS DE 30 DE DEZEMBRO DE 2010)

MOEDA	(1) PESO INICIAL (COTA)	(2) QUANTIDADE ILUSTRATIVA DE MOEDAS[15]	(3) CÂMBIO EM 30/12/2010[16]	(4) EQUIVALENTE EM DÓLAR
EURO	37.4	0.4230	1.32500	0.560475
IENE JAPONÊS	9.4	12.1000	81.63000	0.148230
LIBRA ESTERLINA	11.3	0.1110	1.54350	0.171329
DÓLAR	41.9	0.6600	1.00000	0.660000
SDR1 = US$[17]				1.54003

Valor de cada moeda no cálculo de SDR. Fonte: página do FMI.[18]

4 ATUAIS LIMITAÇÕES DO DES E NOVAS PROPOSTAS PARA A COORDENAÇÃO MONETÁRIA

Desde o colapso do sistema financeiro em 2008, tem-se discutido tanto no próprio FMI como no ambiente acadêmico uma utilização mais ampla dos SDR, uma vez que o sistema já está em vigor e insere-se em um espaço de debate e cooperação internacional. No entanto, como visto anteriormente, em 40 anos de funcionamento, o número de operações utilizando a unidade de medida ainda não ultrapassou a marca dos 50. A proposta original mais ambiciosa de Keynes – de criação de um verdadeiro meio de pagamento a nível global – encontraria certamente diversos entraves políticos

– e mesmo econômicos – à sua implantação, principalmente tendo em mente o sistema de quotas adotado pelo FMI e a estrutura de poder daí decorrente.

O sistema de governança do FMI instituído com a criação do órgão refletiu de forma significativa a hegemonia norte-americana consagrada no período pós-guerra. Os Estados Unidos possuem um dos oito assentos permanentes da Diretoria Executiva do órgão (os demais são ocupados por Japão, Alemanha, França, Reino Unido, China, Rússia e Arábia Saudita) e, por deterem também o maior número de quotas com direito a voto (por volta de 17%), são o único país a possuir, na prática, direito de veto sobre todas as decisões tomadas.[19]

A proporcionalidade entre poder político e contribuição econômica, no entanto, não necessariamente é algo a ser combatido. Em primeiro lugar, quando da criação do sistema de governança do Fundo, os Estados Unidos não teriam contribuído financeiramente com um projeto de reconstrução que não lhes garantisse, em contrapartida, um poder de decisão correspondente quanto à condução das políticas de empréstimo. A participação majoritária norte-americana foi, assim, uma condição à sua adesão ao órgão, e a presença americana – ou, melhor, dos recursos americanos – foi essencial à revitalização da economia dos países afetados pela Segunda Guerra. Não fosse o investimento norte-americano, o cenário comercial internacional teria demorado décadas para se erguer. Cumpre lembrar também que um eventual descasamento entre poder político e investimento econômico pode levar a discrepâncias significativas no nível supranacional, como é o exemplo da União Europeia. Muito embora a Alemanha seja a maior economia do bloco e tenha inclusive financiado países de potencial econômico inferior nos últimos anos,[20] a sua história – com duas guerras mundiais – e complexo de culpa – decorrente do seu "passado negro" que perdura até hoje –, levaram a um poder político não correspondente à sua participação financeira na comunidade europeia. Isso significa, basicamente, que a Alemanha "paga a conta", mas não possui poder suficiente para promover decisões acerca de uma política tributária comum, ou medidas mais austeras de empréstimos e financiamento de dívidas. Em suma, o descompasso entre participação política e participação econômica pode levar a discrepâncias contraprodutivas dentro do sistema, e isso acaba por ir de encontro ao interesse dos seus próprios membros.

Talvez fosse interessante, em vez de focar as críticas aos SDR no sistema de governança do FMI – que certamente não é perfeito e poderia ser tornado mais justo e atualizado ao atual contexto mundial –, promover o fortalecimento de um meio de pagamento comum, como foi ambicionado por Keynes nas discussões de Bretton Woods. Isso poderia ser alcançado, em um primeiro momento, por meio da expansão do uso dos SDR não apenas como unidade de medida, e sim efetivamente como moeda transacionável, sendo que o controle das operações seria feito exclusivamente no âmbito do FMI. Assim, os países poderiam começar a adimplir obrigações entre si em SDR (saldando dívidas e oferecendo crédito, por exemplo), e a utilização de

SDR não estaria restrita somente a transações para e com o Fundo. Esperar que a governança seja reformada primeiro para, em um segundo momento, promover uma reforma do sistema monetário e financeiro internacional é uma proposta que tende a ser rejeitada pelos países hegemônicos, que temem perder sua influência e poder de decisão no âmbito do FMI.

Após a crise de 2008, surgem ou recrudescem no mundo cada vez mais formas alternativas de pagamento entre privados – como é o caso do Bitcoin e das demais moedas virtuais, das moedas sociais, clubes de troca e demais meios de pagamento paralelos – com o objetivo de contornar a escassez de moeda, fugir ao controle errático dos bancos centrais sobre as políticas monetárias nacionais e promover o desenvolvimento por meio da circulação de ativos. Mais cedo ou mais tarde, essa tendência atingirá também o cenário internacional. Quer SDR quer outro mecanismo inovador, fato é que os fluxos comerciais têm exigido um maior volume de recursos financeiros, o que demanda em contrapartida uma maior liquidez e a existência e circulação de ativos estáveis, que garantam segurança ao mercado. O bancor, proposta esquecida após as discussões de Bretton Woods, configura a ideia de uma moeda única global que garantiria, ao mesmo tempo, um desenvolvimento do comércio internacional e uma unificação de políticas monetárias e financeiras. Talvez, com o fortalecimento crescente das relações comerciais entre países no contexto da globalização e a indefinição crescente acerca dos limites da soberania nacional, a ideia de uma política monetária e de uma política financeira comuns torne-se pouco a pouco mais palatável e, quem sabe, também venha a ser, no futuro, possível.

NOTAS

1 "Uma operação de exportações, por exemplo, envolveria o recebimento por um banco no país importador da receita de venda dos bens, sua transferência para o banco central daquele país, que faria a transferência do valor correspondente em *bancor* para a conta do país exportador, cujo banco central entregaria o contravalor em moeda local ao exportador." (CARVALHO, [s.d.], p. 7)

2 O Plano Keynes previa ainda a imposição de uma multa em bancor ao país superavitário que se recusasse a expandir sua demanda como forma de contribuir para a absorção das exportações de um país deficitário. Dessa forma, a "responsabilidade" sobre um déficit em balança comercial seria repartida entre ambos, não sobrecarregando a economia do país com balanço negativo. Além disso, se um país superavitário tivesse um valor que excedesse determinado limite, a ICU subtrairia o valor excedente e o colocaria em um fundo comum. Essa "subtração" também tinha como objetivo incentivar países superavitários a aumentar o seu nível de absorção de exportação de outros países.

3 White trouxe, em suas propostas, a possibilidade de criação de uma unidade de conta chamada *unitas*, a ser utilizada no âmbito do FMI como forma de facilitar cálculos de transações. Diferentemente do *bancor*, o *unitas* não foi concebido como meio de troca, ou seja, não poderia promover o pagamento de transações.

4 Enquanto no Plano White os EUA deveriam contribuir com US$ 3,2 milhões dentre os US$ 5 milhões que constituiriam o fundo, o Plano Keynes requereria um dispêndio de aproximadamente US$ 23 milhões por parte do país norte-americano.

5 Na Seção 1(a), Artigo IV do documento constitutivo do Fundo Monetário Internacional, ficou instituído que *"The par value of the currency of each member shall be expressed in terms of gold as a common denominator or in terms of the United States dollar of the weight and fineness in effect on July 1, 1944"*.

6 "[O] mundo todo precisava de dólares para poder acomodar a expansão do comércio internacional, mas dólares se tornavam disponíveis para outros países quando os Estados Unidos tinham déficits em suas operações externas e pagavam pela diferença enviando dólares ao exterior, aumentando a liquidez internacional; esse aumento de liquidez, contudo, ao ser gerado por déficits nos pagamentos dos Estados Unidos, contribuía para enfraquecer a confiança no próprio dólar. Quanto mais liquidez fosse criada, maior seria a desconfiança no valor da moeda americana." (CARVALHO, [s.d.], p. 11)

7 Sobre a composição dos Direitos Especiais de Saque e o porquê da sua denominação, Duncan Cameron enuncia: *"What was created when the SDR account suddenly appeared on the books of the IMF? Was it money? Credit? Reserves? The short answer is that SDRs are a hybrid of all three. Because each of the standard terms was a 'loaded phrase' and had acquired political connotations over the course of the protracted negotiations, it was necessary to find a neutral expression; thus 'drawing rights', with 'special' being added to distinguish them from ordinary drawings within the IMF"* (CAMERON, 1980-1981, p. 724).

8 Naquele momento, os SDR totalizavam 4% das reservas mundiais de capital.

9 Os empréstimos calculados em SDR também têm os seus respectivos juros calculados com base na unidade de medida. Os valores são atualizados diariamente e estão disponíveis no *site* do FMI: <http://www.imf.org/external/np/fin/data/sdr_ir.aspx>. Acesso em: 27 jul. 2014.

10 Todas as informações referentes aos SDR foram retiradas do *site* do FMI: <http://www.imf.org/ external/about/sdr.htm#members>. Acesso em: 21 nov. 2014.

11 As medidas são explicitadas pelo próprio FMI no *site* disponível em: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/ sdr.HTM>. Acesso em: 21 nov. 2014.

12 À época, também era possível adquirir 1 SDR com o equivalente a 0.888671 gramas de ouro – valor "em espécie" do dólar.

13 O cálculo é revisado a cada cinco anos pelo Comitê Executivo do FMI, momento em que se analisa o peso de cada moeda no cenário comercial a fim de providenciar o equilíbrio do valor do SDR. A próxima revisão será em 2015.

14 Informações retiradas do *site* do FMI. Íntegra disponível em: <https://www.imf.org/external/np/exr/facts/sdr.HTM>. Acesso em: 27 jul. 2014.

15 As quantidades de moeda são baseadas no valor de câmbio médio durante o período de 1º de outubro a 30 de dezembro de 2010.

16 O câmbio do Iene japonês está expresso em termos de unidade monetária por dólar; os demais câmbios foram expressos em dólar por unidade monetária.

17 O valor arredondado, em dólares, de uma unidade de DES.

18 Para os valores atualizados diariamente, ver a cotação em <http://www.imf.org/external/np/fin/data/rms_sdrv.aspx>, acesso em 27 jul. 2014.

19 As grandes decisões no FMI (como é o caso das alterações estatutárias) devem ser tomadas por maioria qualificada de 85% dos votos. Assim, os EUA têm um poder de veto "legal", especificado nos estatutos, e um poder de veto "fático", baseado no fato de deterem 17% dos votos.

20 É o caso, por exemplo, dos aportes financeiros feitos pelo país no âmbito do Fundo Europeu de Estabilização Financeira (EFSF) e do Mecanismo Europeu de Estabilidade (ESM). No primeiro, a Alemanha investiu 211 bilhões de euros (de um total de 440 bilhões de euros que constituem o Fundo. Dados retirados de planilha do EFSF. Disponível em: <http://www.efsf.europa.eu/attachments/faq_en.pdf>, acesso em: 11 dez. 2014). Já no Mecanismo Europeu de Estabilidade a Alemanha aparece como a maior investidora de recursos, representando 27% do capital investido. Dados retirados dos estatutos da organização, que podem ser consultados no *site* disponível em: <http://www.esm.europa.eu/about/legal-documents/index.htm>, acesso em: 21 nov. 2014.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASHERMAN, Jeanne. "The International Monetary Fund: A History of Compromise", 18 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 235 1983-1984.
CAMERON, Duncan. "Special drawing rights", 36 *International Journal* 713 1980-1981.
CARVALHO, Fernando Cardim. *Bretton Woods aos 60 anos*. Disponível em: <www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/bretton_woods_aos_60_anos.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2014.
INTERNATIONAL CLEARING UNION, *HL* Deb 18 May 1943 vol. 127 cc521-64. Disponível em: <http://hansard.millbanksystems.com/lords/1943/may/18/international-clearing-union>. Acesso em: 25 jul. 2014.
KEYNES, John M. *Proposals for an International Currency (Clearing) Union*, 11 fev. 1942.
LASTRA, Rosa Maria. "The International Monetary Fund in Historical Perspective", *Journal of International Economic Law*, 2000.
WEST, Philip J. "Special Drawing Rights, the United States Dollar and the World's Monetary Reserves". *Australian International Law Journal 36*, 1994-1995.
WILLIAMS, John. "International Monetary Plans after Bretton Woods". *23 Foreign Aff.* 38 1944-1945.
XIAOCHUAN, Zhou. "Reform the international monetary system", *BIS Review* 41/2009.

Nicole Julie Fobe

nicole.fobe@fgv.br |

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo
Mestranda em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas

RECEBIDO EM 30.07.2014 | APROVADO EM 20.01.2015

CONTROLES DE CAPITAL: 70 ANOS DE VAI E VEM

Bruno Meyerhof Salama

CAPITAL CONTROLS: 70 YEARS OF BACK AND FORTH

RESUMO

Este texto descreve a evolução do Direito Monetário Internacional, atinente aos controles de capitais, desde a edição do Acordo de Bretton Woods até os dias atuais. A empreitada é relevante tanto por suprir uma lacuna importante na bibliografia jurídica brasileira, quanto por causa da recente retomada por parte de diversos governos na utilização de controles de capitais.

PALAVRAS-CHAVE

globalização financeira; Bretton Woods; controles de capital; FMI.

ABSTRACT

This article describes the evolution of International Monetary Law as it applies to capital controls from the enactment of the Bretton Woods Agreement until today. This undertaking is relevant for it fills an important gap in Brazilian legal scholarship, and also because several governments have recently resumed employing capital controls.

KEYWORDS

financial globalization; Bretton Woods; capital controls; IMF.

Introdução

A narrativa convencional sobre a história da globalização financeira ao longo do século XX é pendular e pode ser assim resumida.[1] O século, que embalado pela difusão do padrão ouro, iniciara-se sob o signo otimista de uma intensa globalização financeira, pautada por fluxos de capitais praticamente irrestritos, já estava, a partir de 1914, de volta à guerra total e à autarquia. A breve recuperação dos padrões de cooperação global durante a década de 1920 foi liquidada pelo *crash* de 1929, momento a partir do qual os países centrais foram sequencialmente abandonando o padrão ouro e passaram a utilizar instrumentos de política monetária para pôr em prática uma verdadeira *guerra cambial*.

Em 1944, na ressaca da Segunda Grande Guerra, as potências vencedoras desenhavam, no histórico tratado de Bretton Woods, a arquitetura financeira que caracterizaria

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201419

o pós-guerra. Ainda sob um sentimento generalizado de reação aos mercados – e aos mercados financeiros em particular –, esse sistema substituía o padrão ouro da virada do século pelo padrão ouro-dólar, e buscava impulsionar o comércio sem internacionalizar as finanças.[2] Tal esquema, no entanto, entraria em colapso a partir de 1971. Livre das amarras do câmbio fixo, a globalização financeira ganharia então novo e decisivo impulso, o qual só seria arrefecido a partir de meados da década de 1990, quando a eclosão de variadas e profundas crises poriam novamente os méritos e os caminhos da abertura financeira novamente em questão.

Esse grande e bem conhecido arco histórico constitui o ponto de partida para a presente análise da globalização financeira. Aqui, entretanto, a discussão está delimitada de diversas maneiras. Primeiro, do ponto de vista da abrangência histórica, limito-me a discutir o período posterior à conferência de Bretton Woods. Segundo, quanto ao objeto, enfoco apenas um dos aspectos institucionais mais relevantes e controversos da globalização financeira, a saber, a disciplina dos controles de capital. Terceiro, quanto ao método, trato não dos aspectos conceituais de política, economia e relações internacionais que compõem a volumosa literatura sobre controles de capital, mas sim daquele que é o pão de cada dia do estudioso do direito – a regra jurídica. Desse modo, recorro a discussões mais abrangentes sobre a globalização financeira de modo pontual, e apenas na medida do necessário para compor o quadro narrativo de forma minimamente organizada. Quarto, ainda quanto ao escopo, deixo de lado discussões sobre a dinâmica e operação dos controles de câmbio em países específicos para tratar mais pontualmente do Direito Internacional aplicável.[3]

Antes de prosseguir, convém justificar melhor a ênfase do presente texto nos controles de capital. No Brasil, os estudos jurídicos sobre o tema são bastante escassos[4] – o que é surpreendente. Como já expus detalhadamente em outras oportunidades,[5] os controles de câmbio têm elevada juridicidade e correm constantemente o risco de serem objeto de judicialização.[6] Segue que, apesar de modesto em escopo e em tamanho, o presente estudo contribui para preencher relevante lacuna bibliográfica.

Cabe também definir precisamente o objeto deste estudo, porque a expressão "controle de capital" presta-se a equívocos semânticos. É que os termos "câmbio" e "capital" são muitas vezes utilizados alternativamente e, por isso, é comum confundirem-se as expressões "controle de câmbio" e "controle de capital". Na verdade, são coisas diferentes: controle de câmbio é o gênero, do qual os controles de capital são uma espécie.

Os controles de câmbio são regramentos sobre o fluxo internacional de moeda, ou seja, instrumentos utilizados pelos governos para tributar, monitorar, condicionar ou proibir operações de troca ou envio de moedas entre países ou pessoas localizadas em diferentes países. Já os controles de capital são a espécie de controle de câmbio que diz respeito às operações registradas na conta capital e financeira do país. Os principais alvos dos controles de capital são, então, os investimentos e os empréstimos

internacionais. A outra principal espécie de controles de câmbio são os controles de conta corrente, que dizem respeito ao comércio de bens e serviços internacionais.

1 O Sistema de Bretton Woods

Como parte dos esforços para reavivar a cooperação econômica internacional no rescaldo da Segunda Guerra Mundial, as potências vencedoras negociaram uma arquitetura financeira internacional. Em julho de 1944, elas se reuniram em Bretton Woods, New Hampshire, para a Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas.[7] Naquele que pode ser propriamente descrito como um foro multilateral para regulação do sistema monetário internacional, os países estabeleceram um sistema internacional calcado na liberalização do comércio, financiado por um sistema bancário doméstico e fechado e com taxas de câmbio fixas.[8] Na concepção inicial, a estabilidade do sistema dependeria da conversibilidade de várias moedas nacionais em dólar dos EUA, que era, por sua vez, conversível em ouro. Surgia assim o padrão dólar-ouro, sistema em que as moedas nacionais estavam atreladas ao dólar americano, que, por sua vez, tinha uma cotação fixa em ouro.

A partir da negociação de Bretton Woods surgiram também o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD, que adiante deu origem ao Banco Mundial) e, de particular relevância para os presentes fins, o Fundo Monetário Internacional, popularmente conhecido pelo ressonante acrônimo de FMI. Mais especificamente, o FMI teve sua existência formal estabelecida em dezembro de 1945, quando, no dia 29, seus países-membros assinaram o tratado estabelecendo seu Convênio Constitutivo.

Com a criação do FMI, seus países-membros aceitaram colaborar reciprocamente para assegurar arranjos cambiais ordenados e promover um sistema estável de taxas de câmbio fixas.[9] Esta foi uma mudança importante, porque anteriormente à Segunda Guerra a adesão a sistemas cambiais – notadamente ao padrão-ouro – fora basicamente voluntária.[10] A entrada em vigor do sistema de Bretton Woods fez tábula rasa da doutrina jurídica até então prevalente de que o poder de cada país para determinar a taxa de câmbio de sua moeda seria inerente à sua soberania nacional. Estabeleceu-se, assim, um Direito Monetário Internacional.[11] Naquele momento, e pela primeira vez na história,[12] a política cambial passou a ser tema para avaliação, deliberação e endosso pela comunidade internacional.[13]

Controles de capital foram, e ainda são, um componente central dos estatutos do FMI. Tal documento deu um tratamento substancialmente diferente para as operações de conta corrente e de conta de capital. Por um lado, avançou-se vigorosamente na liberalização das contas correntes dos países-membros. A lógica da liberalização das operações de conta corrente foi a de que o comércio internacional de bens não podia ser liberalizado sem a liberação também dos meios de pagamentos para

o comércio.[14] Assim, nos termos do Artigo VIII do Convênio Constitutivo do FMI, os países-membros foram proibidos de criar arranjos monetários discriminatórios, de adotar práticas de câmbios múltiplos ou de impor restrições a pagamentos internacionais correntes sem a autorização do FMI.[15] O acordo constitutivo do FMI estabeleceu apenas duas exceções para tais proibições às restrições da conta corrente. Primeiro, no âmbito da "cláusula de moeda escassa" (*scarce currency clause*), o Fundo foi autorizado a limitar a troca de uma moeda escassa durante tempos de depressão econômica. Até o momento, no entanto, o FMI nunca fez uso de tais poderes.

Mas o mesmo não pode ser dito a respeito da outra exceção à proibição dos controles da conta corrente. Reconhecendo a fragilidade das nações no pós Segunda Guerra Mundial, o Artigo XIV, Seção 2, da carta de constituição do FMI autorizou os países-membros a fazer uso de um período de transição indefinido antes da supressão dos controles da conta corrente.[16] Mas, como nunca houve um fim estipulado para esse prazo, essa lacuna efetivamente permitiu a numerosos países-membros evitarem a liberalização das suas contas correntes por um longo período de tempo, e, em alguns casos, assim permanecem até hoje.

Ao tempo da promulgação dos estatutos do FMI, essa tolerância para com os controles de contas correntes foi apresentada como um compromisso provisório – não como uma solução permanente.[17] Como o FMI rapidamente abandonou a ideia original de ser também uma instituição de comércio,[18] as preocupações sobre restrições das contas correntes encontraram finalmente seu caminho no GATT 1947, e subsequentemente na Organização Mundial do Comércio (OMC).[19]

Enquanto os controles de contas correntes foram, desde o início, vistos como arranjos transitórios, os controles de contas de capital foram originalmente vistos como uma característica permanente da arquitetura financeira global.[20] O acordo constitutivo do FMI conferiu amplos poderes aos governos nacionais para a criação de controles de capital.[21] Como um símbolo do compromisso do FMI com o livre-mercado, houve uma limitação de tais poderes, no sentido de que controles de capital não deveriam interferir com os pagamentos relativos a transações correntes.[22] No mesmo espírito, dois itens que geralmente eram classificados pelos macroeconomistas como "transferências de capital" foram reclassificados pelo Convênio Constitutivo do FMI como pagamentos por transações correntes internacionais.[23]

O Convênio Constitutivo do FMI também estabeleceu dois mecanismos de execução de suas disposições. O primeiro seriam os poderes de vigilância[24] baseados no Artigo IV. Assim, países-membros devem periodicamente enviar ao FMI informações sobre suas políticas cambiais. Isso inclui as então chamadas "Consultas do Artigo IV", discussões bilaterais com o Fundo, realizadas em base anual, para debater o desenvolvimento econômico e político dos países.[25] O dever de vigilância do FMI é limitado pela obrigação de respeitar as diretrizes políticas e sociais domésticas dos países-membros.[26] Esta é uma obrigação importante, porque, em nenhum momento, o

Convênio Constitutivo autorizou ao Fundo, por exemplo, requerer que os países eliminassem seus controles de capital.[27]

O segundo mecanismo seria ligar *condicionalidades* aos empréstimos do FMI.[28] As condicionalidades são compromissos políticos que um país mutuário faz quando recebe um empréstimo do FMI[29] e que podem tomar forma de ações prévias, critérios de desempenho quantitativo, ou parâmetros estruturais não quantificáveis.[30] A base legal para sua adoção pode ser encontrada em específicos dispositivos do Convênio os quais requerem que o Fundo dê empréstimos com "a salvaguarda adequada".[31] Como as condicionalidades em princípio servem ao propósito de garantir que o país mutuário conseguirá restaurar o crescimento e reembolsar o FMI no vencimento dos empréstimos. Com o tempo, o Fundo diversas vezes usou tais exigências para orientar mudanças estruturais mais amplas nos mercados financeiros internacionais. Nem sempre com sucesso, todavia.

2 Pós-Bretton Woods

O dólar assumiu a posição de moeda de reserva no sistema de Bretton Woods.[32] Mas no final dos anos 1960, políticas monetárias expansionistas dos EUA, em parte desenhadas a financiar os esforços da Guerra no Vietnã, minaram a confiança na capacidade do dólar servir como reserva de valor.[33] Quando as contas em dólar internacionalmente realizadas definitivamente passaram a superar as reservas monetárias de ouro dos EUA, diversos países europeus, especialmente a França, passaram a trocar dólares excedentes por ouro.[34] Em resposta, os Estados Unidos unilateralmente declararam a inconversibilidade do dólar em ouro. Com isso, o dólar não pôde mais ser usado para suportar a estabilidade internacional dos preços. A partir de 1971, o sistema de taxa de câmbio fixa entre as principais moedas entrou em colapso e logo foi substituído por taxas de câmbio flutuantes.

A desintegração do sistema de Bretton Woods veio associada a uma transformação importante na política e no pensamento econômico internacional. Perdeu força o pensamento Keynesiano em favor das perspectivas liberais. A partir de então, controles de capital passaram a cada vez mais serem pensados como prejudiciais, e não benéficos, para a estabilidade e o desenvolvimento econômico. Essa virada fez parte de um movimento político e intelectual mais amplo, mais tarde denominado neoliberalismo ou Consenso de Washington.

Nesse contexto, controles de contas de capital foram rapidamente eliminados nos países desenvolvidos. O processo começou em 1973-1974 nos Estados Unidos,[35] Canadá, Alemanha e Suíça, e, em poucos anos, basicamente nenhum país desenvolvido tinha mais os estritos controles de capital delineados a partir da concepção de Bretton Woods. A Grã-Bretanha aboliu seus controles em 1979, o Japão começou no mesmo ano e continuou o processo nos anos de 1980, a França, em 1989, e a Irlanda e Portugal, em 1993.[36]

Durante a década de 1990, a maioria dos países em desenvolvimento se viu sob intensa pressão para também eliminar seus controles de capital.[37] Um momento culminante ocorreu em 1997 quando o FMI esteve próximo de alterar o Artigo VI de sua carta constitutiva. Tal alteração teria proibido os países-membros de imporem controles sobre a movimentação de capital sem a aprovação do Fundo.[38] A inesperada e severa crise financeira do leste asiático deflagrada em 1997, no entanto, reduziu a credibilidade dos defensores da liberalização financeira, e, assim, os 85% dos votos necessários para a alteração do Artigo VI jamais foram alcançados. Sem a mudança no seu estatuto, o FMI teve que permanecer na retaguarda: coube aos atores privados (tais como bancos e investidores) darem as cartas no "jogo" da liberalização dos controles de capital.[39]

O colapso do sistema de Bretton Woods também impulsionou a redução dos controles de conta corrente pelo mundo afora. Nos principais países da Europa ocidental a conversibilidade das contas correntes já tinha sido atingida no final da década de 1950.[40] Mas a remoção progressiva dos controles de capital e o aumento dos fluxos de capital transfronteiriço colocaram pressão adicional sobre os países em desenvolvimento para também eliminarem seus controles de contas correntes. Na terminologia do FMI, eliminar os controles de contas correntes seria adquirir o "status do Artigo VIII" (*Article VIII status*), uma referência implícita ao dispositivo no Convênio Constitutivo do FMI estabelecendo a obrigação de evitar colocar restrições aos pagamentos correntes.

Nos anos seguintes, a aderência ao status do Artigo VIII foi maciça. Para se ter uma ideia, durante a década de 1980, apenas 18 países-membros haviam aceitado o status do Artigo VIII. Mas, em 2002, esse número já tinha subido para 153 (incluindo os 24 fora dos 32 que tinham se tornados membros depois de 1990).[41] E, em 2010, nada menos do que 166 dos 185 países-membros já estavam sob tal status.[42]

As aparências, no entanto, podem ser enganosas. A maioria dos países-membros do FMI ainda possui tipos sutis de controles de capital e conta corrente, apesar da adesão formal ao status acima referido.[43] Um padrão comum é a substituição de esquemas de autorização por esquemas de monitoramento de pagamentos internacionais. De fato, a linha separando um "controle" de câmbio de uma "restrição" do Artigo VIII é pequena, e a lição é que a adesão formal ao status do Artigo VIII pode ser menos significativa do que parece *a priori*. A implicação é que, na prática, a adoção de mecanismos discretos de controle das contas correntes permanece uma possível estratégia regulatória no Direito Monetário Internacional, mesmo para os aderentes do Artigo VIII.

A substituição do Sistema de Bretton Woods foi também associada à proliferação de novos foros multilaterais de regulação financeira internacional – a maioria deles produzindo o que estudiosos do Direito Internacional convencionaram chamar de *soft law*, em vez de tratados formais de Direito Internacional, de que são exemplos eloquentes os estatutos do FMI.[44] O novo panorama regulatório internacional sobre regulação

financeira inclui não apenas antigos membros, como o Banco de Compensações Internacionais (*Bank for International Settlements – BIS*), mas também o Comitê de Supervisão Bancária de Basiléia (*Basel Committee on Banking Supervision – BCBS*), os vários "Gs" (G-2, G-7, G-10 e o cada vez mais importante G-20), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Fórum de Estabilidade Financeira (*Financial Stability Board – FSB*), a Organização Internacional das Comissões de Valores (*International Organization of Securities Commissions – IOSCO*), e a Associação Internacional de Supervisores de Seguro (*International Association of Insurance Supervisors – IAIS*), entre outros. Todas essas instituições parecem operar em cooperação com o FMI e o Banco Mundial, embora, na prática, às vezes existam conflitos.[45] Tentativas para criar uma proposta de uma Autoridade Financeira Mundial que substituiria ambos têm falhado até agora, e permanecem improváveis de prosperarem em um futuro próximo.[46]

3 A nova ascensão dos controles cambiais

Duas crises financeiras internacionais de grandes proporções restabeleceram um pensamento mais complacente para com a imposição de controles de câmbio no fluxo monetário transfronteiriço. A primeira eclodiu na Tailândia em 1997, e logo se espalhou para Indonésia, Coreia do Sul, Filipinas, Malásia, Singapura, China e Taiwan. Em meio a temores de contágio financeiro mundial e crise-econômica, tumultos logo se disseminaram para o Norte da Ásia, América Latina, e países da Europa Ocidental. Por volta de 1998, um terço do globo tinha sido empurrado para recessão. Em reação, ganhou força entre os economistas a tese de que países com conjunturas macroeconômicas frágeis, ou cujos sistemas financeiros estavam inadequadamente capitalizados ou regulados, deveriam empregar controles temporários de capital com vistas a prevenir o acúmulo de passivos externos de curto prazo.[47]

À ocasião, o FMI patrocinou uma série de estudos sobre os impactos da liberalização dos controles de capital na frequência e extensão de crises financeiras.[48] No final, aquela crise fez mais para trazer o problema da mobilidade de capital de volta para o debate político e econômico do que para reverter a aversão aos controles de câmbio no *mainstream* dos macroeconomistas e políticos.[49] Como a economia internacional recuperou-se em seguida, o consenso permaneceu sendo o da hostilidade para o controle dos fluxos internacionais de capital.[50] Tanto assim, que um relatório da OCDE emitido em 2002 elogiou o México e a Coreia por terem acelerado, e não suspendido, a liberalização dos controles de câmbio em resposta às severas crises pelas quais haviam passado durante a década de 1990.[51]

Entretanto, a erupção de uma nova e mais severa crise em 2007-2008 parece estar mudando essa visão de um modo mais fundamental. Uma interpretação regularmente ventilada é que os controles de capital poderiam ter minimizado os impactos não desejados dos choques externos, particularmente nos países em desenvolvimento.[52] Além

disso, desde 2009, os fluxos de capital para os mercados emergentes recuperaram-se, mas o atual episódio é caracterizado por uma predominância de influxos de carteiras voláteis.[53] Embora a ocorrência da postulada *guerra cambial* permaneça ainda controversa,[54] muitos países em desenvolvimento ao redor do mundo têm recentemente estabelecido novos tipos de controles de capital.[55] Países nessa posição incluem China, Índia, vários países do Leste Asiático, Islândia, Brasil, Chile, Colômbia, Peru, África do Sul, Turquia. E a lista parece continuar crescendo.[56]

Conclusão

O acordo constitutivo do Fundo Monetário Internacional previu em 1944 a existência de controles de capital entre os países signatários. O declínio no emprego de controles de capital, especialmente a partir da década de 1970, foi, num primeiro momento, descrito como sinal de que tais controles seriam inescapavelmente ineficientes, impróprios à interconectividade das finanças globalizadas e simplesmente fadados a falhar. Não durou muito.

Desde as crises sucessivas iniciadas em meados da década de 1990 (primeiro México e, adiante, sudeste asiático, Rússia, Brasil e Argentina), e com ainda mais intensidade após a crise internacional de 2008, a credibilidade dos controles de capital foi gradualmente reabilitada. No que já foi referido como "o fim de uma era"[57] – a era da irrefreável mobilidade de capital –, mesmo organizações internacionais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Asiático de Desenvolvimento hoje passaram a endossar o uso limitado de controles de capital.[58]

Os resultados da adoção de controles de capital nos tempos atuais são, no entanto, bastante incertos. Os mercados financeiros globais submeteram-se a mudanças estruturais profundas desde a queda do sistema de Bretton Woods. Primeiro, este sistema visava suportar o comércio global e não as finanças globais. Não por outro motivo todo o arranjo estava baseado em mercados financeiros nacionais fechados, fluxos de capitais limitados e taxas de câmbio fixas.[59] Mas os mercados financeiros de hoje são basicamente globais e altamente inovadores, os fluxos de capital são bem menos restritos e a maioria dos países tem adotado taxas flutuantes – embora com flutuação *suja*, e também com a notável exceção de nada menos que a China, gigante econômico que ainda tem o câmbio controlado politicamente.

Segundo, o sistema de Bretton Woods operou sob a incontestada liderança dos Estados Unidos. No entanto, a ascensão da China e de outras potências emergentes agora desafia as bem estabelecidas filosofias regulatórias inspiradas nos EUA, se não a própria liderança norte-americana. Por fim, este sistema oferecera uma estrutura de governança econômica global articulada. Em contraste, os atores dos mercados financeiros de hoje interagem na ausência de um quadro econômico, institucional e legal claro. Em meio ao vaivém, quem viver verá.

NOTAS

1 Sobre o tema, ver EICHENGREEN, B. J. *Globalizing capital: a history of the international monetary system*. Princenton: Princenton University Press, 1996; OBSTFELD, M.; TAYLOR, A. M. *Globalization and capital markets*. NBER Working Paper nº 8846, Cambridge, mar. 2002. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w8846.pdf>. Acesso em: 19 de novembro de 2014. Essas são narrativas que enfocam principalmente o papel das políticas governamentais. É possível também conduzir essa narrativa sob outros ângulos, particularmente o da evolução tecnológica, que alegadamente cria forças irresistíveis para os estados, forçando-os a aderir a padrões internacionais de intercâmbio e relacionamento financeiro. Cf. COHEN, B. J. Phoenix risen: the resurrection of global finance. World politics, Cambridge, v. 48, n. 2, p. 268-296, jan. 1996; e HELLEINER, E. *States and the reemergence of global finance: from Bretton Woods to the 1990s*. New York: Cornell University Press, 1994.

2 Sobre o tema, ver SALAMA, B. M. De onde viemos? inovação e resposta regulatória na indústria bancária no pré-crise. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 325-342, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/default/files/deondeviemosbrunosalama.pdf>. Acesso em: 19 de novembro de 2014.

3 Para uma discussão do caso brasileiro, ver o ótimo FRANCO, G. H. B.; PINHO NETO, D. M. A desregulamentação da conta de capitais: limitações macroeconômicas e regulatórias. *Texto para discussão n. 479 do Departamento de Economia da PUC-RIO*, Rio de Janeiro, mai. 2004. Disponível em: <http://www.econ.puc-rio.br/pdf/td479.pdf>. Acesso em: 16 de dezembro de 2014. Ver também SALAMA, B. M. *Controles de câmbio no Brasil: teoria e prática*, no prelo (capítulo de livro); *idem*. Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais,* v. 50, n. 13, p. 157-184, out./dez. 2010. Para uma discussão dos casos americano, australiano, argentino e canadense, ver GOLDSMITH, R. W. *Comparative national balance sheets: a study of twenty countries, 1688-1978*. Chicago: Chicago University Press, 1985. Sobre o caso europeu ver o clássico KINDLEBERGER, C. P. *A financial history of Western Europe*. London: George Allen & Unwin, 1984.

4 FONSECA, H. B. da. *Regime jurídico do capital estrangeiro*. Rio de Janeiro: Letras e Artes, 1963; ANDRADE JUNIOR, A. de S. L. *O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979; CORTEZ, T. M. *Moeda, Estado e Direito: o papel do Estado na ordem monetária e seu controle*. São Paulo, 2004, 235 f. Tese (Doutorado Faculdade de Direito) Universidade de São Paulo; REGO, A. L. C. *Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil*. São Paulo, 2010, 351 f. Tese (Doutorado Faculdade de Direito) Universidade de São Paulo.

5 Cf. SALAMA, B. M. The art of law and macroeconomics. *University of Pittsburgh Law Review*, Pittsburgh, v. 74, n. 2, p. 131-177, 2012; *idem*. *Controles de câmbio no Brasil: teoria e prática*, no prelo (capítulo de livro); *idem*. Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 50, n. 13, p. 157-184, out./dez. 2010; *idem*. Vigência, punibilidade e licitude: três questões sobre as operações blue chip swaps e o decreto 23.258/33. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 64, n. 17, p. 197-209, abr./jun. 2014.

6 Se levarmos em conta propostas de levar a discussão cambial para a Organização Mundial do Comércio (OMC), a disputa internacional com elevado grau de juridicidade pode inclusive se expandir. Sobre o tema, ver THORSTENSEN, V.; RAMOS, D.; MÜLLER, C. Trade regulation of exchange rates. *FGV - Center on Global Trade and Investment Study*, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/Dir-GV-%28VF%29%20Trade%20regulation%20of%20exchange%20rates%20%2023.05.14.pdf>. Acesso em: 16 de dezembro de 2014.

7 MYRUS, R. From Bretton Woods to Brussels: a legal analysis of the exchange-rate arrangements of the international monetary fund and the european community. *Fordham Law Review*, New York, v. 62, n. 7, p. 2095-2124, 1994. O FMI começou operações em 1º de Março de 1947. Depois daquele ano, a França tornou-se o primeiro país a tomar empréstimo do FMI (cf. FMI. *Cooperation and reconstruction (1944-71)*. Sítio do FMI, Washington. Disponível em: <https://www.imf.org/external/about/histcoop.htm>. Acesso em: 21 de novembro de 2014).

8 WEBER, R. H.; ARNER, D. W. Toward a new design for international financial regulation. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Philadelphia, v. 29, n. 2, p. 391-453, 2007. Cf. NURKSE, R. *International currency experience: lessons of the inter-war period*. Geneva: League of Nations, 1944 (resumindo a justificativa para a adoção de taxas de câmbio fixas).

9 FMI. *Convênio Constitutivo do FMI*, Artigo IV, Seção 1.

10 ZAMORA, S. Sir Joseph Gold and the development of international monetary law. *The International Lawyer*, Dallas, v. 23, n. 4, p. 1009-1026, 1989.

11 Ver MYRUS, nota 7 acima.

12 Ver ZAMORA, nota 10 acima. Cf. MANN, F. A. *The legal aspect of money*. 4ª edição. Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 506 (argumentando que o direito consuetudinário internacional antes de Bretton Woods impôs regras e obrigações afirmativas concernentes a questões monetárias sobre os estados).

13 Ver MYRUS, nota 7 acima.

14 ZAMORA, S. Regulating the global banking network – what role (if any) for the IMF? *Fordham Law Review*, New York, v. 62, n. 7, p. 1953-1973, 1994.

15 FMI. *Convênio Constitutivo do FMI*, Artigo VIII, Seção 2(a). Sobre várias práticas cambiais, ver: LICHTENSTEIN, C. C. International jurisdiction over international capital flows and the role of the IMF: plus ça change... *In*: GIOVANOLI, M. (Org.). *International Monetary Law*: *Issues for the New Millennium*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 61-80; FMI. Monetary and capital markets department. *Annual Report on Exchange Arrangements and Exchange Restrictions 2006*. Washington, 2006, 1340 p. Sobre restrições cambiais, cf. FMI. Departamento Jurídico. Article VIII and Article XIV. *In*: _____ (Org.). *Selected decisions and selected documents of the International Monetary Fund*. Washington: FMI, 2012, p. 585-607 (especificamente, a seção "Artigos VIII e XIV", referente à Decisão n. 1034-(6027), de 1° de junho de 1960, p. 590-592). Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sd/2012/123111.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2014; GOLD, J. The code of conduct. *In*: HORSEFIELD, J. K. (Org.). *The international monetary fund 1945-1965*: twenty years of international monetary cooperation, v. 2. Washington: International Monetary Fund, 1969, p. 547-566; UKPABI, U. C. Juridical substance or myth over balance-of-payment: developing countries and the role of the international monetary fund in the world trade organization. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 26, n. 2, p. 701-736, 2005. p. 712-713; e FMI. Departamentos Monetário e do Sistema Financeiro e Jurídico. *Article VIII Acceptance by IMF Members: Recent Trends and Implications for the Fund* (especificamente item 8 na p. 3). 26 de maio de 2006. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2006/052606.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2014.

16 FMI. *Convênio Constitutivo do FMI*, Artigo XIV, Seção 2.

17 RODRIK, D. *Greek lessons for the world economy*. Project Syndicate: The World's Opinion Page, 11 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.project-syndicate.org/commentary/greek-lessons-for-the-world-economy>. Acesso em: 19 de novembro 2014.

18 Ver UKPABI, nota 15.

19 Ver Acordo Geral de Tarifas e Comércio, 30 de outubro de 1947, arts. XII e XVIII. Para uma revisão dos dispositivos legais centrais governando o FMI/OMC: SIEGEL, D. E. Legal aspects of the IMF/WTO relationship: the fund's articles of agreement and the WTO agreements. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 96, p. 561-621, 2002, p. 567.

20 Cf. LICHTENSTEIN, nota 15 *supra* (observando que ao contrário às opiniões de Inglaterra, que acabou por prevalecer, os Estados Unidos teriam preferido que todos os controles de câmbio, incluindo controles de capital, fossem tratados como anormal, estreito e temporário). Ver RODRIK, nota 17 acima.

21 Ver FMI. *Convênio Constitutivo do FMI*, Artigo VI, Seção 3, e VI, Seção 1, (a). Cf. também EDWARDS, R. W. *International Monetary Collaboration*. New York: Transnational Publishers, 1985. p. 380-490 (examinando as regras do FMI sobre controles cambiais).

22 Ver FMI. *Convênio Constitutivo do FMI*, Artigo VIII, § 2(a).

23 Ver LICHTENSTEIN, nota 15. GOLD, J. *International capital movements under the law of the international monetary fund*. Washington: Fundo Monetário Internacional, 1977 (Pamphlet series n. 21).

24 FMI. *Convênio Constitutivo do FMI*, Artigo IV, Seção. 3. O Artigo IV foi reformulado em 1978 a partir da Segunda Emenda ao Convênio Constitutivo do FMI. Cf. FMI. *Article IV of the fund's articles of agreement: an overview of the legal framework* (preparado pelo Departamento Jurídico, em consulta com o Departamento de Revisão e de Desenvolvimento de Políticas). 28 de junho de 2006. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2006/062806.pdf>. Acesso em: 24 de novembro de 2014.

25 FMI. *Making the global economy work for all*: Annual Report of 2008. 2008, p. 20-21. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2008/eng/pdf/ar08_eng.pdf>. Acesso em: 27 novembro de 2014.

26 FMI. *Convênio Constitutivo do FMI*, Artigo IV, Seção 3.

27 Ver ZAMORA, nota 10 ("Qual é o papel do FMI em ajudar os membros a lidar com as consequências dos movimentos de capitais? Mais uma vez, o papel do FMI é, em grande parte, um não-papel") (tradução livre).

28 Ver NEWBURG, A. The changing roles of the Bretton Woods institutions: evolving concepts of conditionality. *In*: GIOVANOLI, M. (Org.). *International monetary law*: *Issues for the New Millennium*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 81-96; FMI. *IMF Conditionality (IMF Factsheet)*, 2014. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/conditio.htm>. Acesso em: 19 de novembro 2014.

29 Ver FMI. *IMF guidelines on conditionality* (preparado pelos Departamentos de Revisão e de Desenvolvimento de Políticas e Jurídico, em consulta com outros departamentos). 25 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.imf.org/External/np/pdr/cond/2002/eng/guid/092302.htm>. Acesso em: 19 de novembro 2014.

30 Recentemente, o FMI introduziu, pela primeira vez na sua história, linhas de crédito que não incluem condições de programas *ex-post*. Ver *IMF conditionality (IMF factsheet)*, nota 29 acima.

31 Ver FMI. *Convênio Constitutivo do FMI*, Artigo I, (v), e V, Seção 3, bem como Artigo XXX, (b).

32 BORDO, M. D. The Bretton Woods international monetary system: a historical overview. *In*: BORDO, M. D.; EICHENGREEN, B. J. (Orgs.). *A retrospective on the Bretton Woods system: lessons for international monetary reform*. Chicago: University of Chicago Press, 1993. p. 3-108, p. 47-48.

33 Ver MYRUS, nota 7.

34 Sobre o tema, ver e.g. BELLUZZO, L. G. *Os antecedentes da tormenta: origem da crise global*. São Paulo: UNESP, 2009, p. 285-286.

35 CONGRESSIONAL QUARTERLY. Interest Equalization Tax. Congress and the Nation, 1973-1976, vol. IV, 1977, p. 85.

36 OBSTFELD, M.; TAYLOR, A. M. The great depression as a watershed: international capital mobility over the long run. *In*: BORDO, M. D.; GOLDIN, C.; WHITE, E. N. (Orgs.). *The defining moment: the great depression and the american economy in the twentieth century.* University of Chicago Press, 1998. p. 353-402. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c6900.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014; ver EICHENGREEN, B. *et al*. Liberalizing capital movements: some analytical issues, *IMF Economic Issues*, n. 17, fev. 1999. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/issues/issues17/>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.

37 KRISTOF, N. D.; SANGER, D. E. How U.S. wooed Asia to let cash flow in. *The New York Times*, New York, 16 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1999/02/16/world/how-us-wooed-asia-to-let-cash-flow-in.html>. Acesso em: 21 de novembro de 2014. Ver MATHIESON, D. J.; ROJAS-SUAREZ, L. Liberalization of the capital account: experiences and issues. *IMF Working Paper nº 92/46*, Washington, jun. 1992. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=884797>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.

38 Ver TRUMAN, Edwin M. (Org.). *Reforming the IMF for the 21st century* – Special Report 19. Washington: Peterson Institute for International Economics, 2006, p. 189.

39 Ver ZAMORA nota 14; e EICHENGREEN *et al*. nota 36 acima (documentando que não há um claro padrão de

tempo para os países em desenvolvimento).

40 COPELAND, L. *Exchange rates and international finance*. 4ª edição. Harlow: Pearson Education Ltd., 2005, p. 10-40.

41 Ver SIEGEL, nota 19 *supra*.

42 E apenas 19 continuavam a se apoiar nos arranjos do Artigo XIV. Vide FMI. *IMF members' quotas and voting power, and IMF governors*. Sítio oficial do FMI. 27 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/sec/memdir/members.aspx>. Acesso em: 27 de novembro de 2014; FMI. monetary and capital markets department. *Annual report on exchange arrangements and exchange restrictions 2008*. Washington, 2008, 1602 p, p. 27.

43 FMI. Monetary and capital markets department. *Annual report on exchange arrangements and exchange restrictions 2008*. Washington, 2008, 1602 p, p. 6.

44 Sobre o tema, ver SALAMA, B. M. De onde viemos? Inovação e resposta regulatória na indústria bancária no pré-crise. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 325-342, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/default/files/deondeviemosbrunosalama.pdf>. Acesso em: 19 de novembro de 2014; e BRUMMER, C. *Soft law and the global financial system: rule making in the 21st century*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

45 Ver GIOVANOLI, M. A New architecture for the global financial market: legal aspects of international financial standards setting. *International monetary law: issues for the new millennium*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 3-60.

46 Ver EATWELL, J.; TAYLOR, L. Global finance at risk: the case for international regulation. New York: New Press, 2000.

47 Ver RODRIK, D. Who needs capital account convertibility? *Princeton essays in international finance n. 207*, Princeton, p. 55-64, 1998. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~ies/IES_Essays/E207.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014; STIGLITZ, J. E. *Globalization and its discontents*. New York: W. W. Norton & Company, 2002; ROGOFF, K. S. Rethinking capital controls: when should we keep an open mind?. *Finance & development*, Washington, v. 39, n. 4, Dec. 2002. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2002/12/rogoff.htm>. Acesso em: 21 de novembro de 2014; CALVO, G. A.; REINHART, C. M. Fear of floating. *The Quarterly Journal of Economics,* Oxford, v. 117, n. 2, p. 379-408, 2002. Disponível em: <http://qje.oxfordjournals.org/content/117/2/379.short>. Acesso em: 21 de novembro de 2014; MUSSA, M. Factors driving global economic integration. *Working paper*, Washington, 25 de agosto de 2000. Trabalho apresentado em Jackson Hole, Wyoming, em um Simpósio patrocinado pelo Federal Reserve Bank da cidade do Kansas sobre "Global Opportunities and Challenges". Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/speeches/2000/082500.htm>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.

48 Os artigos estão disponíveis no sítio do FMI em: <http://www.imf.org/external/pubs/cat/shortres.cfm?TITLE=&auth_ed=&subject=Capital+account+liberalization&ser_note=All&datecrit=During&YEAR=&Lang_F=All&brtype=Date&start=1&display=20>. Acesso em: 21 de novembro de 2014. Ver ROGOFF, nota 47 acima.

49 Sobre o tema, ver SALAMA, B. M. The art of law and macroeconomics. *University of Pittsburgh Law Review*, Pittsburgh, v. 74, n. 2, p. 131-177, 2012.

50 MCKINNON, R. I. Limiting moral hazard and reducing risk in international capital flows: the choice of an exchange rate regime. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Philadelphia, v. 579, n. 1, p. 200-218, 2002, p. 201; ver FISCHER, S. Capital-account liberalization and the role of the IMF. *Princeton Essays in International Finance n. 207*, Princeton, p. 1-10, 1998. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~ies/IES_Essays/E207.pdf>. Acesso em: 17 de dezembro de 2014; e *idem*. On the need for an international lender of last resort. *Journal of Economic Perspectives*, New York, v. 13, n. 4, p. 85-104, 1999. Disponível em: <http://aida.econ.yale.edu/~nordhaus/Econ154_Fall_2008/fischer_last_resort.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.

51 OCDE. Directorate for financial, fiscal and enterprise affairs. *Forty years' experience with the OECD code of liberalisation of capital movements: summary and conclusions*, out. 2002. p. 3. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/2510947.pdf>. Acesso em: 25 de novembro de 2014.

52 Ver, por exemplo, KRUGMAN, Paul. Capital control freaks – how Malaysia got away with economic heresy. *Slate. the dismal science – the search for better economic policy*, 27 de setembro de 1999. Disponível em: <http://www.slate.com/articles/business/the_dismal_science/1999/09/capital_control_freaks.html>. Acesso em: 16 de dezembro 2014.

53 FMI. *Recent Experiences in Managing Capital Inflows – Cross-Cutting Themes and Possible Policy Framework*. Sítio oficial do FMI. 14 de fevereiro de 2011. p. 3. Trabalho preparado pelo Departamento de Revisão, de Estratégia e de Política, e em consulta com os Departamentos Jurídico, Monetário e de Mercados de Capitais, de Pesquisa e outros departamentos. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/021411a.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.

54 THE ECONOMIST. Currency wars: fumbling towards a truce. *The Economist*, London, 14 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.economist.com/node/17252006>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.

55 CAMPODONICO, H. IMF: Abandoning some sacred cows?. *Third world resurgence*, n. 235, mar. 2010. p. 3-4. Disponível em: <http://www.twnside.org.sg/title2/resurgence/2010/235/econ1.htm>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.

56 Ver Recent experiences in managing capital inflows – cross-cutting themes and possible policy framework, nota 53 acima.

57 Ver e.g. RODRIK, D. *The end of an era in finance*. Project Syndicate: The World's Opinion Page, 11 de março de 2010. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/the-end-of-an-era-in-finance>. Acesso em: 19 de novembro de 2014. Ver também BOSWORTH, B.; FLAAEN, A. America's financial crisis: the end of an era. *ADBI Working Paper nº 142*, Tokyo, 2009. Disponível em: <http://www.adbi.org/files/2009.07.21.wp142.america.financial.crisis.end.era.pdf>. Acesso em: 19 de novembro de 2014.

58 Ver FMI. *The liberalization and management of capital flows: an institutional view*. Washington, 2012, 48 p. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2012/111412.pdf>. Acesso em: 16 de dezembro de 2014; OSTRY, J. D. *et al*. Capital inflows: the role of controls. *IMF Staff Position Note SPN/10/04*, 19 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/spn/2010/spn1004.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014; OSTRY, J. D. *et al*. Managing capital inflows: what tools to use?. *IMF Staff Discussion Note SDN/11/06*, 5 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2011/sdn1106.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014; e ASIAN DEVELOPMENT BANK. *Asia capital markets monitor*. mai. 2010. Mandaluyong, 2010. 77 p. Disponível em: <http://asianbondsonline.adb.org/events/2010/asia_capital_markets_monitor/acmm_2010.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014. Cf. também GALLAGHER, K. The IMF, Capital Controls and Developing Countries. *Economic & Political Weekly,* v. XLVI, n. 19, 7 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/gallagherepwcapitalcontrols.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.

59 Para uma discussão do caso Brasileiro, ver SALAMA, B. M. Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 50, n. 13, p. 157-184, out.-dez. 2010.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE JUNIOR, A. de S. L. *O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1979.
ASIAN DEVELOPMENT BANK. *Asia capital markets monitor.* Maio 2010. Mandaluyong, 77 p. Disponível em: <http://asianbondsonline.adb.org/events/2010/asia_capital_markets_monitor/acmm_2010.pdf>. Acesso em 21 de novembro de 2014.
BELLUZZO, L. G. Os antecedentes da tormenta: origem da crise global. São Paulo: Ed. Unesp, 2009.
BORDO, M. D. The Bretton Woods international monetary system: a historical overview. *In:* BORDO, M. D.; EICHENGREEN, B. J. (Orgs.). *A retrospective on the Bretton Woods system: lessons for international monetary reform.* Chicago: University of Chicago Press, 1993, p. 3-108.

BOSWORTH, B.; FLAAEN, A. America's financial crisis: the end of an era. *ADBI Working Paper nº 142,* Tokyo, 2009. Disponível em: <http://www.adbi.org/files/2009.07.21.wp142.america.financial.crisis.end.era.pdf>. Acesso em: 19 de novembro de 2014.
BRUMMER, C. Soft law and the global financial system: rule making in the 21st century. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
CALVO, G. A.; REINHART, C. M. Fear of floating. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford, v. 117, n. 2, p. 379-408, 2002. Disponível em: <http://qje.oxfordjournals.org/content/117/2/379.short>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.
CAMPODONICO, H. IMF: Abandoning some sacred cows? *Third World Resurgence*, n. 235, mar. 2010. p. 3-4. Disponível em: < http://www.twn.my/title2/resurgence/2010/235/econ1.htm>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.
COHEN, B. J. Phoenix risen: the resurrection of global finance. *World Politics*, Cambridge, v. 48, n. 2, p. 268-296, janeiro 1996.
CONGRESSIONAL QUARTERLY. Interest Equalization Tax. Congress and the Nation, 1973-1976, v. IV, 1977.
COPELAND, L. *Exchange rates and international finance*. 4ª edição. Harlow: Pearson Education Ltd., 2005.
CORTEZ, T. M. *Moeda, Estado e Direito: o papel do Estado na ordem monetária e seu controle*. São Paulo, 2004, 235 f. Tese (Doutorado Faculdade de Direito) Universidade de São Paulo,.
EATWELL, J.; TAYLOR, L. Global finance at risk: the case for international regulation. New York: New Press, 2000.
EDWARDS, R. W. *International monetary collaboration*. New York: Transnational Publishers, 1985.
EICHENGREEN, B. J. Globalizing capital: a history of the international monetary system. Princeton: Princeton University Press, 1996.
EICHENGREEN, B. *et al*. Liberalizing capital movements: some analytical issues, *IMF Economic Issues*, n. 17, fev. 1999. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/issues/issues17/>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.
FISCHER, S. Capital-account liberalization and the role of the IMF. *Princeton Essays in International Finance n. 207*, Princeton, p. 1-10, 1998. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~ies/IES_Essays/E207.pdf>. Acesso em: 17 de dezembro de 2014.
_____. On the need for an international lender of last resort. *Journal of Economic Perspectives*, New York, v. 13, n. 4, p. 85-104, 1999. Disponível em: <http://aida.econ.yale.edu/~nordhaus/Econ154_Fall_2008/fischer_last_resort.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.
FMI. *Convênio Constitutivo do FMI*, 1944, conforme alterado pelas emendas subsequentes.
_____. *Article IV of the fund's articles of agreement: an overview of the legal framework* (preparado pelo Departamento Jurídico, em consulta com o Departamento de Revisão e de Desenvolvimento de Políticas). 28 de junho de 2006. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2006/062806.pdf>. Acesso em: 24 de novembro de 2014.
_____. *Cooperation and reconstruction (1944-71)*. Sítio do FMI, Washington. Disponível em: <https://www.imf.org/external/about/histcoop.htm>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.
_____. Departamento jurídico. article VIII and article XIV. *Selected decisions and selected documents of the international monetary fund*. Washington, 2012. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sd/2012/123111.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2014.
_____. Departamentos monetário e do sistema financeiro e jurídico. *Article VIII acceptance by IMF members: recent trends and implications for the fund*. 26 de maio de 2006. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2006/052606.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2014.
_____. *IMF conditionality (IMF factsheet)*, 2014. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/conditio.htm>. Acesso em: 19 de novembro de 2014.
_____. *IMF guidelines on conditionality* (preparado pelos Departamentos de Revisão e de Desenvolvimento de Políticas e Jurídico, em consulta com outros departamentos). 25 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.imf.org/External/np/pdr/cond/2002/eng/guid/092302.htm>. Acesso em: 19 de novembro de 2014.
_____. *IMF members' quotas and voting power, and IMF governors*. Sítio oficial do FMI. 27 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/sec/memdir/members.aspx>. Acesso em: 27 de novembro de 2014.
_____. *Making the global economy work for all: annual report of 2008*. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2008/eng/pdf/ar08_eng.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2014.
_____. Monetary and capital markets department. *Annual report on exchange arrangements and exchange restrictions 2006*. Washington, 2006, 1340 p.

_____. Monetary and capital markets department. *Annual report on exchange arrangements and exchange restrictions 2008*. Washington, 2008, 1602 p.

_____. *Recent experiences in managing capital inflows – cross-cutting themes and possible policy framework*. Sítio oficial do FMI. 14 de fevereiro de 2011, p. 3. Trabalho preparado pelo Departamento de Revisão, de Estratégia e de Política, e em consulta com os Departamentos Jurídico, Monetário e de Mercados de Capitais, de Pesquisa e outros departamentos. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2011/021411a.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.

_____. *The liberalization and management of capital flows: an institutional view*. Washington, 2012, 48 p. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2012/111412.pdf>. Acesso em: 16 de dezembro de 2014.

FONSECA, H. B. da. *Regime jurídico do capital estrangeiro*. Rio de Janeiro: Letras e Artes, 1963.

FRANCO, G. H. B.; PINHO NETO, D. M. A desregulamentação da conta de capitais: limitações macroeconômicas e regulatórias. *Texto para Discussão n. 479 do Departamento de Economia da PUC-RIO*, Rio de Janeiro, maio 2004. Trabalho preparado para o seminário "Aprimorando o mercado de câmbio brasileiro", promovido pela BM&F em 4 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.econ.puc-rio.br/pdf/td479.pdf>. Acesso em: 16 de dezembro de 2014.

GALLAGHER, K. The IMF, capital controls and developing countries. *Economic & Political Weekly*, v. XLVI, n. 19, 7 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/gallagherepwcapitalcontrols.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.

GIOVANOLI, M. A new architecture for the global financial market: legal aspects of international financial standards setting. *International monetary law: issues for the new millennium*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 3-60.

GOLD, J. The code of conduct. *In*: HORSEFIELD, J. K. (Org.). *The international monetary fund 1945-1965: twenty years of international monetary cooperation,* v. 2. Washington: International Monetary Fund, 1969, p. 547-566.

_____. *International capital movements under the law of the international monetary fund*. Washington: Fundo Monetário Internacional, 1977 (Pamphlet series n. 21).

GOLDSMITH, R. W. Comparative national balance sheets: a study of twenty countries, 1688-1978. Chicago: Chicago University Press, 1985.

HELLEINER, E. States and the reemergence of global finance: from Bretton Woods to the 1990s. New York: Cornell University Press, 1994.

KINDLEBERGER, C. P. *A financial history of Western Europe*. London: George Allen & Unwin, 1984.

KRISTOF, N. D.; SANGER, D. E. How U.S. wooed Asia to let cash flow in. *The New York Times*, New York, 16 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1999/02/16/world/how-us-wooed-asia-to-let-cash-flow-in.html>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.

KRUGMAN, P. Capital control freaks – how Malaysia got away with economic heresy. *Slate. The dismal science – the search for better economic policy*, 27 de setembro de 1999. Disponível em: <http://www.slate.com/articles/business/the_dismal_science/1999/09/capital_control_freaks.html>. Acesso em: 16 de dezembro de 2014.

LICHTENSTEIN, C. C. International jurisdiction over international capital flows and the role of the IMF: plus ça change... *In:* GIOVANOLI, M. (Org.). *International monetary law: issues for the new millennium*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 61-80.

MANN, F. A. *The legal aspect of money*. 4ª edição. Oxford: Oxford University Press, 1982.

MATHIESON, D. J.; ROJAS-SUAREZ, L. Liberalization of the capital account: experiences and issues. *IMF working paper nº 92/46*, Washington, jun. 1992. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=884797. Acesso em: 21 de novembro de 2014.

MCKINNON, R. I. Limiting moral hazard and reducing risk in international capital flows: the choice of an exchange rate regime. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Philadelphia, v. 579, n. 1, p. 200-218, 2002.

MUSSA, M. Factors driving global economic integration. *Working paper*, Washington, 25 de agosto de 2000. Trabalho apresentado em Jackson Hole, Wyoming, em um Simpósio patrocinado pelo Federal Reserve Bank da cidade do Kansas sobre "Global Opportunities and Challenges". Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/speeches/2000/082500.htm>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.

MYRUS, R. From Bretton Woods to Brussels: a legal analysis of the exchange-rate arrangements of the international monetary fund and the european community. *Fordham Law Review*, New York, v. 62, n. 7, p. 2095-2124, 1994.

NEWBURG, A. The changing roles of the Bretton Woods institutions: evolving concepts of conditionality. *In*: GIOVANOLI, M. (Org.). *International monetary law: issues for the new millennium*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 81-96.

NURKSE, R. International currency experience: lessons of the inter-war period. Geneva: League of Nations, 1944.
OBSTFELD, M.; TAYLOR, A. M. Globalization and capital markets. *NBER Working Paper nº 8846*, Cambridge, mar. 2002. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w8846.pdf>. Acesso em: 19 de novembro de 2014.
_____. The great depression as a watershed: international capital mobility over the long run. *In:* BORDO, M. D.; GOLDIN, C.; WHITE, E. N. (Orgs.). *The defining moment: the great depression and the american economy in the twentieth century.* University of Chicago Press, 1998, p. 353-402. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c6900.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.
OCDE. Directorate for financial, fiscal and enterprise affairs. *Forty years' experience with the OECD code of liberalization of capital movements: summary and conclusions*, out. 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/2510947.pdf>. Acesso em: 25 de novembro de 2014.
OSTRY, J. D. *et al*. Capital inflows: the role of controls. *IMF staff position note SPN/10/04,* 19 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/spn/2010/spn1004.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.
_____. Managing capital inflows: what tools to use? *IMF staff discussion note SDN/11/06*, 5 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2011/sdn1106.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.
REGO, A. L. C. *Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil*. São Paulo, 2010, 351 f. Tese (Doutorado Faculdade de Direito) Universidade de São Paulo.
RODRIK, D. *Greek lessons for the world economy.* Project Syndicate: The World's Opinion Page, 11 de maio de 2010. Disponível em: < http://www.project-syndicate.org/commentary/greek-lessons-for-the-world-economy>. Acesso em: 19 de novembro de 2014.
_____. *The end of an era in finance*. Project Syndicate: the world's opinion page, 11 de março de 2010. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/the-end-of-an-era-in-finance>. Acesso em: 19 de novembro de 2014.
_____. Who needs capital account convertibility? *Princeton essays in international finance n. 207*, Princeton, p. 55-64, 1998. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~ies/IES_Essays/E207.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.
ROGOFF, K. S. Rethinking capital controls: when should we keep an open mind? *Finance & development*, Washington, v. 39, n. 4, dez. 2002. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2002/12/rogoff.htm>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.
SALAMA, B. M. Controles de câmbio no Brasil: teoria e prática, no prelo (capítulo de livro).
_____. De onde viemos? Inovação e resposta regulatória na indústria bancária no pré-crise. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 325-342, jul/dez. 2009. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/default/files/deondeviemosbrunosalama.pdf>. Acesso em: 19 de novembro de 2014.
_____. Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 50, n. 13, p. 157-184, out./dez. 2010.
_____. The art of law and macroeconomics. *University of Pittsburgh Law Review*, Pittsburgh, v. 74, n. 2, p. 131-177, 2012.
_____. Vigência, punibilidade e licitude: três questões sobre as operações blue chip swaps e o decreto 23.258/33. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 64, n. 17, p. 197-209, abr./jun. 2014.
SIEGEL, D. E. Legal aspects of the IMF/WTO relationship: the fund's articles of agreement and the WTO agreements. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 96, p. 561-621, 2002.
STIGLITZ, J. E. *Globalization and its discontents*. New York:. W. W. Norton & Company, 2002.
THE ECONOMIST. Currency wars: Fumbling towards a truce. *The Economist*, London, 14 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.economist.com/node/17252006>. Acesso em: 21 de novembro de 2014.
THORSTENSEN, V.; RAMOS, D.; MÜLLER, C. Trade regulation of exchange rates. *FGV – Center on Global Trade and Investment Study*, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/Dir-GV-%28VF%29%20Trade%20regulation%20of%20exchange%20rates%20%2023.05.14.pdf>. Acesso em: 16 de dezembro 2014.
TRUMAN, Edwin M. (Org.). *Reforming the IMF for the 21st century – special report 19*. Washington: Peterson Institute for International Economics, 2006.
UKPABI, U. C. Juridical substance or myth over balance-of-payment: developing countries and the role of the international monetary fund in the world trade organization. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 26, n. 2, p. 701-736, 2005.
WEBER, R. H.; ARNER, D. W. Toward a new design for international financial regulation. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. Philadelphia, v. 29, n. 2, p. 391-453, 2007.

ZAMORA, S. Regulating the global banking network – what role (if any) for the IMF?. *Fordham Law Review*. New York, v. 62, n. 7, p. 1953-1973, 1994.
_____. Sir Joseph Gold and the development of international monetary law. *The international lawyer*. Dallas, v. 23, n. 4, p. 1009-1026, 1989.

Bruno Meyerhof Salama

bruno.salama@fgv.br |

Professor Associado da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas
Mestre e Doutor em Direito pela UC Berkeley

RECEBIDO EM 30.07.2014 | APROVADO EM 26.01.2015

O BRASIL E O FMI DESDE BRETTON WOODS: 70 ANOS DE HISTÓRIA *

Paulo Roberto de Almeida

BRAZIL AND IMF SINCE BRETTON WOODS: A 70 YEARS HISTORY

RESUMO

O objetivo deste ensaio histórico é o de acompanhar o relacionamento do Brasil com o FMI, no contexto da evolução do sistema monetário internacional, desde Bretton Woods até a atualidade. O ensaio começa por retraçar o itinerário do FMI, com destaque para a mudança de padrão cambial em 1971, e segue com o exame das relações entre o Brasil e a instituição, com ênfase nos acordos contraídos sob diferentes políticas econômicas e em momentos diversos de crises nas transações externas; o primeiro acordo foi rompido por razões políticas em 1958, e o mais recente, de 2003, foi suspenso em 2005, antes de sua conclusão, também por motivos políticos. São destacados os problemas enfrentados pelo FMI no período – estabilidade cambial, liquidez, monitoramento das economias nacionais – e as circunstâncias que levaram o Brasil a contrair seus muitos acordos com a instituição. O País manteve uma relação errática com o FMI, com aproximações e distanciamentos ao longo do período, oscilando entre uma postura cooperativa – no início e durante a maior parte do regime militar, bem como no final dos anos 1990 e início do novo milênio –, e uma outra de rejeição ou confrontação – no governo Kubitschek e na redemocratização –, finalizando por uma passagem da situação de devedor dependente, na maior parte desse longo período, a uma de credor e demandante por reformas na instituição, na fase recente, quando o País busca aumentar seu poder de voto nas instituições de Bretton Woods; uma tabela final lista os acordos concluídos pelo Brasil com o FMI e os valores envolvidos em cada um.

PALAVRAS-CHAVE

Brasil; FMI; acordos; regimes cambiais; dívida externa; crises de transações correntes.

ABSTRACT

The purpose of this historical essay is to follow Brazil's relationship with IMF, in the context of the international monetary order, since Bretton Woods up to our days. The essay starts by IMF's itinerary, emphasizing the 1971 change in the exchange regime pattern, follows the development of its relationship with Brazil, the various formal stand-by agreements contracted under different economic policies, arising from current transactions crises; a first agreement was adopted in 1958, and discontinued for political reasons, but the last one, concluded in 2003, was also interrupted for political reasons two years later. Attention was given to the main problems facing the IMF – exchange stability, liquidity, and the monitoring of the national economies – and to the circumstances that forced Brazil to enter into formal agreements with the IMF. Brazil's relationship with the IMF was somewhat erratic, with phases of attraction followed by others of repulsion; there was a cooperative stance – at the beginning and during the whole military regime, as well as around the turn of the millennium –, another confrontational or adversarial – in the Kubitschek government and at the redemocratization – to arrive at a transformation from dependent borrower to a creditor pushing for reforms in order to enhance its voting rights in both Bretton Woods institutions; a final table summarizes those agreements and the amounts involved in each one.

KEYWORDS

Brazil; IMF; agreements; exchange regimes; external debt; current transactions crises.

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201420

INTRODUÇÃO: O BRASIL E O FMI, DESDE BRETTON WOODS[1]

O Brasil é um dos membros fundadores das instituições de Bretton Woods, tendo, aliás, estado na origem das primeiras discussões a respeito da constituição de uma entidade voltada para a estabilização monetária e cambial, feita inicialmente por iniciativa dos Estados Unidos, na conferência extraordinária de chanceleres dos países americanos, realizada no Rio de Janeiro, pouco mais de um mês depois dos ataques japoneses a Pearl Harbor, em janeiro de 1942. O Brasil também recorreu, por vezes de forma intensa, aos serviços e facilidades oferecidos pelas duas instituições de Bretton Woods, o Banco Mundial – para financiar projetos de infraestrutura e desenvolvimento – e o Fundo Monetário Internacional, para enfrentar dificuldades temporárias de balanço de pagamentos, consoante a finalidade precípua do FMI.

O presente ensaio está centrado mais detidamente nas relações mantidas entre o Brasil e FMI, focalizando, por um lado, a origem e a evolução da entidade, examinando, de outro lado, o histórico das operações contraídas pelo País com o Fundo. O Brasil recorreu ao FMI cada vez que enfrentou dificuldades para honrar seus compromissos de pagamentos externos, numa primeira fase dado à baixa dos preços das mercadorias exportadas – como foi o caso com o café no governo Kubitschek, que resultou numa primeira recusa do Brasil em cumprir condicionalidades relativas às contas nacionais – e mais frequentemente devido ao acúmulo de obrigações externas em capacidade superior às suas reservas internacionais, em momentos de excesso de investimentos internos – durante os governos militares, por exemplo – ou de mudança nas condições dos mercados financeiros externos (como o aumento das taxas em contratos de juros não fixos, por exemplo) e da própria desvalorização cambial da moeda nacional.

O Brasil sempre relutou em mudar suas políticas domésticas por demanda do FMI, seja porque não queria descontinuar grandes planos de desenvolvimento – mesmo sob o impacto de dois choques externos do petróleo, de que era grande importador nos anos 1970 e início dos 1980 –, seja porque pretendia lidar com programas de estabilização monetária sem se ater às recomendações mais ortodoxas do Fundo – mesmo ao ter de enfrentar surtos inflacionários que redundaram na troca de pelo menos seis padrões monetários, nenhum deles com aprovação prévia ou em coordenação com o FMI. Mesmo na ausência de um aval explícito do Fundo às diferentes tentativas de estabilização macroeconômica empreendidas nos anos 1980 e início dos 1990, o Brasil seguia dependente do Fundo, até, pelo menos, as crises financeiras do final dessa década. A partir daí, não só o Brasil, mas o conjunto de países emergentes deu início a uma fase de acumulação de reservas e de menor dependência de capitais externos, que os colocou temporariamente ao abrigo de novas crises, que, por sua vez, alcançaram países integrantes da União Europeia, por razões basicamente fiscais.

Um resumo da trajetória do relacionamento do Brasil com o FMI, nem sempre isento de conflitos doutrinais e de sucessão de acordos cumpridos pela metade, poderia ser identificado com alguns conceitos típicos de cada fase: o presidente Kubitschek

deu início à "demonização" do FMI, como sendo uma entidade oposta ao desenvolvimento econômico, apenas interessada na estabilidade monetária, o que marcou profundamente a "psicologia nacional" em relação a esse organismo durante todo o período considerado; o regime militar, por sua vez, manteve, via de regra, boas relações com o FMI, sem dependência numa primeira fase, mas sendo obrigado a negociar sucessivos acordos *stand-by* em sua fase final, por causa dos choques do petróleo e da crise do endividamento externo, no início dos anos 1980. O Brasil redemocratizado em 1985 manteve más relações com o FMI durante todas as tentativas de estabilização macroeconômica, quando não queria recorrer aos mecanismos clássicos de ajuste, mas tendo de reconhecer sua ampla dependência de capitais estrangeiros, seja com os créditos ou financiamentos oficiais. Nos anos 1990, finalmente, o programa mais bem sucedido de estabilização, o Plano Real, tampouco contou com a aprovação ou o aval do FMI, mas este foi bastante solícito nos pedidos de apoio subsequentes, quando as crises financeiras da Ásia e da Rússia, e depois da Argentina, obrigaram o Brasil a novamente recorrer a créditos do Fundo. O relacionamento se fez em perfeita harmonia nessa fase, embora não se tenha seguido a sugestão inicial do FMI para a desvalorização de sua moeda, o que foi feito, logo em seguida, pelos próprios mercados.

A última grande negociação ocorreu já na transição política para o governo Lula, quando o Brasil contraiu o maior empréstimo, até então, da história do FMI – no valor de US$ 30 bilhões –, que permitiu, junto com a política prudente mantida no início desse governo, restabelecer a confiança na capacidade de o País honrar compromissos externos. Desde 2005, o Brasil deixou de ser cliente do FMI, tornando-se, ao contrário, um participante ocasional de programas de ajuste para países necessitados e possível financiador da instituição. No âmbito dos BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) decidiu-se, em 2014, a criação de um banco de financiamento de projetos (possível concorrente do Banco Mundial) e de um mecanismo de empréstimos contingentes, complementar aos instrumentos existentes no FMI. Desde o início do milênio, a ação do Brasil nas duas instituições de Bretton Woods vem sendo caracterizada pela tentativa de aumentar sua participação no processo decisório, por meio do crescimento do seu poder de voto mediante a atribuição de maiores cotas (o que vem encontrando resistência de pequenos países europeus, que teriam de ceder participação nesse terreno). As seções a seguir retomam todo esse processo histórico e registram, numa tabela sintética, todos os acordos contraídos pelo Brasil no âmbito do Fundo.

1 O FMI começou no Brasil, dois anos antes de Bretton Woods...

O FMI começou no Brasil, dois anos e meio antes de sua criação oficial em Bretton Woods, no New Hampshire, na histórica conferência de julho de 1944, que finalizou

com a assinatura dos dois convênios constitutivos, um do Fundo Monetário Internacional, outro do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento. A previsão foi feita numa das conclusões da declaração final da terceira conferência dos ministros das relações exteriores das repúblicas americanas, realizada no Rio de Janeiro, em janeiro de 1942, pouco mais de um mês depois do ataque japonês às bases americanas de Pearl Harbor, no Pacífico, em 7 de dezembro de 1941. Na conferência, o representante americano Sumner Welles propôs um projeto de resolução, de apenas cinco linhas, que depois foi incorporado à declaração final, recomendando a criação de um Fundo Internacional de Estabilização, a ser estabelecido pelas Nações Unidas, e associadas, após a conclusão da guerra.

Com efeito, a conclusão XV da Ata Final, tratando do Fundo, começa por estabelecer que a mobilização efetiva dos recursos em divisas pode ser útil na luta contra a depressão e para a realização dos objetivos econômicos que tinham sido acordados na primeira e na segunda conferências, realizadas no Panamá, em 1939, e em Havana, em 1941, e que as repúblicas americanas deveriam

> cooperar na criação de uma organização para promover a estabilidade das paridades cambiais, promover os movimentos internacionais de capital produtivo, facilitar a redução de barreiras artificiais e discriminatórias aos fluxos de bens, ajudar na correção da má distribuição de ouro, reforçar os sistemas monetários e ajudar na manutenção de políticas monetárias que evitam graves processos de inflação ou deflação. (*FINAL ACT,* 1942, p. 25-26)

Em função dessas considerações, a conferência recomendava:

> 1. Que os governos das repúblicas americanas participem de uma conferência especial de ministros de finanças ou seus representantes a ser convocada com a finalidade de considerar o estabelecimento de um fundo internacional de estabilização.
> 2. Que a conferência, ao considerar o estabelecimento de tal fundo, formule o esquema de sua organização, poderes e os recursos necessários ao funcionamento adequado do fundo, determine as condições requeridas para a participação no fundo, e proponha princípios para guiar o fundo em suas operações. (*FINAL ACT*, 1942, p. 26).[2]

Esta foi apenas uma das resoluções – obviamente não das mais importantes – aprovadas na conferência interamericana extraordinária do Rio de Janeiro, cujo principal resultado foi o rompimento de relações diplomáticas entre os países americanos presentes e as potências do Eixo, com exceção da Argentina e do Chile (ou seja, 19 entre 21 países), que insistiram em se manter neutros, e quase fazem naufragar a conferência de

solidariedade hemisférica (ARAÚJO, 1996). O Fundo Monetário Internacional criado em Bretton Woods seria bem mais complexo e sofisticado que o Fundo Internacional de Estabilização proposto no Rio de Janeiro, mas é certo que uma organização desse tipo já integrava o planejamento econômico dos estadistas americanos para o pós-guerra.

É também certo que os Estados Unidos de Roosevelt já possuíam, desde 1934, o seu próprio *Exchange Stabilization Fund*, por meio do qual eles podiam adiantar reservas de crédito a países necessitados contra a garantia das moedas nacionais: mediante acordos de recompra, eles podiam emprestar dólares ao Brasil tomando por prazos curtos valores equivalentes em mil-réis. O economista Edward M. Bernstein, do Tesouro norte-americano e longamente associado ao FMI, tinha defendido a ideia, quando ainda era professor universitário, em seu livro *Money and the Economic System* (1935); essa proposta de conversão em divisas, em lugar do ouro, depois se tornou uma das mais utilizadas modalidades de operação do Fundo (BLACK, 1991, p. 35).

Na verdade, Keynes já tinha proposto a emissão de notas garantidas em ouro em seu trabalho *The Means to Prosperity* (1933), o que foi aproveitado por Harry White, o segundo do Tesouro, para formular sua proposta em um curto memorando, em dezembro de 1941, que depois seria apresentado no Rio de Janeiro, no mês seguinte. A ideia evoluiu no caminho para Bretton Woods – já sob a forma de um fundo, no qual cada país teria uma cota declarada parcialmente em ouro e na sua própria moeda, podendo sacar dessa cota, portanto –, mas ela foi pela primeira vez apresentada ao público, ainda que de forma rudimentar na conferência de ministros do Rio de Janeiro. Sua formulação mais elaborada ocorreu no decorrer de 1942 por meio de um documento intitulado *The Treasury's Proposal for an International Stabilization Fund*, divulgado quase ao mesmo tempo em que Keynes apresentava o seu plano, baseado no princípio de que os EUA assumiriam praticamente a obrigação de oferecer crédito quase de modo automático aos países deficitários, colocando o peso do ajuste no país credor.

O próximo embate dar-se-ia em Bretton Woods, onde os EUA conseguiram impor suas regras de responsabilidade e de disciplina, contra os objetivos britânicos – ou de Keynes, pessoalmente – de trabalhar, por um lado, com o princípio do *bancor* (uma moeda contábil, baseada no ouro, a ser utilizada como divisa) e de aceitar, por outro lado, uma união mundial de compensações – *International Clearing Union* – como mecanismo de ajuste automático entre os países. Em Bretton Woods, como escreve um pesquisador,

> [e]m nenhum momento a delegação brasileira pronunciou-se em favor de qualquer dos planos isoladamente, ainda que Eugenio Gudin [um dos membros da delegação chefiada pelo ministro da Fazenda Artur da Souza Costa] tenha admitido posteriormente que se inclinava "pelo de Keynes, porque era mais simples, mais atraente". Isto contudo não preveniu Souza Costa de adotar o posicionamento presente na proposta keynesiana para

> estabelecer crítica ao retorno do padrão-ouro, visto como um "sistema rígido de paridades [que] subordina a economia interna à taxa cambial". (BARREIROS, 2009, p. 533-534).

De certo modo, o plano White parecia, ao chefe da delegação brasileira, mais consentâneo com o controle dos ativos, na medida em que o de Keynes era mais expansionista, ao passo que o primeiro subordinava a expansão do crédito ao depósito de reservas. Ao mesmo tempo, o sistema de compensações proposto por Keynes parecia-lhe mais engenhoso, uma vez que justamente poupava um País de ter de apelar imediatamente para as suas reservas (BARREIROS, 2009, p. 537-538). Na verdade, a delegação brasileira estava bem mais interessada em mecanismos de regularização da oferta e da estabilização dos preços das matérias-primas, uma vez que da exportação de várias delas dependia o essencial das receitas em divisas do País. "A delegação brasileira propôs uma conferência específica para promover a estabilidade nos preços dos produtos de base, ideia que seria retomada na Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego em Havana e em diversas reuniões econômicas que, nos anos 50 e começo dos 60, levam à constituição da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)." (ALMEIDA, 2012, p. 132)

Ao final, nem o *bancor*, nem a *Clearing Union* foram implementados, como Keynes pretendia, embora os ingleses tenham obtido empréstimos generosos dos EUA, que, aliás, não protestaram além da conta quando a libra foi desvalorizada à margem das regras do FMI, numa fase (segunda metade dos anos 1940) em que também a França agiu do mesmo modo, ambos em meio a uma difícil situação de déficits imensos, tendo ainda de enfrentar a chamada "penúria de dólares". Naquela fase, além das cotas, claramente insuficientes e ainda não operacionais, os países não podiam contar muito com a ajuda do Banco Mundial, também constrangido pela escassez de recursos em seus primeiros anos. Nessa primeira fase, a política econômica relativamente ortodoxa conduzida no Brasil pelos ministros do governo Eurico Dutra coincide com a filosofia imperante no FMI. Sem embargo, a saída de capitais e o esgotamento das reservas em divisas acumuladas durante a guerra – processo também acelerado pela liberalização das importações como meio de controlar a inflação – atingem tais proporções que o governo é obrigado a reintroduzir medidas de controle cambial em meados de 1947 (BERGSMAN, 1970, p. 27-54 e 1977, p. 391-410; HUDDLE, 1977, p. 357-384).

Uma das etapas mais significativas do relacionamento do Brasil com o FMI, nos primeiros anos, é representada pelo rompimento, em 1959, por Juscelino Kubitschek, de um acordo *stand-by* negociado no ano anterior pelo seu ministro Lucas Lopes. Esse gesto de fundo essencialmente político e quase demagógico assumiu, na simbologia de uma história simplista, ares de declaração triunfalista de independência econômica por parte do Brasil, como se o FMI e, por trás dele, o governo dos Estados Unidos tivessem interesse em colonizar ou humilhar o País, quando o que estava em jogo era

tão somente o cumprimento de certos critérios de desempenho em matéria monetária e fiscal (VIANNA, 1989, p. 132-34). Na verdade, Kubitschek, já comprometido com o projeto de construção de Brasília pela via fácil (e altamente irresponsável) das emissões inflacionistas, não pretendia submeter-se a nenhum tipo de controle de gastos (menos ainda de elaboração orçamentária normal). O fato é que as "explicações" dadas por JK para justificar o rompimento do acordo *stand-by* com o Fundo – o atendimento das exigências teria redundado, por exemplo, no "aniquilamento" do País, ele teria de "abrir mão do Plano de Metas" e deixaria o povo "passando fome" – passaram a integrar a demonologia da esquerda brasileira em relação ao FMI – logo identificado com "fome e miséria internacional" – e que continuou durante anos a fio, constituindo um caso exemplar de autoengano coletivo cultivado de maneira persistente durante as décadas seguintes (IANNI, 1971, *passim*).

2 Os direitos especiais de saque também começaram no Brasil

Uma solução parcial ao problema da liquidez no sistema monetário internacional surgiria anos mais tarde, com as primeiras fissuras já evidentes no edifício construído em Bretton Woods, e ela está também formalmente identificada com o Brasil: a criação dos Direitos Especiais de Saque, SDR na sigla em inglês (*Special Drawing Rights*). Eles foram adotados na única conferência que o FMI fez no Brasil, mais exatamente no Rio de Janeiro, em setembro de 1967, depois de muita discussão sobre como equacionar dificuldades associadas aos desequilíbrios econômicos de alguns grandes parceiros do sistema de pagamentos internacionais, problemas agravados desde o restabelecimento da convertibilidade das moedas dos países europeus e do Japão, no final dos anos 1950 e início dos anos 1960 (CONNELL, 2013, p. 18).

A partir de 1958, os países europeus começaram a converter seus ativos em dólares contra lingotes de ouro depositados em Fort Knox. Como indicou Edward Bernstein, "*[b]y 1963, the drain of gold from our reserves had become enormous. In the preceding five years, U.S. gold reserves fell by a one-third, and more than half of Europe's reserves was in the form of gold, with the rest mainly in official holdings of dollars*" (BLACK, 1991, p. 83). A verdade é que as reservas metálicas dos EUA passaram a representar uma parte crescentemente menor da expansão de crédito conduzida pelo seu governo durante todo o período de funcionamento oficial do sistema de Bretton Woods.

Vários economistas já tinham, por essa época, detectado a natureza dos desequilíbrios e propunham diferentes soluções para os problemas identificados, não necessariamente concordantes quanto à natureza do remédio a ser introduzido. Os problemas eram basicamente de três ordens: (a) oferta de liquidez, como requerida por um sistema de taxas estáveis a partir do crescimento contínuo dos fluxos internacionais de comércio de bens e serviços; (b) confiança, dependente das medidas tomadas pelos principais parceiros, no sentido de empreender ajustes ou efetuar desvalorizações de

suas moedas; (c) programas de ajustes, que deveriam necessariamente ser feitos nos casos de desequilíbrios de balanço de pagamentos, que normalmente estão associados a processos inflacionários persistentes ou severos (CONNELL, 2013, p. 42).

Robert Triffin, por exemplo, depois de sugerir, precocemente, uma organização coletiva em torno da internacionalização efetiva do sistema de câmbio-ouro, passou a se inclinar por uma espécie de banco central internacional, encarregado de administrar os processos de ajuste (1957; 1960). Bernstein (1960) concebeu desde essa época a criação de um *Reserve Settlement Account*, com ouro, dólar e um novo ativo podendo servir como moeda de reserva. Pouco depois, em 1963, era constituído um grupo de trabalho, sob a liderança do economista Fritz Machlup, de Robert Triffin e de William Fellner, conhecido como Grupo de Bellagio – do nome da localidade italiana onde ele se reuniu pela primeira vez – que se ocupou, nos três anos seguintes, de formular novas sugestões aos desequilíbrios crescentes (CONNELL, 2013, p. 19-20).[3] Nessa época, o general De Gaulle, e seu conselheiro econômico Jacques Rueff (que tinha estado na reforma monetária de 1928, que levou a França de volta ao padrão ouro, mas com uma desvalorização significativa), dedicavam-se a converter suas reservas em dólar em lingotes de ouro depositados em Fort Knox. Quando outros países, que também detinham reservas de centenas de milhões em dólares, tentaram fazer o mesmo, como Alemanha e Japão, por exemplo, mas que eram dependentes obrigatórios do guarda-chuva militar americano, eles foram gentilmente convidados a guardar os seus dólares, sob a justificativa – expressamente declarada por um secretário do Tesouro norte-americano – de que o *dollar* [*was*] *as good as gold*.

Mas, na segunda metade dos anos 1960, o ouro já não podia exercer sua função de prover liquidez ao sistema monetário, dadas as contradições inevitáveis derivadas de seu papel de *commodity* com múltiplos objetivos não monetários (no sistema industrial, para entesouramento, decoração, especulação etc.) ademais dos problemas políticos derivados de serem seus principais supridores a África do Sul do Apartheid e a União Soviética de decisões impenetráveis e totalmente à margem da ordem criada em Bretton Woods (de cuja conferência ela participou, mas se mantendo ausente desde a origem). De toda forma a oferta anual de ouro parecia ser inadequada e errática para irrigar o sistema de maneira conveniente, ademais dos problemas causados pelo desalinhamento entre o seu preço oficial como instrumento monetário e de referência de paridade e suas flutuações de valor como mercadoria de múltiplas utilizações.

Dez anos passaram-se entre a identificação precoce do problema da liquidez por Robert Triffin e a adoção final do mecanismo dos Direitos Especiais de Saque (SDR), em 1970, mas a decisão já tinha sido adotada na reunião do FMI no Rio de Janeiro, em 1967 (KRAUZE, 1971, p. 21-22). Edward Bernstein havia sugerido, anteriormente, que a nova ferramenta seria chamada simplesmente de *Reserve Unit*, mas devido à oposição obstinada dos franceses (o Secretário do Trésor, Valéry Giscard D'Estaing, que se tornou presidente), o nome escolhido foi *Droits de Tirage Spéciaux* (*Special*

Drawing Rights). A razão dessa diferença terminológica também se prendia a concepções diversas dos dois mecanismos: os europeus preferiam "direitos de saque", que estavam ligados a obrigações de crédito, em lugar de uma unidade de reserva, que poderia ser considerada uma nova moeda ou um substituto para o ouro (CONNELL, 2013, p. 129).

A partir de 1963, quando o FMI estabelece o Grupo dos Dez – na verdade, os vice-ministros dos dez países integrantes dos *General Arrangements to Borrow*, criados em 1962, para expandir os seus recursos – bem como um grupo de estudo para tratar de uma possível reforma monetária, um outro grupo de economistas acadêmicos, mas independentes dos governos e do próprio Fundo –, reúnem-se em Bellagio para também formular suas sugestões de reforma, com a peculiaridade que, à diferença dos representantes de governos e dos burocratas internacionais, eles podiam especular sobre os diferentes cenários que proposições diversas, e até conflitantes, teriam sobre os fluxos reais de comércio, finanças e investimentos no plano mundial. Sob a liderança de Fritz Machlup, os economistas interagem com o Grupo dos Dez e com o grupo de estudos do FMI, com vistas a ajustar suas diferentes visões da reforma do sistema monetário internacional.

Finalmente, como resultado de um esforço de vários anos, o relatório de trabalho dos vice-ministros do Grupo dos Dez é aprovado na assembleia anual do FMI, no Rio de Janeiro, em setembro de 1967, sugerindo a criação dos SDRs. Ainda demoraria dois anos mais para que a mudança do convênio constitutivo do FMI fosse efetuada; em 1970, finalmente, ocorre a primeira criação e alocação de SDRs, num montante pouco inferior a 9,3 bilhões de unidades. Dez anos depois, os montantes globais da nova reserva monetária, inicialmente baseada num coquetel de moedas integrado, em montantes proporcionais, pelas divisas dos 16 mais importantes exportadores mundiais, já tinham sido mais que duplicados, chegando a representar cerca de 5% das reservas monetárias (não metálicas) mundiais (HAZLITT, 1984, p. 16).[4]

Nessa época, o Brasil do regime militar, estava em bem melhores termos com o FMI do que tinha sido nos governos JK e João Goulart, de que são exemplos os sucessivos acordos *stand-by* negociados praticamente ano a ano entre 1965 e 1972 (PEREIRA, 1974, p. 49; CRUZ, 1984, *passim*). De fato, esses acordos não eram necessários do ponto de vista estrito da balança de pagamentos, justificando-se apenas como uma espécie de "selo de qualidade" das políticas econômicas implementadas nessa fase de estabilização. Dos quase 570 milhões de Direitos Especiais de Saque (DES) concedidos nessa época em oito operações anuais, o Brasil sacou apenas 150 milhões (em duas fatias de 75 milhões cada, as primeiras, sem condicionalidades), contentando-se o governo com o aval do FMI para fins de renegociação da dívida com credores oficiais. O BIRD, a partir dessa época, também passou a emprestar com maior liberalidade ao Brasil, assim como a AID, a agência oficial de ajuda ao desenvolvimento do governo dos Estados Unidos, ou o Eximbank (OLIVEIRA, 1993, p. 78).

Ainda assim, não havia um perfeito entendimento entre o Brasil e o FMI a respeito das principais políticas a serem adotadas pelo Brasil para compatibilizar estabilização e crescimento. Como confirmou um dos principais formuladores econômicos, à época ministro do planejamento Roberto Campos: "O Fundo Monetário Internacional não aceitava o gradualismo. Sugeria um tratamento de choque. Nós argumentávamos que o tratamento de choque era impraticável e que os modelos europeus de cura súbita da inflação não eram aplicáveis ao caso brasileiro…" (BIDERMAN, 1996, p. 49).

Essa fase também assistiu ao início do chamado "milagre econômico brasileiro", entre 1967 e a primeira crise do petróleo, em 1973, coincidindo com o ingresso de importantes fluxos de investimento estrangeiro, tendo o governo atuado inclusive no sentido de restringir o excesso de entradas, de maneira a não provocar surtos inflacionários na economia nacional. Mesmo depois do início de problemas na balança de pagamentos, com a triplicação dos preços do petróleo e a continuidade das grandes obras de infraestrutura, e dos investimentos estatais patrocinados pelo governo "desenvolvimentista" de Geisel, o governo evitou fazer apelo ao FMI, preferindo pedir socorro nos *euromercados*, então regurgitando de petrodólares que passaram a ser reciclados em condições extremamente generosas para com os tomadores (taxas de juros praticamente negativas, em face da aceleração da inflação nos países centrais). De resto, o FMI teve papel pouco ativo na fase de grandes turbulências dos anos 1970, atingido ele mesmo pela alteração quase completa dos fundamentos que tinham presidido sua atuação institucional desde a assinatura dos acordos de Bretton Woods: o regime de paridades fixas e a conversibilidade do dólar em ouro a uma taxa estável (ALMEIDA, 2002; 2003, *passim*).

3 Os desequilíbrios acumulam-se e Nixon corta o nó górdio de Bretton Woods

Na verdade, a nova liquidez criada pelos SDRs resolvia apenas parcialmente um dos muitos problemas do sistema monetário internacional, faltando tratar do problema quase intratável da fixação, ou da alteração, das paridades cambiais. Os principais parceiros sempre se preocuparam com a questão fundamental de quem, finalmente, suportaria os custos do ajuste, ou da desvalorização. O fato é que, desde o início da entrada em vigor do sistema de Bretton Woods e, sobretudo, no decorrer dos anos 1960, o dólar suportou mais desvalorizações que valorizações de outras moedas,[5] mesmo em face de uma constante, ainda que irregular, perda de competitividade externa dos EUA. Mas os Estados Unidos, segundo os acordos de Bretton Woods, não podia facilmente desvalorizar a sua própria moeda, vinculada ao ouro desde a origem, inclusive porque o valor de US$ 35 por onça de ouro estava fixado na legislação aprovada pelo Congresso (KRAUZE, 1971, p. 31).

A deterioração progressiva da posição externa dos EUA nos anos 1960 – em grande medida o resultado de seus próprios desequilíbrios internos, com a elevação concomitante da inflação – tornou-se o principal assunto de política monetária da administração Nixon, e que também representou um grande problema para o sistema financeiro internacional. Bem antes da decisão dramática, adotada em agosto de 1971, muitos especialistas já vinham discutindo a hipótese da flexibilização das paridades cambiais, a exemplo de Milton Friedman, que, em 1952, inaugurou o debate com seu artigo sobre as taxas de câmbio flexíveis (FRIEDMAN, 1953). Na raiz de todos esses problemas sempre se encontra a tensão reincidente entre as forças incontroláveis dos mercados e a vontade dos governos de preservar soberania sobre certos aspectos de suas políticas econômicas. Como argumentou um observador contemporâneo da decisão adotada em agosto de 1971, "É totalmente impossível manter um mercado aberto, do qual depende a prosperidade, e, ao mesmo tempo, ter governos exercendo orientação intrusiva e detalhada sobre as economias individualmente" (KRAUZE, 1971, p. 49). Antes mesmo de consumada a decisão finalmente anunciada, unilateralmente, pelo presidente Nixon, naquela data, muitos economistas acadêmicos, nas melhores universidades americanas, vinham preconizando justamente a adoção de um regime flexível para o câmbio.[6]

4 Os choques do petróleo e a crise da dívida latino-americana dos anos 1980

Uma nova crise do petróleo, em 1979, agravou a situação das transações correntes do Brasil, numa fase em que as taxas de juros passam a ser flutuantes e de fato aumentam extraordinariamente, a partir da política do *Federal Reserve* de verdadeiramente combater a inflação nos Estados Unidos. O governo Figueiredo, com Delfim Netto à frente da economia, hesitou, entretanto, em recorrer ao FMI, na medida em que o apelo teria um enorme custo político. Ele só o fez quando a situação já tinha saído de controle, com escassez de capitais voluntários a partir da guerra das Malvinas (maio de 1982) e, sobretudo, com o deslanchar da moratória mexicana em agosto desse ano (ALMEIDA, 2005, p. 245).

A partir do segundo semestre de 1982, começando pelo México, uma onda de inadimplências se abateu sobre vários países latino-americanos, o que levaria a uma virtual paralisação do sistema de créditos comerciais se o diretor-gerente do FMI, nessa época o francês Jacques de Larosière, não obrigasse os bancos comerciais a continuarem emprestando para os mesmos países, sobre a base de renegociações de suas obrigações de pagamentos de amortizações devidas. O Grupo dos Dez prometeu triplicar seus recursos para empréstimos entre os bancos centrais, e o próprio FMI considerou aumentar em 50% seus recursos para empréstimos, colocando-os na faixa inédita, até então, de US$ 90 bilhões (*The New York Times*, 18 jan. 1983). Nessa fase,

o Brasil tornou-se o principal país endividado num grupo que compreendia o México, a Argentina e a Venezuela, com uma grande cobertura oferecida pelos bancos comerciais americanos, como se pode verificar na tabela abaixo.

TABELA 1 – **DÍVIDA DE PAÍSES LATINO-AMERICANOS, 1983** (US$ BILHÕES)

PAÍSES	DÍVIDA TOTAL	DEVIDA A BANCOS DOS EUA
BRASIL	86,3	22,0
MÉXICO	84,6	24,3
ARGENTINA	36,5	8,6
VENEZUELA	32,6	11,2
CHILE	17,2	5,9
PERU	11,6	2,4
COLÔMBIA	10,5	3,7
EQUADOR	6,7	2,1

Fonte: Morgan Guaranty Trust Company (*The New York Times*, 5 set. 1983).

Entre o início de 1983 – quando um acordo dito EFF (*Extended Fund Facility*) é negociado – e o final do regime militar, o Brasil beneficiou-se de créditos emergenciais do Fundo, mas não conseguiu cumprir a maior parte das exigências e requerimentos formulados pelo *staff* do órgão e estabelecidos por sua diretoria, pois que não obtinha condições políticas para um conjunto de reformas tendentes a desindexar a economia brasileira e a colocar as contas públicas sob controle. O ministro Delfim Netto negociou e renegociou "meia dúzia" de cartas de intenções para sustentar um acordo *stand-by* que nunca foi implementado em forma integral. A estrutura dos empréstimos consorciados, envolvendo dezenas, senão centenas de bancos – os chamados *syndicated loans* – era obviamente uma dificuldade: um comitê assessor dos bancos credores foi rapidamente constituído, mas seu funcionamento deixava bastante a desejar em face das disputas entre os próprios bancos para um tratamento preferencial para os seus créditos (CERQUEIRA, 1997, p. 16, 35-36).

A inadequação dos mecanismos institucionais para o encaminhamento adequado do problema da dívida externa era patente. Por um lado, os bancos privados tinham sido extremamente irresponsáveis ao conceder empréstimos sobre empréstimos aos

governos dos países em desenvolvimento, na suposição absurdamente anti-histórica de que Estados soberanos não vão à bancarrota e não declaram moratória. Eles estavam esperando que o governo dos Estados Unidos e o próprio FMI garantissem pelo menos o pagamento dos juros por parte dos países devedores, algo que esteve sob risco em diversas ocasiões. Por outro lado, o FMI estava apenas equipado para tratar de desequilíbrios temporários de balanço de pagamentos, não para administrar um processo prolongado de renegociação de dívidas soberanas e comerciais.

A descoordenação política e operacional em torno do problema da dívida externa era, de fato, muito grande, envolvendo muitos atores: FMI, Banco Mundial, Tesouro americano, *Federal Reserve*, Departamento de Estado, agências garantidoras de créditos comerciais, outros governos credores – geralmente europeus, mas também os japoneses e canadenses – ademais, obviamente, dos bancos privados, centenas deles, a começar pelos grandes de *Wall Street* e da *City* londrina. Um certo grau de energia por parte dos funcionários americanos e também um pouco de sorte – assim como a própria cooperação dos principais devedores, a começar pelo México e pelo Brasil – evitou o pior: o colapso do sistema financeiro internacional. O esquema não evitou, contudo, a estagnação e a crise nesses mesmos países, dando origem ao estigma da "década perdida". Oportunamente, a introdução do princípio do reescalonamento com desconto do valor face – ou fixação de juros –, como consubstanciado no Plano Baker, permitiu a lenta reabsorção dos casos mais graves de inadimplência financeira, com perdas desigualmente distribuídas entre os credores e os tomadores (GAROFALO, 2002, p. 159).

Entretempos, no Brasil, a condução do processo de entendimentos com o Fundo foi bastante errática e irregular: logo depois do descumprimento das metas acertadas no acordo de facilidades ampliadas (EFF) do início de 1983, nova missão do FMI veio ao Brasil para tentar convencer as autoridades brasileiras a desindexar a correção automática dos salários, além, obviamente. de estabelecer metas precisas para a redução da inflação. Como relatado em uma história oficial do FMI cobrindo esse período, "Os brasileiros tinham resistência a esse tipo de requisito e o seu duradouro e altamente influente diretor executivo, Alexandre Kafka, reclamou que esse nível de envolvimento estrutural na política econômica era pouco apropriado e não tinha precedentes." (BOUGHTON, 2001, p. 373)

A partir daí – e a despeito de renegociações conduzidas no âmbito do Clube de Paris –, os desencontros entre o Brasil e a comunidade de credores oficiais e privados foram frequentes, atravessando, inclusive, a mudança de regime político do início de 1985, até culminar na famosa moratória de 1987, quando, pela primeira vez em muitas décadas, o País declarou a impossibilidade de continuar honrando seus compromissos externos. Não obstante as grandes transformações econômicas ocorridas durante o regime militar, e também na fase de redemocratização, o lado da inserção financeira externa foi sempre mais errático que o processo de fortalecimento do sistema produtivo.

O lado financeiro esteve submetido a fluxos e refluxos, alimentados tanto pela conjuntura internacional como pela situação específica da economia, submetida a conhecidos impulsos inflacionários e a desequilíbrios temporários, alguns derivados de problemas sistêmicos e crônicos – como gargalos produtivos e insuficiência de recursos –, outros decorrentes de arranjos institucionais, que também podiam, eventualmente, converter-se em questões estruturais ou sistêmicas (MONTEIRO, 2004, *passim*).

5 Encontros e desencontros entre o Brasil e o FMI nas duas décadas perdidas

Em janeiro de 1985, como forma de pressionar por novas facilidades creditícias, o governo brasileiro anunciou que estaria suspendendo o pagamento de juros sobre a dívida oficial bilateral até o reescalonamento dessas dívidas, ao que o Clube de Paris respondeu que o estabelecimento de um acordo *stand-by* com o FMI era a condição necessária para fazê-lo. A substituição de Francisco Dornelles por Dilson Funaro, em meados daquele ano, não foi particularmente bem-sucedida em termos de entendimentos com o FMI e com os demais credores oficiais e privados. A "novela da dívida" e o "balé de missões" do Fundo ao Brasil continuaram pelos meses seguintes, sem qualquer progresso substantivo na condução das renegociações e com muito pouco progresso no tratamento conceitual do problema. O presidente Sarney adotou uma retórica *anti-Fundo*, ao declarar em setembro de 1986 – e descartando o simples fato de que o Brasil não cumpria nenhum plano com a instituição – que "as fórmulas do FMI para o Brasil simplesmente não funcionam. Elas nos conduziram à mais dramática recessão em toda nossa história." (BOUGHTON, 2001, p. 455)

A moratória declarada em fevereiro de 1987, envolvendo o pagamento de juros dos empréstimos de médio e longo prazo dos credores privados, chocou o mundo e o FMI, mas de fato ela era inevitável: a dívida total era então de 121 bilhões de dólares e as reservas brutas tinham caído dramaticamente de US$ 9,25 bilhões no final de 1985 para menos de 4 bilhões no momento da moratória (PORTELLA FILHO, 1988). Uma renegociação inédita – isto é, sem o aval do Fundo e sem um *stand-by* em vigor – tinha, no entanto, sido concluída com o Clube de Paris um mês antes, o que permitiu algumas acomodações até que o ministro Funaro fosse substituído por Luiz Carlos Bresser Pereira, em abril de 1987 (BATISTA JR., 1988, *passim*).

O novo ministro não pretendia renegociar com o Fundo antes de acomodar a situação com os banqueiros privados, aos quais pediu um novo empréstimo-ponte a uma taxa de juros zero: levou zero empréstimo. Seu plano de *debt relief* para o Brasil – de fato de "securitização" da dívida –, discutido com funcionários do Tesouro norte-americano, foi recebido com um *non-starter*, a começar pelo próprio secretário do Tesouro James Baker, que recusou em setembro daquele ano desvincular o esquema "voluntário" de redução de dívidas privadas dos arranjos com o FMI (PEREIRA, 1988; 1989). O mais

extraordinário é que esse esquema conceitual veio depois a ser consubstanciado no chamado Plano Brady, nome do sucessor de Baker à frente do Tesouro. O episódio revela, em todo caso, que o crédito político e financeiro do Brasil estava próximo de zero e, provavelmente, com poucas perspectivas de melhoria (CERQUEIRA, 1997, *passim*; BAER, 1989, p. 184-218).

Esse tipo de guerrilha financeira sem vitórias nem vencedores continuaria pelo resto da década, até que a gestão Marcílio Marques Moreira, na Fazenda, no princípio dos anos 1990, seguida mais adiante pela de Fernando Henrique Cardoso na mesma pasta – com Pedro Malan designado como negociador oficial da dívida externa – permitiu dar início a uma nova fase no relacionamento do Brasil com a comunidade financeira internacional (MOREIRA, 2001, p. 163-83, esp. 174-177). Um pouco antes dessa época, o Fundo e as próprias autoridades americanas já estavam convencidos que era preciso separar a estratégia do tratamento da dívida dos interesses dos banqueiros privados, o que foi logrado em 1989 por meio do Plano Brady, que previa precisamente uma estratégia mais flexível para o *debt relief,* e para o apoio do FMI aos novos esquemas de facilitação da renegociação dos créditos oficiais e dos empréstimos privados (CERQUEIRA, 1997, p. 59-60; MEYER, 1992, p. 51-90).

No intervalo, o sucessor de Bresser na Fazenda, Mailson Ferreira da Nóbrega, assinou uma carta de intenções com o Fundo, em junho de 1988, prevendo a negociação de um novo acordo *stand-by* e antecipando negociações com banqueiros e o Clube de Paris. Em agosto, o Brasil conseguiu sacar uma *tranche* de 365 milhões de DES (Direito Especial de Saque) de um total de mais de 1 bilhão aprovados, mas isso foi tudo. As turbulências políticas do final do governo Sarney e as expectativas geradas pela nova Constituição, entretanto, minaram os esforços do ministro Mailson em prol de acordos consistentes e duráveis com aqueles parceiros. Da mesma forma, uma carta de intenções negociada em setembro de 1990, já no governo Collor, não teve implementação em virtude das demais inconsistências do plano de estabilização introduzido em março daquele ano. Mas, o ministro Marcílio Marques Moreira logrou concretizar um reescalonamento no âmbito do Clube de Paris em 1992, mesmo sem dispor do aval do FMI.

Com a presença de Fernando Henrique Cardoso na condução dos negócios da Fazenda, a partir de maio de 1993, e uma brilhante equipe de assessores econômicos em postos estratégicos do governo Itamar Franco, foi possível conduzir, pela primeira vez em muitos anos, um processo realista e consistente de ajuste estrutural que, via desindexação planejada da economia, acabaria levando ao plano Real, passando pela solução parcial do problema da dívida em abril de 1994 e a subsequente suspensão oficial da moratória. Um acordo com o Clube de Paris em 1992 tinha contornado a situação dos créditos oficiais, reconduzidos por um período suplementar de pagamentos comprometidos.

O primeiro governo Fernando Henrique Cardoso, eleito em outubro de 1994, em virtude basicamente do sucesso do Plano Real, inicia, em 1995, sua gestão com

um desafio externo de grande amplitude: controlar os efeitos da crise do México de dezembro daquele ano e garantir a manutenção da estabilidade cambial, o que foi obtido mediante pequeno ajuste na política de valorização cambial do período inicial do programa de estabilização (CERQUEIRA, 1997, p. 62-64). Introduziu-se o sistema de bandas e a prática de correções ou ajustes ("minidesvalorizações" disfarçadas) dentro da banda, de maneira a compensar parte da erosão inflacionária e a valorização de fato pela qual passou o Real a partir de sua introdução nos segundo semestre de 1994. No plano internacional, o governo FHC começa a propor, mediante carta do presidente aos países do G-7, medidas de controle dos capitais voláteis, sem muita receptividade, porém.

Ao mesmo tempo, entretanto, o G-7 também propunha a liberalização dos movimentos de capitais, área que nunca fez parte da jurisdição do FMI, consoante o espírito keynesiano que presidiu aos acordos de Bretton Woods, voltados basicamente para a liberalização dos pagamentos correntes (à exclusão, portanto, dos fluxos voluntários de ativos). As autoridades monetárias brasileiras, a despeito de uma adesão conceitual ao princípio da liberalização progressiva e cautelosa desses fluxos, não concordavam com a ideia de abandonar de vez o monitoramento nacional desses capitais, uma vez que, escolado pelos desequilíbrios persistentes que o País conheceu praticamente desde a inauguração da República, o Brasil sequer tinha operado, quando da ratificação dos acordos de Bretton Woods, a liberalização completa de seus pagamentos correntes (fazendo uso das exceções previstas no artigo 14 do convênio constitutivo do FMI, para derrogar às obrigações previstas no artigo 8º, aceito integralmente apenas numa fase ulterior).

O ministro da Fazenda, Pedro Malan, também expressou restrições ao caráter amplo do sistema de disseminação de dados, argumentando que sua divulgação poderia ser fator de instabilidade, em lugar de contribuir para a estabilização dos mercados financeiros. Em todo caso, consoante seu novo papel internacional e de liderança na diplomacia dos países em desenvolvimento mais dinâmicos, o Brasil foi convidado em 1996, junto com outros sete países emergentes, a ingressar no Banco de Compensações Internacionais (BIS, na sua sigla em inglês), o que foi efetivado em 1997, assim como a participar, mais tarde, de esquemas restritos de discussão das turbulências financeiras (como o G-20).

6 As crises asiáticas e a moratória russa: o Brasil volta ao FMI

Começando pelo México em 1994-1995, continuando na Ásia dois anos depois, estendendo-se à Rússia em agosto de 1998 e, logo em seguida, ao Brasil, uma série de crises financeiras abalou o sistema internacional. Elas não foram as primeiras, nem serão as últimas de uma série que Charles Kindleberger chamou de "manias, pânicos e colapsos" do capitalismo (1978). Os mercados geralmente funcionam, mas eles podem enfrentar rupturas, o que requer intervenção governamental para prover estabilidade. O dilema é que se os mercados sabem que alguma ajuda virá, eles vão quebrar mais frequentemente

e funcionar de maneira menos eficiente. Este é o debate atual em torno do chamado *moral hazard*, comportamento de risco dada a existência de um "salvador".

Quando a crise financeira internacional atingiu igualmente o Brasil, no seguimento da moratória russa de agosto de 1998, e ameaçou propagar-se a outros países emergentes, o sistema internacional ficou ele próprio sob risco de colapso, o que levou às reuniões de emergência das autoridades do G-7 e do FMI (BLUSTEIN, 2001). Um pacote de ajuste fiscal, prevendo redução de gastos da administração em proporção equivalente a 2,5% do PIB e estritamente monitorado pela instituição, foi a condição essencial para se lograr uma ajuda financeira do FMI e de países-membros do G-7 e do BIS.

Essa ajuda inaugurou uma nova modalidade de intervenção das instituições financeiras internacionais, já que se tratava de disponibilizar recursos para reforçar as reservas internacionais do Brasil em caráter preventivo, ou seja, antes que se manifestasse uma inadimplência de fato, seguida de eventual decretação de moratória, como tinha sido o caso anterior da Rússia. Ela antecipou a utilização da chamada *Supplemental Reserve Facility* (SRF), instrumento de crédito inovador, pois que destinado justamente a evitar a sustentação pós-crise dos desajustes de balanço de pagamentos.

A montagem de um esquema de sustentação financeira em favor do Brasil tornou-se inevitável quando, no bojo das crises asiática e russa, os capitais de empréstimo e de crédito comercial tornaram-se repentinamente escassos, operando-se, ao contrário, uma retirada em massa de volumes consideráveis de recursos antes aplicados de forma voluntária na economia brasileira. As reservas nacionais começaram a diminuir de forma dramática, de algo como 72 bilhões no período anterior à crise russa para menos de 40 bilhões em meados de novembro de 1998. A dependência financeira do Brasil ficou evidenciada a partir de 1996, quando o déficit nas transações correntes atingiu cerca de 3,27% do PIB, de um patamar relativamente confortável de aproximadamente 0,3% no começo do Plano Real. Em novembro de 1998, o déficit acumulado em 12 meses já atingia 34 bilhões de dólares, ou seja, 4,43% do PIB, colocando em relevo a necessidade de um aporte suplementar de recursos institucionais, adicionalmente ao volume de investimentos diretos e de aportes por motivo de privatizações (que em 1998 atingiram, de forma conjunta, um volume recorde de 24,5 bilhões de dólares).

O pacote de ajuda, anunciado finalmente em 13 de novembro de 1998, tinha sido montado em plena assembleia anual das instituições de Bretton Woods, no mês de outubro, e complementado por contatos diretos das autoridades financeiras do Brasil com seus parceiros das principais economias desenvolvidas e com funcionários do FMI: ele consistia em um crédito *stand-by* de 18 bilhões de dólares do Fundo, mais o uso das *Supplemental Reserve Facilities* por um prazo de 36 meses. Ademais 9 bilhões de dólares das instituições multilaterais de crédito (BIRD e BID), o Brasil habilitou-se a receber cerca de 20 bilhões de dólares no espaço de três meses a partir de novembro

de 1998 e até 32 bilhões no prazo de um ano, do FMI e de membros do BIS, dependendo do nível de suas reservas internacionais e do grau de implementação do pacote de ajuste fiscal.

Em contrapartida, o Brasil comprometeu-se a manter reservas cambiais à altura de 25 bilhões de dólares, uma firme disciplina monetária (com superávits primários equivalentes a 1,8% do PIB em 1999, 2% em 2000 e 2,3% em 2001, segundo o memorando de entendimento então firmado), mas preservou os fundamentos de sua política cambial, baseada num regime flexível de desvalorizações internas a uma banda de flutuação administrada pelo Banco Central. Esse regime cambial seria, em janeiro de 1999, radicalmente alterado em sua forma de funcionamento, no decorrer da crise sucessiva do modelo implantado em julho de 1994 e ligeiramente ajustado em abril de 1995, adotando-se a partir de então um regime de flutuação que se revelou relativamente satisfatório.

O caráter original do pacote de apoio financeiro das instituições internacionais e do grupo de 20 países que dele fizeram parte situou-se na sua natureza híbrida, concebido parcialmente como acordo *stand-by* clássico e, de maneira inédita, parcialmente como um instrumento de tipo preventivo, podendo ser acionado sem as condicionalidades normalmente associadas a esse tipo de acordo. Em outros termos, parte dos recursos foi liberada para integrar as reservas do Brasil, independentemente da necessidade de cobertura de obrigações cambiais imediatas. Outras características inovadoras foram o maior custo de uma parte do dinheiro disponibilizado – em relação às taxas normalmente praticadas pelo FMI –, exigência vinculada às condições sob as quais o Congresso dos Estados Unidos aprovou o pacote de recursos adicionais para a recomposição do capital do FMI e para a integralização dos *New Arrangements to Borrow*, estes adicionais aos recursos providos sob o "velho" esquema dos *General Arrangements to Borrow* (GAB, isto é, acordos gerais de empréstimos entre bancos centrais), administrado geralmente no quadro do BIS.

7 A crise argentina e cenário eleitoral de 2002: as novas fases do drama

A recuperação econômica, na esteira da desvalorização, foi bem-sucedida e, em abril de 2000, o Banco Central anunciou a queda dos juros e o pagamento antecipado (10 bilhões de dólares) dos montantes sacados (20 bilhões) sob o pacote de 1998. Em meados de 2001, contudo, com o agravamento da crise argentina e o aparecimento de novas incertezas nos mercados financeiros, o Brasil retirou nova "fatia" da linha de crédito *stand-by* ainda aberta, agregando 2 bilhões de dólares às disponibilidades liberadas pelo acordo com o FMI. É verdade que o processo de estabilização se deu em meio a um dos mais vigorosos processos de reformas macroeconômicas conhecido pelo Brasil desde o início do governo militar, em 1964. A redução de gastos públicos foi combinada a um

aumento de tributos poucas vezes vista na economia: elevação da CPMF de 0,2% para 0,38%, aumento da Cofins (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) de 2% para 3%, crescimento das contribuições previdenciárias dos servidores públicos federais e, sobretudo e mais relevante, o projeto de uma Lei de Responsabilidade Fiscal (aprovada em 2000), que contribuiria para disciplinar os gastos públicos.

Para o Brasil, a dramática deterioração da situação econômica na Argentina, combinada a problemas conjunturais – crise energética durante a seca de 2001 – e a dificuldades estruturais – como a baixa competitividade externa, a despeito da desvalorização – representou uma ameaça real ao equilíbrio de um ciclo que vinha prometendo uma fase virtuosa. A política monetária, confrontada uma vez mais à ameaça de pressão inflacionária – em função da queda no câmbio, entre outros fatores – teve de fazer apelo novamente à prática dos juros altos, como forma de evitar uma excessiva fuga de capitais.

Nessas condições, começou a delinear-se a continuidade do programa de assistência financeira do FMI, que normalmente deveria encerrar-se em novembro de 2001 (depois de sete avaliações conduzidas com a instituição), o que foi efetivamente implementado em agosto desse ano, mediante novo acordo preventivo prevendo a liberação de mais de 15 bilhões de dólares (sendo 25% na modalidade *stand-by* e o resto como *SRF*), para reforço de reservas internacionais e garantia contra novos ataques especulativos contra o Real. Pela utilização desse montante, o Brasil estava pagando entre 4,5% e 5% de juros anuais por 25% do valor do empréstimo e 7,5% pelo restante; no novo programa o País comprometia-se a elevar o superávit primário para 3,5% do PIB para 2003 e 2004.

Esse novo acordo de empréstimo por parte do FMI – equivalente a cerca de 400% da cota do Brasil junto ao Fundo e válido para o período de setembro de 2001 a dezembro de 2002 – deveria permitir cobrir, pelo menos parcialmente, as necessidades em divisas decorrentes de pagamentos devidos pelo serviço da dívida, pela amortização de títulos que venham à maturidade nesse período, bem como outras necessidades da balança de transações correntes, se os investimentos diretos não atingissem patamares satisfatórios em termos de volume e ritmo de entrada. Somados aos recursos disponíveis nas próprias reservas do País, bem como aos fluxos e disponibilidades das instituições multilaterais de crédito, esse montante deveria dar um horizonte de segurança à administração das contas públicas e externas do Brasil. De fato, a situação conheceu relativa estabilidade, a ponto de o Brasil se permitir pagar antecipadamente ao FMI, em abril de 2002, cerca de 4,2 bilhões de dólares, um montante similar ao que ele havia sacado preventivamente em setembro de 2001.

Em meados de 2002, no entanto, com o recrudescimento da crise no Cone Sul – inexistência total de qualquer acordo entre a Argentina e o FMI, drenagem quase completa do sistema bancário uruguaio, com fechamento de agências e bloqueio de depósitos, como na Argentina, aliás –, ademais das incertezas derivadas do processo

eleitoral brasileiro – que tendia a favorecer os candidatos presidenciais da oposição – ou do chamado "terrorismo econômico" provocado pelo pânico de inadimplência brasileira junto aos chamados "formadores de opinião do mercado" – também conhecidos como "especuladores de *Wall Street*" – o Brasil se viu, novamente, engolfado na voragem da crise financeira, com um declínio abrupto e significativo da paridade do real em relação ao dólar. Já no mês de junho, o governo decidiu sacar cerca de 10 bilhões de dólares do acordo em vigor, e obteve do FMI a redução do montante requerido como reservas de garantia (que então passaram de 20 a 15 bilhões de dólares).

Com a deterioração do cenário financeiro em decorrência do crescimento do candidato de oposição nas pesquisas eleitorais, o governo optou por negociar em pleno período de campanha, como tinha ocorrido em 1998, um novo acordo de sustentação financeira com o FMI, acertado em 7 de agosto de 2002, previamente à sua aprovação pela diretoria executiva do Fundo em setembro seguinte. É verdade que tanto os títulos da dívida brasileira quanto o valor externo do real tinham despencado dramaticamente no espaço de poucas semanas, antecipando, talvez, um cenário potencialmente catastrófico, como o que tinha acabado de ocorrer na Argentina. A despeito da divulgação de uma "carta ao povo brasileiro" em junho de 2002, na qual se comprometia a manter as linhas principais da política econômica em vigor e a respeitar os contratos internacionais do Brasil, o candidato Lula também prometia, em cima dos palanques, "mudar radicalmente a política econômica" seguida até então.

Segundo o novo acordo do Brasil com o FMI, que substituiu o anterior e foi o terceiro concluído na segunda administração FHC, o Brasil passou a dispor, por um período de 15 meses a partir de sua assinatura, de 30 bilhões de dólares adicionais (em torno de 23,4 bilhões de DES) para utilização em caso de necessidade, sendo que 20% desse valor (em torno de 6 bilhões de dólares) poderiam ser utilizados já em 2002. Em estipulação suplementar ao acordo, o piso das reservas em divisas foi reduzido em 10 bilhões de dólares (para apenas 5 bilhões), o que liberou de imediato quantia equivalente para utilização na eventual amortização de obrigações externas do País ou para reforço das operações de intervenção do Banco Central nos mercados cambiais.

Em contrapartida, para garantir a sustentação fiscal dos novos arranjos, o governo FHC comprometeu-se a manter o nível do superávit primário em 3,75% do PIB em 2003 (com uma elevação temporária para 3,9% nos meses seguintes), com sua previsível recondução nas diretrizes orçamentárias de 2004 e 2005; também se previa a estabilização da dívida líquida do setor público em 59% do PIB. Na verdade, o novo governo Lula, que assumiu em janeiro de 2003, estipulou, em sua primeira carta de intenções remetida pelo ministro da Fazenda Antônio Palocci ao diretor-gerente do FMI (em 28 de fevereiro), que tinha voluntariamente decidido elevar a meta do superávit para 4,25%, com sugestão concomitante de manutenção desse nível até o final do governo, em 2006. Em meados do ano de 2003, consultas discretas foram mantidas pela equipe econômica para a conclusão de um novo acordo de sustentação financeira,

independente do concluído em 2002, mas que se deveria situar na continuidade do anterior.[7]

8 A esquerda anti-FMI e o fim dos acordos formais

Desde 1958, o Brasil tinha contraído 17 operações de crédito junto ao FMI, em geral na modalidade de acordos *stand-by*. Quatro acordos sucessivos foram feitos entre 1998 e 2002, com revisões intermediárias e uma adicional, em 2003, quando o governo Lula reforçou o compromisso com o cumprimento das metas estabelecidas e aumentou voluntariamente o objetivo para o superávit primário, então fixado em 4,25% do PIB (*vide* Tabela 2, *in fine*). Tamanho rigor fiscal não se via desde o início do regime militar, o que se entende como decorrência da desconfiança dos mercados em relação à boa gestão macroeconômica por parte de um governo cujos líderes, durante os vinte anos anteriores, prometiam desmantelar as bases da economia de mercado no Brasil. Essa conversão neoliberal foi bem recebida pelos mercados e pelas instituições de Bretton Woods.

O governo Lula ainda fez aprovar, em 2005, a extensão das metas de superávit primário para até 2007, como uma das garantias oferecidas para, nesse mesmo ano, não renovar, ou não negociar um novo acordo com o FMI. O Brasil passaria a ficar livre, portanto, das condicionalidades associadas aos acordos precedentes, mas se comprometia com o atingimento das metas fiscais previamente estabelecidas (como o superávit primário inscrito legalmente no orçamento). O governo também prometia implementar as reformas previdenciárias aprovadas no Congresso, além de empreender uma reforma tributária e colocar em vigor uma nova lei de falências (esta a única realizada). Todas as demais promessas, sobretudo as de redução dos gastos públicos, a diminuição da dívida pública, a melhoria do ambiente geral de negócios, com a diminuição dos entraves burocráticos e regulatórios ao empreendedorismo no Brasil, não foram implementadas ou sequer iniciadas. Quando ocorreram mudanças benéficas, como a elevação dos volumes de crédito na economia, isso se deu em detrimento do aumento da competitividade no mercado de capitais de empréstimo, com um aumento da participação do setor público na oferta total de crédito; a aprovação de uma lei de parcerias público-privadas, por exemplo, jamais teve aplicação prática.

Independentemente do abandono quase total das reformas estruturais, o governo Lula decidiu interromper – mais por razões políticas que econômicas – os entendimentos com o FMI, renunciando, assim, a linhas eventuais de crédito em divisas com custos notoriamente inferiores aos disponíveis nos mercados comerciais.[8] Com efeito, não se pode deixar de registrar que as emissões de bônus soberanos pelo Brasil carregam uma taxa de risco (*spread*) sempre superiores às linhas de crédito – mesmo suplementares – do FMI. Em qualquer hipótese, a possibilidade de um apelo ao FMI em caso de necessidade, como uma nova crise financeira internacional ou uma deterioração

sensível das contas externas, que colocasse em risco nossa capacidade de pagamento das obrigações externas (juros da dívida, amortização dos empréstimos contraídos, transferências de divisas por pagamento de fatores e outras saídas de capitais), sempre está presente no horizonte das possibilidades, mas o governo prefere, obviamente, agitar a bandeira da "soberania financeira".

Em apoio à decisão de 2005, ressalte-se que as contas externas do Brasil estavam relativamente em ordem, com amplo superávit comercial, o que permitia cobrir o déficit crônico dos serviços (e, portanto, das transações correntes) e outras saídas de capital. Os investimentos diretos estrangeiros também estavam sendo retomados, o que representava uma garantia adicional. Não havia, assim, necessidade, *stricto sensu*, de renovação do acordo. Mas o Brasil não deixa de exibir algumas fragilidades, internas e externas, como a grande dívida pública e a existência de déficit nominal no orçamento, mesmo com acúmulo de superávits primários (que não chegam, entretanto, a cobrir os pagamentos de juros da dívida pública). Nessa hipótese, um acordo com o FMI pode representar a garantia de saldo disponível, em caso de necessidade, e, sobretudo, um aval sobre a qualidade das políticas econômicas; ele também pode representar uma espécie de sinal de alerta sobre a fragilidade de nossas contas externas. Em última instância, cabe ao próprio Brasil realizar os esforços necessários para colocar as contas públicas, sobretudo as internas, em condições de sustentabilidade permanente, o que os economistas do Fundo não deixam de lembrar a cada vez.

Conclusões: 70 anos de um relacionamento errático

Os setenta anos que nos separam da conferência de Bretton Woods conheceram duas fases básicas do sistema monetário internacional: as três primeiras décadas, caracterizadas, grosso modo, pelas tentativas nem sempre bem-sucedidas de manutenção do esquema de estabilidade cambial acordado em 1944, com base na preservação de uma paridade fixa entre o dólar e o ouro, e na adesão correspondente de todas as demais moedas a essa relação fundamental, e o "não sistema" conhecido desde 1973, de eliminação formal dessa obrigação e de flutuação não administrada das moedas dos países membros, o que implicou novas modalidades de apoio emergencial do FMI aos países enfrentando dificuldades de balanço de pagamentos. O Brasil atravessou todas essas fases, com um respeito muito incompleto, e geralmente frustrado, das regras e condicionalidades estabelecidas pelo FMI ao longo de uma dependência que se estendeu desde a primeira fase – quando sequer se respeitou o princípio da unicidade cambial – até o início do presente milênio.

Essa longa trajetória, que também reproduziu o itinerário errático das políticas econômicas do Brasil – geralmente expansivas e desenvolvimentistas –, não foi caracterizada por uma conformidade do País ao chamado "modelo de Bretton Woods", bem mais ortodoxo, em suas principais determinações econômicas, do que o efetivamente

seguido pelos governos brasileiros, tanto sob o regime autoritário quanto na fase democrática recente. Numa primeira fase, o Brasil, junto com alguns outros países na mesma situação, insistia que as instituições de Bretton Woods precisavam incorporar a dimensão do desenvolvimento em seus programas de ajuste financeiro, o que só foi alcançado muito parcialmente (e de forma mais abrangente no sistema multilateral de comércio, que agregou o conceito de tratamento diferencial e mais favorável para países em desenvolvimento). Uma segunda fase, de relacionamento quase conflituoso, ocorreu durante os grandes desequilíbrios externos e processos de aceleração inflacionária dos anos 1970 a meados dos 1990, com encontros e desencontros em torno de sucessivos acordos *stand-by*. Finalmente, no novo milênio, o Brasil conseguiu superar a dependência – inclusive porque assumiu seriamente a responsabilidade por ajustes nas contas internas – mas também contraiu com o FMI o encargo de produzir superávits primários no orçamento doméstico, como forma de estabilizar as obrigações governamentais no quesito da dívida pública.

O período recente, caracterizado pelo acúmulo de reservas internacionais – até mais do que seria necessário para cobrir importações –, vem sendo marcado pela insistência do Brasil na atribuição de maior dotação nos capitais constitutivos das duas organizações de Bretton Woods, aspiração que vem sendo dificultada pela relutância de diversos países europeus em ver diminuída sua participação no processo decisório. Em todo caso, o Brasil entrou em uma nova fase de seu relacionamento de 70 anos com o FMI e o Banco Mundial, não mais submetido – pelo menos nas condições prevalecentes do início da segunda década dos anos 2000 – à antiga condição de dependência, podendo até exibir uma nova faceta, a de credor moderado do Fundo. Cabe registrar, contudo, que a continuidade ou o agravamento dos desequilíbrios nas contas internas e dos déficits nas transações correntes, acrescidos do endividamento privado mercantil – que tem, de toda forma, de ser coberto pela disponibilidade de divisas administradas pelo Banco Central – pode gerar nova situação de fragilidade financeira externa, a despeito mesmo das reservas acumuladas, com potencial para fazer o País retroceder a fases outrora conhecidas em sua história financeira. A história nunca se repete da mesma forma, mas episódios de crises financeiras, em todas as dimensões e contextos conhecidos, são recorrentes no itinerário contraditório da economia mundial, envolvendo tanto países avançados quanto economias emergentes. Em última instância, o registro histórico indica que o Brasil, por uma combinação de conjuntura externa desfavorável ou equívocos de política econômica, não se encontra ao abrigo de novas recaídas num eventual cenário de crise financeira.

NOTAS

***** O autor agradecer a apresentação de sugestões e de correções pelos pareceristas anônimos, bem como o competente trabalho de revisão formal efetuado no seguimento.

1 Este artigo conta, para além da análise da literatura secundária, com uma revisão de fontes primárias e de materiais constantes do acervo pessoal do autor, envolvendo negociações e discussões preparatórias para negociações internacionais nesta área da política financeira externa do Brasil. Destaca-se, em especial, o acompanhamento direto do assunto como chefe da Divisão de Política Financeira do Itamaraty, nos anos 1995 a 1999 e, depois, na Embaixada do Brasil em Washington, de 1999 a 2003. Todas as posições aqui apresentadas são, no entanto, de responsabilidade exclusiva do autor.

2 Cabe registrar que a Argentina fez reserva da resolução V, que recomendava a cessação de relações comerciais e financeiras com os países agressores (*FINAL ACT*, 1942, p. 57).

3 O relatório do grupo foi publicado como: William Fellner, Fritz Machlup, Robert Triffin, *and others*, *Maintaining and Restoring Balance of International Payments* (Princeton: Princeton University Press, 1966); *apud* CONNELL, 2013.

4 A partir de 1981, o SDR, que consolidou-se como a moeda de referência do FMI, passou a ser baseado unicamente num coquetel representado por cinco moedas: o dólar americano (42%), o marco alemão (19%), o iene japonês, a libra britânica e o franco francês (13% cada uma); o marco alemão e o franco francês passaram a ser representados pelo euro, quando de sua introdução, mas as proporções entre as moedas foram sendo alteradas ao longo do tempo.

5 Em 1946, por exemplo, no momento de sua entrada no sistema do FMI, a libra britânica já tinha sido desvalorizada de US$ 4,86 para US$ 4,03, seguindo-se nova e importante desvalorização em setembro de 1949, de US$ 4,02 para US$ 2,80, num movimento que deslanchou a desvalorização de 25 outras moedas; em novembro de 1967, outra crise da libra estabelece a sua nova paridade em US$ 2,40, indicando que o mundo de Bretton Woods estava sendo irremediavelmente alterado.

6 A Universidade de Princeton organizou diversos encontros para examinar a questão, publicando os resultados em seguida: Stephen Harris, *The bürgenstock communiqué: a critical examination of the case for limited flexibility of exchange rates*, *essays in international finance* n. 80 (Princeton University, International Finance Section, 1970); Franco Modigliani e Hassein Askari, *The reform of the international payments system*, *essays in international finance* n. 89 (Princeton University, International Finance Section, 1971).

7 Segundo anunciado em 5 nov. 2003 pelo Ministério da Fazenda, o novo acordo de aproximadamente US$ 14 bilhões – US$ 8 bilhões referentes à parcela anterior não sacada e mais US$ 6 bilhões extras – proposto pelo governo brasileiro ao FMI estendia a negociação e os desembolsos até 2007. Como o acordo anterior de US$ 30 bilhões, firmado em 2002, previa um prazo de vigor até 2006, a nova negociação permitiria a extensão dos desembolsos e saques por mais um ano. O acordo com o FMI previa três desembolsos diferenciados: um de aproximadamente US$ 12 bilhões em 2005, outro de mais US$ 8 bilhões para 2006 e mais US$ 2,5 bilhões em 2007 (disponível em <http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2003/r031106.asp>).

8 Em 13 dez. 2005, o Brasil anunciou sua intenção de efetuar um pagamento antecipado ao Fundo, correspondendo a um montante DES/SDR 10.79 bilhões (US$ 15.46 bilhões); as obrigações pendentes do Brasil tinham sido contraídas sob o acordo *stand-by* de 2002, ampliado em 2003 (disponível em: <http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2005/pr05275.htm>).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. Finanças internacionais do Brasil: uma perspectiva de meio século (1954-2004). In: SARAIVA, José Flávio Sombra; CERVO, Amado Luís (Orgs.), *O crescimento das relações internacionais no Brasil*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2005, p. 231-270.

_____. O Brasil e as crises financeiras internacionais, 1929-2001. In: ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Os primeiros anos do século XXI: o Brasil e as relações internacionais contemporâneas*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002. p. 189-232.

_____. O Brasil e o sistema de Bretton Woods: instituições e políticas em perspectiva histórica, 1944-2002. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SILVA, Roberto Luiz (Orgs.), *O Brasil e os acordos econômicos internacionais: perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI*. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 30-64.

_____. *Relações internacionais e política externa do Brasil: a diplomacia brasileira no contexto da globalização*. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

ARAÚJO, João Hermes Pereira de. Oswaldo Aranha e a diplomacia. In: CAMARGO, Aspásia; ARAÚJO, João Hermes Pereira de; SIMONSEN, Mário Henrique. *Oswaldo Aranha: a estrela da revolução*. São Paulo: Mandarim, 1996, p. 105-379.

BAER, Monica. A dívida externa brasileira: estratégias de negociação e impactos internos (1983-1987). In: PEREIRA, Luiz Bresser (Org.). *Dívida Externa: crise e soluções*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 184-218.

BARREIROS, Daniel de Pinho. Atuação da Delegação Brasileira na Formulação do Acordo Internacional de Bretton Woods (1942-1944), *História* 28 (2). São Paulo, 2009, p. 515-570. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/his/v28n2/18.pdf>. Acesso em 20 jul. 2014.

BATISTA JR., Paulo Nogueira. *Da crise internacional à moratória*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BERGSMAN, Joel. *Brazil: industrialization and trade policies*. Londres: Oxford University Press, 1970.

_____. A política comercial no pós-guerra. In: VERSIANI, Flávio Rabelo; BARROS, José Roberto Mendonça de (Orgs.), *Formação econômica do Brasil, a experiência da industrialização*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 391-410.

BERNSTEIN, Edward M.. *International effects of U.S. economic policy* (Materials prepared in connection with the Study of Employment, Growth, and Price Levels for Consideration by the Joint Economic Committee, 86 Congress, 2 session. 1960.

BIDERMAN, Ciro; COZAC, Luis Felipe L.; REGO, José Marcio. *Conversas com economistas brasileiros*. São Paulo: Editora 34, 1996, cap. 1. CAMPOS, Roberto de Oliveira, p. 31-59.

BLACK, Stanley W. *A levite among the priests: Edward M. Bernstein and the origins of the Bretton Woods system*. Boulder: Westview Press, 1991.

BLUSTEIN, Paul. *The chastening: inside the crisis that rocked the global financial system and humbled the IMF*. New York: Public Affairs, 2001.

BOUGHTON, James M. *Silent revolution: the international monetary fund, 1979-1989*. Washington: International Monetary Fund, 2001.

CERQUEIRA, Ceres Aires. *Dívida externa brasileira: processo negocial, 1983-1996*. Brasília: Banco Central do Brasil, 1997.

CONNELL, Carol M.. *Reforming the world monetary system: Fritz Machlup and the Bellagio group*. London: Pickering & Chatto, 2013.

CRUZ, Paulo Davidoff. *Dívida externa e política econômica: a experiência brasileira nos anos setenta*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FINAL ACT *of the Third Meeting of the Ministers of Foreign Affairs American Republics*. Rio de Janeiro, Brasil, 15 a 28 de Janeiro de 1942. Disponível em: <*http://www.oas.org/council/meetings%20of%20consultation/actas/acta%203.pdf*> Acesso em: 20 jul. 2014.

FRIEDMAN, Milton. The case for flexible exchange rates. *Essays in positive economics.* Chicago: The University of Chicago Press, 1953, p. 157-203.

GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio, ouro e dívida externa, de Figueiredo a FHC*. São Paulo: Saraiva, 2002.

HAZLITT, Henry. *From Bretton Woods to world inflation: a study of causes and consequences.* Chicago: Regnery Gateway, 1984.

HUDDLE, Donald L. Balanço de pagamentos e controle de câmbio no Brasil, diretrizes políticas e história, 1946-1954, *In*: VERSIANI, Flávio Rabelo; BARROS, José Roberto Mendonça de (Orgs.), *Formação econômica do Brasil, a experiência da industrialização*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 357-389.

IANNI, Otávio. *Estado e planejamento econômico no Brasil, 1930-1970*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.

KINDLEBERGER, Charles. *Manias, panics, and crashes: a history of financial crises*. New York: Basic Books, 1978.

KRAUZE, Lawrence B.. *Sequel to Bretton Woods: a proposal to reform de world monetary system*. Washington: The Brookings Institution Staff Paper, 1971.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SILVA, Roberto Luiz (Orgs.). *O Brasil e os acordos econômicos internacionais: perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI*. São Paulo: Editora RT, 2003.
MEYER, Arno. As negociações da dívida externa do Brasil no âmbito do Clube de Paris, In: BELUZZO, Luiz Gonzaga de Mello; BATISTA JR., Paulo Nogueira (Orgs.), *A Luta pela sobrevivência da moeda nacional: ensaios em homenagem a Dilson Funaro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 51-90.
MONTEIRO, Jorge Vianna. *Lições de economia constitucional brasileira.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.
MOREIRA, Marcílio Marques. *Diplomacia, política e finanças: De JK a Collor: 40 anos de história por um de seus protagonistas.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
OLIVEIRA, Gesner. *Brasil-FMI: frustrações e perspectivas.* São Paulo: Bienal, 1993.
PEREIRA, José Eduardo Carvalho. *Financiamento externo e crescimento econômico no Brasil: 1966/73.* Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1974.
PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. The debt problem: pospone it or Solve it?, *Revista de economia política* vol. 8, n. 4, outubro 1989. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser (Org.). *Dívida Externa: crise e soluções*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 241-246.
_____. Uma estratégia alternativa para negociar a dívida externa, *XIV Congress of Latin American Studies Association* (New Orleans). In: *Senhor* n. 380, 4/07/1988. p. 46-47; In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Dívida externa: crise e soluções*, *op. cit.*, 1989. p. 219-237.
PORTELLA FILHO, Petrônio. *A moratória soberana: a alternativa do confronto externo, seus custos, perspectivas e mitos*. São Paulo: Alfa-Omega, 1988.
TRIFFIN, Robert. *Europe and the money muddle: from bilateralism to near convertibility, 1947-1956*. London: Oxford University Press, 1957.
_____. *Gold and the dollar crisis: the future of convertibility.* New Haven: Yale University Press, 1960.
VIANNA, Sergio Besserman. Duas tentativas de estabilização: 1951-1954. *In*: ABREU, Marcelo de Paiva (Org.), *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana, 1889-1989*. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 123-150.

TABELA 2 – BRASIL: ACORDOS FORMAIS ESTABELECIDOS COM O FMI, 1958-2010

DATA DO ACORDO	TIPO DE ACORDO	EXPIRAÇÃO CANCELAMENTO	QUANTIA[1] (DES MILHÕES)	QUANTIA SACADA	QUANTIA NÃO SACADA	MINISTRO DA FAZENDA
03.06.58	*STAND-BY*	02.06.59	37,50	37,50	—	LUCAS LOPES
18.05.61	*STAND-BY*	17.05.62	160,00	60	100,0	CLEMENTE MARIANI
13.01.65	*STAND-BY*	12.01.66	125,00	75,00	50,00	GOUVÊA BULHÕES
01.02.66	*STAND-BY*	31.01.67	125,00	—	125,00	GOUVÊA BULHÕES
13.02.67	*STAND-BY*	12.02.68	30,00	—	30,00	GOUVÊA BULHÕES
29.04.68	*STAND-BY*	28.04.69	87,50	75,00	12,50	DELFIM NETTO
29.04.69	*STAND-BY*	04.02.70	50,00	—	50,00	DELFIM NETTO
04.02.70	*STAND-BY*	03.02.71	50,00	—	50,00	DELFIM NETTO
04.02.71	*STAND-BY*	03.02.72	50,00	—	50,00	DELFIM NETTO
03.03.72	*STAND-BY*	02.03.73	50,00	—	50,00	DELFIM NETTO

01.03.83	EFF[2]	28.02.86	4.239,38	2.743,13	1.496,25	DELFIM NETTO[3]
23.08.88	*STAND-BY*	28.02.90	1.096,00	365,30	730,70	MAILSON NÓBREGA
29.02.92	*STAND-BY*	31.08.93	1.500,00	127,50	1.372,50	MARCÍLIO MOREIRA
13.11.98	*STAND-BY*	23.08.01	3.907.00	2.958,00	948,00	PEDRO S. MALAN
13.11.98	SFR[4]	10.04.01	9.117,56	6.512,65	2.604,90	PEDRO S. MALAN
14.09.01	*STAND-BY*	14.12.02	12.144,00	7.700,00[5]	4.444,00	PEDRO S. MALAN
06.09.02[6]	*STAND-BY*	31.12.03	22.800,00	5.300,00	17.500,00	PEDRO S. MALAN
14.03.03	*STAND-BY*	31.12.03	3.000.000	—	(RESERVAS)	ANTÔNIO PALOCCI
13.12.05	PAGAMENTO[7]	—	10.790,00	—	—	ANTÔNIO PALOCCI
22.01.10	EMPRÉSTIMO AO FMI		US$ 10 BI	(À DISPOSIÇÃO DO FMI) [8]		GUIDO MANTEGA

(1) DES (Direito Especial de Saque, ou SDR, em inglês) = US$ 1,36; para o período anterior à criação dos DES (1967-1970) trata-se do equivalente em dólares dos Estados Unidos;
(2) Extended Fund Facility, instrumento de saque criado por programa específico do FMI;
(3) Ministro do Planejamento encarregado dos organismos internacionais;
(4) Supplemental Reserve Facility;
(5) Saque efetuado em 21.06.2002, dos quais DES 3,3 bilhões em linha SRF;
(6) Valor em dólares: 31,4 bilhões;
(7) Brasil efetua o pagamento dos montantes colocados à sua disposição pelo FMI nos dois acordos anteriores, por um valor equivalente a US$ 15,46 bilhões;
(8) Brasil se dispõe a comprar até US$ 10 bilhões em notas a serem eventualmente emitidas pelo FMI.

Fontes: Relatórios anuais do FMI; pesquisas do autor;
Nota: Um sumário de todas as transações financeiras entre o Brasil e o FMI, de 1984 a 2011, pode ser visto neste link: <*http://www.imf.org/external/np/fin/tad/extrans1.aspx?memberKey1=90&endDate=2011-05-30&finposition_flag=YES*>. Acesso em 20 jul. 2014.

Paulo Roberto de Almeida

pralmeida@me.com | Diplomata de carreira
Professor no programa de mestrado e doutoramento em Direito do Centro Universitário de Brasília (Uniceub)

RECEBIDO EM 20.07.2012 | APROVADO EM 25.11.2014

A POLÍTICA, O DIREITO E O DESENVOLVIMENTO: UM ESTUDO SOBRE A TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO

Silviana L. Henkes

POLITICS, LAW AND DEVELOPMENT: A STUDY ON THE TRANSPOSITION OF THE SÃO FRANCISCO RIVER

RESUMO

Este artigo analisa sob o contexto histórico-jurídico a decisão (política e jurídica) de transpor o rio São Francisco com o objetivo geral de demonstrar que a promessa de desenvolvimento econômico sem considerar adequadamente a dimensão ambiental e a social legará à sociedade brasileira, em especial a do Semiárido, impactos, danos e riscos ambientais, além dos altos custos financeiros de sua manutenção. Objetiva-se também resgatar a história da Transposição do rio São Francisco, apresentar o projeto de Transposição do Governo Lula e demonstrar como o direito ambiental brasileiro, o Plano Decenal da Bacia do rio São Francisco e a opinião popular foram desrespeitados na decisão de transpor o rio São Francisco. A pesquisa é de cunho teórico-prático, tendo-se adotado o método de abordagem indutivo e um extenso rol de fontes bibliográficas e documentais. A partir da pesquisa, concluiu-se que a decisão de transpor o rio São Francisco em prol do desenvolvimento econômico com a chancela do poder judiciário (STF), desconsiderou a opinião popular, o Plano Decenal da Bacia do rio São Francisco, aspectos do direito ambiental brasileiro (princípios da prevenção, precaução, participação popular etc.) e a busca pelo desenvolvimento sustentável.

PALAVRAS-CHAVE

Transposição do rio São Francisco; Direito ambiental; Desenvolvimento sustentável; Decisões; Riscos.

ABSTRACT

This paper examines in historical and legal context the decision (political and legal) of transposing the Sao Francisco River, with the overall objective of demonstrating that the promise of economic development without adequately considering the environmental and social aspects will bequeath to the Brazilian society, especially the semi-arid, environment, impacts, environmental damage and risks, in addition to high financial costs of maintaining it. It also aims to rescue the history of the São Francisco Transposition; present the project for transposition of president Lula; demonstrate how the Brazilian Environmental Law, the Ten Year Plan of the São Francisco River Basin and popular opinion were disregarded in the decision to transpose the San Francisco river. For this study the inductive method was adopted and primary and secondary sources were used. Through research it was concluded that the decision to cross the San Francisco river in support of economic development with the seal of the judiciary (STF), disregards the popular belief, the Ten Year Plan of the São Francisco River Basin, the Environmental Law in use, and the pursuit of sustainable development.

KEYWORDS

Transposition of São Francisco river; Environmental law; Sustainable development; Decisions; Risks.

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201421

Introdução

O Governo brasileiro vem executando e planejando grandes obras de infraestrutura (construção de rodovias, hidrelétricas, aeroportos etc.) na expectativa e promessa de desenvolvimento do país ou de determinadas regiões, como a do Semiárido Nordestino. Neste caso, por meio da transposição do rio São Francisco. Deste modo, torna-se indispensável analisar a efetividade do Direito e o papel do operador jurídico para a promoção da sustentabilidade. E, ainda, refletir sobre as consequências das decisões (políticas e jurídicas) no intuito de (re)pensar as escolhas futuras.

Importa salientar desde já que a execução das obras de infraestrutura, muitas delas planejadas pelo Governo Federal por meio dos Programas de Aceleração do Crescimento (PAC), tem repercussões positivas para a sociedade brasileira, em especial no âmbito econômico e com interfaces no campo social, como a geração de empregos e o aumento da circulação de renda. Contudo, a tomada de decisão, política e jurídica, não deve olvidar a dimensão ambiental e social, a fim de que o desenvolvimento almejado seja justo e sustentável. A maioria das obras de infraestrutura em execução ou planejadas no âmbito do PAC têm direta, complexa e irreversível interferência no meio ambiente, razão pela qual a sustentabilidade ambiental e a viabilidade técnica, além da econômica, e a aceitabilidade social, devem ser comprovadas.

Neste sentido, este artigo abordará sob o enfoque histórico-jurídico a transposição do rio São Francisco com o objetivo geral de demonstrar o desrespeito a preceitos importantes do ordenamento jurídico, em especial, do direito ambiental, em prol da promessa de desenvolvimento econômico. A transposição é defendida pelo Governo Federal como a solução para os problemas do Semiárido Nordestino por meio do esperado desenvolvimento econômico da região com o aumento das fontes de trabalho e fixação da população na região.

Não obstante, os impactos, danos e riscos ambientais (sociedade e natureza) foram minimizados ou desconsiderados pelo Governo Federal (Presidência da República, Secretarias, Ibama, ANA, MIN etc.) e, em especial, no Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA). Muitos estudos e, inclusive, o RIMA atestam que a obra ocasionará a perda e a extinção de espécies da flora e fauna, interferências em espaços protegidos, aumento e/ou aparecimento de doenças, acidentes com a população, ruptura de relações sociocomunitárias, introdução de riscos e tensões sociais, portanto, acenando para a sua insustentabilidade etc.

O estudo tem como objetivos específicos: a) resgatar a história da transposição do rio São Francisco; b) apresentar o projeto da transposição; c) demonstrar como alguns preceitos do direito ambiental brasileiro foram desrespeitados na decisão de transpor o rio São Francisco, em especial, os princípios de prevenção, precaução e participação; e d) mostrar os impactos, danos e riscos ambientais decorrentes da obra demonstrando a sua insustentabilidade.

Para a realização deste estudo, adotou-se o método indutivo, foi usado amplo rol bibliográfico e documental. Foi estabelecida a seguinte hipótese de pesquisa: a decisão de transpor o rio São Francisco em prol do desenvolvimento econômico com a chancela do Poder Judiciário (STF) desconsidera preceitos do direito ambiental vigente e a busca pelo desenvolvimento sustentável.

1 A história da transposição do rio São Francisco

Desde o século XIX, a transposição do rio São Francisco vem sendo defendida como a solução para "os problemas do Nordeste". A primeira proposta, ainda que muito vaga, tratava da abertura de um canal que levasse água do rio São Francisco ao rio Jaguaribe, idealizada no século XIX, pelo ouvidor José Raimundo dos Passos Barbosa, em 1818 (VILLA, 2004, p. 1).[1]

Pouco tempo depois, Dom Pedro II também passou a defender a transposição como o meio mais eficaz de lidar com as secas no Nordeste e o Projeto de Transposição do rio São Francisco começou a ser delineado. Por volta de 1850, o engenheiro Henrique Fernando Halfeld foi encarregado pelo Governo Imperial de fazer um estudo sobre o rio, publicado em 1860, sob o título "Atlas de relatório concernente à exploração do rio São Francisco desde a cachoeira da Pirapora até ao Oceano Atlântico" (VILLA, 2004, p. 1). Neste estudo, o Engenheiro Halfeld defendeu a ideia de transpor as águas do rio São Francisco para o rio Jaguaribe, identificando o ponto para a retirada das águas em Cabrobó (PE) (LEITE, 2005, p. 7).

As ideias de Dom Pedro II foram esquecidas até que em 1912 (século XX), com a criação da Inspetoria Federal de Obras contra a Seca (IOCS), o projeto voltou à pauta. Contudo em 1920, foi descartado como inviável, pois à época não existia tecnologia capaz de superar as barreiras do relevo, superiores a 200 metros. Em 1959, um século depois da publicação do relatório de Halfeld, o Presidente Juscelino Kubitschek criou a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (Sudene), confiada ao Ministro Celso Furtado que não defendia abertamente a transposição por temer os riscos da salinização do solo nas áreas irrigadas e então o projeto foi arquivado (LEITE, 2005, p. 7).

No Governo de Figueiredo (1979-1985), o Ministro do Interior, Mário Andreazza, resgatou o projeto em 1980. Seus planos fluíram até 1984, quando uma grande mortandade de peixes no rio São Francisco fez com que o projeto fosse engavetado (LEITE, 2005, p. 7).

No Governo Itamar (1992-1995), a ideia voltou à cena outra vez. Em 1994, nas mãos dos Ministros da Integração Regional, Aluízio Alves e do Planejamento, Beni Veras. Nesse governo, deu-se início ao licenciamento ambiental, formulando-se o Termo de Referência para o EIA/RIMA, em 10/05/1994. Na época, pensava-se em retirar 7,5% da vazão do rio para a obra, contra os 1,5% do atual (VILLA, 2004, p. 1; LEITE, 2005, p. 7; BAHIA, 2006, p. 1).

No pleito eleitoral para a presidência da República (1994), o candidato Fernando Henrique Cardoso não se manifestava diretamente sobre a transposição. Depois de eleito (1996), destinou R$ 500 milhões para a retomada do projeto (LEITE, 2005, p. 7). Em junho de 1996, o Ministério do Planejamento e Orçamento requereu a concessão da licença prévia para o empreendimento (licenciamento iniciado no Governo Itamar) (BAHIA, 2006, p. 1). Em 1998, ano eleitoral, o candidato à reeleição FHC tornou-se um grande defensor da transposição, mas numa versão mais racional, com vazões muito menores que as propostas anteriores. Na busca da reeleição, FHC transformou a transposição em um dos pontos de destaque do seu plano desenvolvimentista "Avança Brasil" (LEITE, 2005, p. 7).

Em 11/01/2000, o pedido de licença prévia foi renovado pelo Ministério da Integração Nacional que protocolou o EIA/RIMA em 03/07/2000. Após a realização de algumas adequações no EIA/RIMA determinadas pelo Ibama e a disponibilização do seu conteúdo ao público, foram definidas as datas de realização das audiências públicas.[2] Contudo, em decorrência das falhas detectadas no EIA/RIMA e da necessidade de complementação dos estudos de impacto ambiental, representantes do Ministério Público ingressaram com representação criminal e ação por improbidade administrativa no Ministério Público Federal do Distrito Federal contra o presidente e o diretor do licenciamento do Ibama. O projeto de transposição e o licenciamento tiveram outros embargos judiciais.[3]

Encerrados os mandatos de FHC (1995-2002), as obras não tinham saído do papel ante o embargo judicial, sendo o projeto abandonado em 2001 (BAHIA, 2006, p. 1-4; LEITE, 2005, p. 7). A grave crise energética – "apagão" – ocorrida no Brasil, a partir de abril de 2001, cujo apogeu deu-se na segunda metade daquele ano, contribuiu sobremaneira para o projeto ser esquecido (CAUBET; ARAÚJO, 2004, p. 168).

No pleito eleitoral para o governo federal (2002), o então candidato à presidência Luís Inácio Lula da Silva, não defendia abertamente a transposição.[4] Contudo, após eleito, em seu primeiro mandato (2003-2006), tornou-se um defensor do projeto e elegeu a transposição uma das principais obras de seu governo (COELHO, 2004, p. 2). O então Presidente Lula deu "carta branca" ao Ministro da Integração Nacional, Ciro Gomes para retomar o processo de licenciamento paralisado e o Governo apresentou um novo estudo de impacto ambiental ao Ibama, em 12/07/2004. Este estudo também continha diversas falhas, detectadas por vários órgãos que procederam à sua análise.

Depois de várias tentativas inexitosas, a ideia de transpor as águas do rio São Francisco saiu do papel no primeiro mandato do Governo Lula (2003-2006). Ao contrário dos projetos anteriores, este vem resistindo até a data de publicação deste artigo (dez/2014), às inúmeras contestações judiciais e sociais. Saliente-se que, além da forte vontade política (Governo Federal e de alguns governos estaduais), as condições

econômicas do país, bem como o acesso a novas tecnologias, favorecem a sua execução, ao contrário dos anteriores.

Desse modo, faz-se necessário apresentar, ainda que em breves linhas, o Projeto de Transposição do rio São Francisco concebido pelo Governo Lula e executado pelo Governo Dilma, antes de analisar seus imbróglios jurídicos.

1.1 O Projeto de Transposição do Rio São Francisco do Governo Lula

O Projeto de Transposição idealizado pelo Governo Lula – e que vem sendo executado pelo Governo Dilma – tem como objetivo captar água em dois pontos do rio São Francisco e levá-la ao Semiárido Nordestino para prover água às populações; assegurar safras agrícolas, atividades industriais e o turismo; fixar a população rural na região; promover o crescimento das atividades produtivas; diminuir gastos públicos com medidas emergenciais durante as frequentes secas; garantir água para uma infraestrutura de reserva e distribuição já existente (açudes, rios e adutoras), enfim, segundo o Governo, promover o desenvolvimento (RIMA, 2004).

A distribuição da água se dará por meio de dois eixos. O Eixo Norte (Latitude Sul 08º 32'41,1" e Longitude Oeste 39º 27'15,2") visa atingir Pernambuco (PE), Ceará (CE), Paraíba (PB) e Rio Grande do Norte (RN) – destes somente o Estado de Pernambuco faz parte da bacia. E o Eixo Leste (Latitude Sul 08º 49'37,7" e Longitude Oeste 38º 24'43,3") que beneficiará parte do Sertão e as regiões agrestes de Pernambuco e da Paraíba.

O primeiro ponto de captação (Eixo Norte) está nas proximidades da cidade de Cabrobó (PE) e percorrerá cerca de 400 km conduzindo água aos rios Salgado e Jaguaribe, no Ceará; Apodi, no Rio Grande do Norte; Piranhas-Açu, na Paraíba e Rio Grande do Norte. Ao cruzar o Estado de Pernambuco, este eixo conduzirá água para suprir as demandas de municípios inseridos em três sub-bacias do rio São Francisco: Brígida, Terra Nova e Pajeú. Para atender a região do rio Brígida, no Oeste de Pernambuco, foi concebido um ramal de 110 km de comprimento que derivará parte da vazão do Eixo Norte para os açudes Entre Montes e Chapéu. Projetado para uma capacidade máxima de 99 m^3/s, este eixo operará com uma vazão contínua de 16,4 m^3/s. Em períodos recorrentes de escassez hídrica nas bacias receptoras e de abundância na bacia do São Francisco, as vazões transferidas poderão atingir a capacidade máxima estabelecida. Os volumes excedentes transferidos serão armazenados em reservatórios existentes nas bacias receptoras: Atalho e Castanhão, no Ceará; Armando Ribeiro Gonçalves, Santa Cruz e Pau dos Ferros, no Rio Grande do Norte; Engenheiro Ávido e São Gonçalo, na Paraíba; Chapéu e Entre Montes, em Pernambuco.

O Eixo Leste terá a captação no lago da Barragem de Itaparica, no município de Floresta (PE) e percorrerá 220 km até o rio Paraíba (PB), após deixar parte da vazão nas bacias do Pajeú, do Moxotó e da região Agreste de Pernambuco. Para o atendimento da

demanda da região Agreste de Pernambuco, o projeto prevê a construção de um ramal de 70 km que o interligará à Bacia do rio Ipojuca. Previsto para uma capacidade máxima de 28 m³/s, este eixo funcionará com uma vazão contínua de 10 m³/s.

Os dois eixos terão capacidade máxima de 127m³/s (99 no Eixo Norte e 28 no Leste). Esta vazão, segundo o Ministério da Integração Nacional, será utilizada somente quando a barragem do Sobradinho (BA) estiver cheia (mais de 94% de sua capacidade). A vazão prevista para 2013 era de 26,4m³/s (16,4m³/s no Eixo Norte e 10m³/s no Leste), correspondente a 1,5% da vazão mínima[5] do rio. Em 2025, será de 63,5 m³/s (42,4 m³/s no Eixo Norte e 21,1 m³/s no Eixo Leste).

Em razão da paralisação de alguns trechos das obras, a vazão prevista para 2013 foi estimada para ser utilizada somente em 2015, data que o Governo Federal estima para a entrega da primeira parte das obras (*site* do Ministério da Integração Nacional). Convém salientar que, após a repercussão na mídia, durante o ano de 2012, acerca do estado de deterioração das obras da transposição, haja vista a paralisação da execução de sete dos dezenove trechos, e também da suspeita de irregularidades nos contratos de obras e serviços em cinco trechos, o Governo Federal noticiou que já tinha tomado as medidas cabíveis e que as obras seriam retomadas durante 2013, após a conclusão de novas licitações para saldos remanescentes (*site* do Ministério da Integração Nacional).

Atualmente, segundo informações do Governo Federal (*site* do Ministério da Integração Nacional), as obras físicas do Projeto apresentam 69,2% de execução e todas as etapas têm 100% de contratação, com previsão de entrega para o primeiro semestre de 2016. Contudo, o Ministério da Integração Nacional, em seu *site*, ainda mantém o prazo de conclusão das obras para 2015.

O valor inicial estimado para a execução do projeto era de R$ 3 bilhões (para construir os canais de concreto, estações de bombeamento e reservatórios) (MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 2004b, p. 38), mas que ainda devem ser contabilizados os gastos relativos à manutenção e à operacionalização do sistema, estimados em R$ 127 milhões que ficarão a cargo dos Estados "beneficiados" (CE, PE PB, RN) (SALOMON, 2004, p. especial 3; AB'SÁBER, 2005b, p. A18). O orçamento foi revisto e a previsão atual é de que sejam gastos R$ 8 bilhões (*site* do Ministério da Integração Nacional).

Importa salientar que diversas irregularidades quanto ao pagamento e sobrepreço das obras da transposição foram constatadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) com publicação no *D.O.U.* em 06/11/2006, por meio do Acórdão n. 2.017/2006, dentre elas estão: sobrefaturamento; falhas no orçamento; descumprimento de normas ambientais e de cronogramas financeiros. O TCU também recomendou que fossem suspensos os recursos financeiros e os pagamentos realizados sejam devolvidos aos cofres públicos até decisão judicial final sobre o Projeto.

2 A oposição e os principais entraves jurídicos ao Projeto de Transposição do Rio São Francisco do Governo Lula

2.1 As ações judiciais

Foram inúmeras ações judiciais propostas para impedir a execução do Projeto de Transposição do rio São Francisco tanto pelas falhas apresentadas no licenciamento quanto pela inaceitabilidade da obra por parte da comunidade científica e dos povos afetados, haja vista os danos ambientais comprovados.

Os entraves jurídicos[6] iniciaram com a retomada do processo de licenciamento ambiental quando da apresentação do novo EIA/RIMA. Diversas entidades ambientalistas impetraram ações contra atos do Ibama (concessão da licença), da ANA (concessão da outorga hídrica) e do Ministério da Integração Nacional (planejamento e execução do projeto de transposição). O trabalho abordará as principais, haja vista o grande número de ações propostas.

Ainda com as ações judiciais contra a transposição em trâmite, foi anunciado (novembro de 2004), em regime de urgência, uma reunião do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), para o dia 30/11/2004, tornando possível deliberar sobre o projeto em uma única reunião. A matéria não tinha sido objeto de análise pelas Câmaras Técnicas do Conselho, o que para Bahia (2006, p. 2-3) evidenciava o cunho eminentemente político da decisão a ser tomada. O CNRH defendia sua competência para deliberar sobre o projeto, amparado pela Lei n. 9.433/97, art. 35, III. Também foi divulgada a realização de nove audiências públicas[7] com início em 06/12/2004, com o objetivo de apresentar o EIA/RIMA à sociedade.

Diante desses fatos, novas ações judiciais foram propostas com objetivo de impedir a deliberação do CNRH sobre o Projeto. Também em face dessas irregularidades (agendamento de audiências e da reunião do CNRH), o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Distrito Federal impetraram, em novembro de 2004, um mandado de segurança preventivo contra o ato da presidência do CNRH, requerendo, em liminar, a suspensão das reuniões e, portanto, da deliberação sobre o projeto.

No dia 06/12/2004, o juiz da 14ª Vara Federal de Salvador determinou a suspensão das nove audiências públicas e do licenciamento ambiental e de qualquer procedimento de contratação por meio de licitação ou qualquer outro meio que objetivasse a implantação do Projeto. Em decorrência do embargo judicial, as audiências públicas não foram realizadas. Também em 06/12/2004, o juiz da 3ª Vara Federal de Sergipe ordenou: a) suspensão imediata do processo de licenciamento ambiental; b) abstenção da ANA de expedir a outorga do direito de uso das águas do São Francisco; c) imposição ao Ministério da Integração Nacional e à União Federal da obrigação de não fazer a licitação, declarando nula a já existente (BAHIA, 2006, p. 2-3).

Todavia, nova decisão judicial suspendeu as decisões anteriores e uma nova rodada de audiências públicas foi divulgada pelo Ibama (BONI, 2005, p. 4).[8] A primeira

delas, a de Fortaleza (CE), foi programada para poucos dias após a divulgação das datas das novas audiências (15/01/2005). Também no início de janeiro de 2005, o CNRH designou nova reunião para 17/01/2005, cuja pauta era a deliberação sobre o Projeto (BAHIA, 2006, p. 3-4; ALENCAR, 2005, p. 6).

Entidades e órgãos de defesa do meio ambiente e dos interesses difusos e coletivos ingressaram com nova ação judicial no dia 05/01/2005, contra o Ibama, a União e a ANA, apontando a ilegalidade do Projeto, assim como as diversas irregularidades presentes no EIA/RIMA. Postularam, liminarmente, a invalidação das audiências designadas; a suspensão do procedimento de licenciamento ambiental e impedir a União de praticar qualquer ato tendente a concretizar o Projeto de Integração da Bacia do São Francisco (BAHIA, 2006, p. 4-5).

Dessa vez, todas as liminares foram negadas e o CNRH aprovou o Projeto de Transposição do rio São Francisco na reunião ocorrida dia 17/01/2005 e iniciou a rodada de audiências públicas programadas.

Por meio da Reclamação n. 3.074, processada no Supremo Tribunal Federal (STF), admitiu-se o ingresso da União no polo passivo e a competência originária do STF em todos os processos em que litigam Estados membros ou órgãos seus contra a União ou autarquia federal acerca do Projeto de Transposição. Por consequência, todas as ações em trâmite, tendo como objeto o projeto ou seu licenciamento, foram remetidas ao STF.

Com as ações judiciais ainda em curso no STF, o Ibama concedeu a Licença Ambiental Prévia n. 200/2005, em 29/05/2005, ao Ministério da Integração Nacional. Irresignadas diversas entidades recorreram novamente ao Judiciário.

No momento em que o STF avocou a competência, estavam tramitando vários processos contra a transposição, em diversos órgãos do Poder Judiciário, em vários Estados da Federação. A partir deste momento, todos foram encaminhados e seguem tramitando no STF (em dez/2014).

2.2 As razões, as contrarrazões e a decisão liminar

Segundo o Ministro Sepúlveda Pertence na decisão liminar (ACO 876, 2006, p. 14-16), prolatada em 18/12/2006, em síntese, os argumentos utilizados nas ações judiciais em trâmite e avocadas pelo STF visavam interromper o licenciamento ambiental e cassar a licença ambiental prévia 200/2005 e, por fim, impedir a execução do Projeto de Transposição ante os seguintes argumentos: a) existir falhas e omissões relevantes no EIA/RIMA, principalmente por não ter considerado os impactos ambientais, sociais e econômicos à parte mineira[9] e baiana da bacia; b) não terem sido contempladas todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, conforme prescrito no art. 5°, da Res. Conama n. 01/86; c) desconsiderar a Região do Alto e Médio São Francisco na área de influência direta do empreendimento; d) haver imprecisões técnicas quanto aos recursos hídricos da bacia, aproveitamento hidrelétrico e propostas de sistemas

hidrossanitários; e) não ter sido cumprida a exigência de acompanhamento da certidão dos municípios atingidos pelo projeto; f) faltar a autorização do Congresso Nacional para a realização do projeto, pois há aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas, de acordo com o art. 231, § 3°, da CF/88; g) desconsiderar o Plano Decenal da Bacia (2004-2013); h) desrespeitar a Política Nacional de Recursos Hídricos; i) inviabilizar a realização das audiências públicas ante o curto lapso temporal entre a designação da data e sua efetiva execução, além da distância considerável dos locais onde se efetuariam as audiências das pessoas diretamente interessadas; j) vícios na aprovação da Resolução n. 411 emitida pela ANA ante a ausência da manifestação da Câmara Técnica; k) concessão da licença ambiental prévia 200/2005, apesar das falhas e das omissões apresentadas pelo EIA/RIMA e sem ser oportunizada a efetiva participação popular.

A parte contrária (Ibama, Ministério da Integração Nacional e a União), segundo o Ministro Sepúlveda Pertence (ACO 876, 2006, p. 16), na decisão liminar, em apertada síntese, alegava: a) o cumprimento às determinações legais; b) a realização das audiências públicas e a concessão da licença ambiental prévia não significam a conclusão do licenciamento nem mesmo o início das obras e, portanto, novos e outros esclarecimentos, bem como eventuais necessárias complementações do EIA/RIMA poderiam decorrer das indagações colhidas nas audiências; c) a concessão da licença prévia não provoca nenhum dano ao ambiente, pois não foram iniciadas as obras físicas do projeto; d) quanto às irregularidades nas licitações e contratações referentes às obras, aduziu a União que o Ministério da Integração Nacional tão somente divulgou o primeiro edital com o intuito de contratar empresa especializada para prestar apoio técnico ao Ministério da Integração visando à obtenção das licenças ambientais; e) a ilegitimidade ativa de algumas das entidades autoras.

No julgamento da liminar (18/12/2006), o Ministro Sepúlveda Pertence considerou sem legitimidade diversas entidades autoras de ações judiciais.[10] Deste modo, por carência de legitimação ativa, o Ministro julgou extintas sem julgamento de mérito (art. 267, VI, do CPC) as seguintes ações: ACO 871; AC 981; ACO 869 (ACO 876, 2006, p. 18-23).

O Tribunal Pleno do STF, por maioria, manteve a decisão considerando as entidades sem legitimidade processual (19/12/2009). Durante o ano de 2010, diversas entidades e órgãos peticionaram ao STF pedindo a realização de audiência pública e o prosseguimento do feito.

As ACO 820, 872, 873 e 876 não foram extintas em decorrência da legitimidade ativa dos demais litisconsortes. E, assim, mantiveram curso com o julgamento da liminar as seguintes ações: ACO 820; ACO 876; ACO 857; ACO 858; ACO 872; ACO 873; ACO 870; ACO 886 (decisão da ACO 876, 2006, p. 18-23). Irresignadas, as partes consideradas sem legitimidade processual recorreram da decisão.

No julgamento da liminar, o Ministro destacou também que a solução da controvérsia versava em torno da questão: para conceder a licença prévia, é exigível somente o

EIA/RIMA ou também sua aprovação? Se necessária a aprovação, todas as discussões sobre os estudos devem estar encerradas antes de ser deferida a licença prévia.

O Ministro Sepúlveda Pertence considerou que, para a concessão da licença prévia, bastava que os estudos requisitados pelo Ibama, principalmente no pertinente à viabilidade ambiental do projeto, mormente à sua localização e concepção fossem considerados "satisfatórios". Segundo o Ministro, os demais estudos somente são necessários para obter a licença de instalação e de operação, pois antes da concessão delas não serão realizadas obras físicas.

Considerou também ter o EIA/RIMA cumprido com todas as exigências legais, em especial, quanto aos requisitos prescritos pela Resolução Conama n. 01/86, em seu art. 5°. Afirmou: "foram preenchidos, ao menos sob o prisma formal, os requisitos mínimos exigidos pela legislação para apresentação do EIA/RIMA". E ainda: "os vícios e as falhas acaso detectados no seu conteúdo poderão e deverão ser corrigidos no decorrer do processo de licenciamento ambiental, certo que sua eventual existência não significa, necessariamente, frustração do princípio da participação pública" (ACO 876, 2006, p. 46).

O Ministro destaca ainda ter o Ibama concluído que os alegados vícios de conteúdo do EIA/RIMA não foram suficientes para impedir a concessão por aquele órgão da licença prévia 200/2005, quando foram especificadas seis condicionantes gerais e trinta e uma específicas, as quais constituem pressupostos de eficácia da licença prévia e somente após o atendimento de todas e ocorrência das audiências públicas, poderá o órgão ambiental federal autorizar a realização das obras, concedendo a licença de instalação. Quanto à inexistência das certidões das prefeituras municipais, ele entendeu que elas eram necessárias para o licenciamento ambiental e não especificadamente no momento da apresentação do EIA/RIMA e, como foram apresentadas posteriormente, mas em tempo, considerou sanada a irregularidade. Compreendeu ter o Ibama cumprido a legislação e os prazos legalmente prescritos quando designou as audiências públicas e o cancelamento não impediria a concessão da licença prévia. Isso "implicaria a punição do empreendedor, quando é certo que não se lhe pode imputar culpa pelos fatos", conforme manifestação do Ministro Sepúlveda (ACO 876, 2006, p. 29-50).

Quanto à suposta ilegalidade da outorga de direito do uso das águas e do certificado de avaliação da sustentabilidade hídrica emitidas pela ANA, o Ministro considerou serem conclusivos os argumentos apresentados por esta última.

Com base nesses argumentos e fatos, o Ministro Sepúlveda Pertence cassou, em 18/12/2006, todas as liminares que suspendiam o processo de licenciamento ambiental, em específico a licença prévia concedida pelo Ibama. A partir desta decisão liminar, o Ministério da Integração Nacional deu continuidade ao pedido de licenciamento e a licença prévia retificatória foi concedida em 29/12/2006 e a licença de instalação em 23/03/2007 (ACO 876, 2006, p. 46-50).

Convém ainda destacar que, na véspera da concessão da licença de instalação 438/2007, o Procurador do Ministério Público Federal do Distrito Federal, Francisco Guilherme Vollstedt Bastos recomendou ao presidente do Ibama não expedir a referida licença até que os projetos executivos fossem concluídos e as audiências públicas (para debater os estudos ambientais complementares) fossem realizadas (*site* do MPF). Ainda antes de ser conferida a licença de instalação, o TCU, em 03/11/2006, com publicação no *D.O.U.* em 06/11/2006, por meio do Acórdão n. 2.017/2006, recomendou ao Ministério da Integração Nacional não iniciar as obras ante a ausência de segurança jurídica, pois não há decisão final sobre o Projeto, já que a liminar concedida pelo Ministro Sepúlveda Pertence poderia ser cassada pelo tribunal pleno do STF. O TCU constatou 20 irregularidades nas contratações e licitações, conforme anteriormente mencionado.

A licença de instalação foi concedida sem a realização das audiências públicas recomendadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Dispensável mencionar que as audiências são necessárias para dar publicidade aos estudos do projeto que não tinham sido apresentados quando da concessão da licença prévia. Seria a oportunidade para a sociedade participar, efetivando o direito-dever constitucional à participação (art. 225 da CF/88). Com a licença de instalação em mãos, o Ministério da Integração Nacional deu início às obras da transposição.

Ante a não realização das audiências públicas, inexistência dos estudos conclusivos e controvérsia nos estudos apresentados, o Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Souza, em fevereiro de 2007, ajuizou agravo regimental no STF, pedindo a suspensão da licença ambiental de instalação e cassação da licença prévia, além de solicitar que o Congresso Nacional e as populações indígenas fossem consultados quanto ao projeto, conforme informações disponibilizadas no *site* da Procuradoria-Geral da República (POMPEU, 2007).

Em que pese o STF ter avocado todos os processos, no dia 10/12/2007, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em grau de recurso, acatou o pedido do Ministério Público Federal e suspendeu liminarmente as obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco. Para o MPF, o projeto não poderia ter sido aprovado pelo CNRH por três razões: a) o aporte hídrico pleiteado para a transposição é alvo de um procedimento administrativo no Comitê de Bacia Hidrográfica do rio São Francisco, o qual ainda não tinha sido analisado; b) o projeto viola o Plano de Recursos Hídricos por visar ao aproveitamento econômico dos usos da água; c) o projeto viola também os princípios da gestão descentralizada da água e da participação popular instituído pela Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n. 9.433/97).

Cabe destacar que a Diretoria do Comitê da Bacia Hidrográfica do rio São Francisco, reunida em Brasília, no dia 03/07/2007, reiterou sua resistência à transposição e publicou a seguinte nota:

> A Diretoria Colegiada do Comitê da Bacia Hidrográfica do rio São Francisco, reunida em Brasília, reitera a sua posição contrária ao Projeto de Transposição e lamenta que o Governo Federal esteja dando inicio às obras sem aguardar o exame de mérito das diversas ações que tramitam no Supremo Tribunal Federal além de atropelar o diálogo prometido pelo próprio Presidente da República e que foi interrompido pela ânsia de executar o projeto a qualquer custo, inclusive valendo-se do Exército Brasileiro para criar um fato consumado quanto ao início da transposição. A direção do CBHSF aproveita a oportunidade para manifestar, dentro da lei, sua solidariedade à população e às entidades da sociedade civil que estão acampadas em Cabrobó, como último gesto de pleno exercício da cidadania que resta àqueles que discordam do projeto e cujos argumentos e reivindicações não foram, até o momento, devidamente considerados pelo Governo Federal.

Não obstante, em sessão plenária, no dia 19/12/2007, o STF por seis votos contra três revogou a liminar concedida pelo TRF e julgou improcedente o agravo ajuizado pelo Procurador-Geral da República, assim como negou o provimento dos agravos regimentais interpostos pelas partes "sem legitimidade" processual, acatando o pedido da Advocacia-Geral da União (informações disponíveis no *site* do Senado Federal).

Embora todas as liminares tenham sido cassadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence, até o momento da publicação deste artigo (dez/2014) não há uma "decisão jurídica final" acerca da lide. Diversos processos avocados pelo STF ainda tramitam com o escopo de obstaculizar a execução da transposição (Reclamação 3883, ACO 876, ACO 872, ACO 1052, ACO 873, ACO 820, ACO 870).

A partir da análise dos fatos apresentados, sobressai a unívoca decisão política de executar o projeto. E, mesmo sem decisão judicial transitada em julgado, torna-se difícil acreditar que a decisão liminar vai ser revertida. As obras da transposição estão 69,2% concluídas e o prazo de conclusão apresentado é 2015, conforme informa o Ministério da Integração Nacional em seu *site*. Diversos processos tramitam no STF e se, porventura, a decisão judicial final for de encontro à liminar, será tarde, pois muito dinheiro público já terá sido gasto, o ambiente restará degradado em meio ao canteiro de obras e boa parte da população desiludida com os Poderes Executivo e Judiciário (STF).

3 Os imbróglios jurídicos da transposição do rio São Francisco

A transposição do rio São Francisco está marcada, em especial, por três grandes imbróglios jurídicos: o desrespeito a importantes preceitos das normas vigentes: 1) Plano Decenal da Bacia do rio São Francisco (2004-2013); 2) Política Nacional de Recursos

Hídricos (Lei n. 9.433/97); e 3) da legislação ambiental brasileira, em especial, daquela que versa sobre o licenciamento ambiental e a adoção dos princípios da prevenção, precaução e participação, este também consagrado no texto constitucional como direito-dever.

3.1 Derrogando o Plano Decenal de Recursos Hídricos da Bacia do São Francisco e a Política Nacional de Recursos Hídricos (2004-2013)

O Plano Decenal de Recursos Hídricos da Bacia do São Francisco (MEDEIROS, 2007) foi elaborado sob a coordenação da ANA e financiado pelo Banco Mundial. Para sua confecção, foi criado um Grupo Técnico de Trabalho do qual fizeram parte representantes da ANA, da Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco (CODEVASF) e dos Estados de Minas Gerais, Goiás, Bahia, Pernambuco, Sergipe e Alagoas e do Distrito Federal e colaboraram representantes da Companhia Energética do Estado de Minas Gerais (CEMIG), da Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF) e da Coordenação do Programa de Revitalização do Governo Federal. Também participaram na elaboração do Plano as Câmaras Técnicas de Planos e Programas e de Outorga e Cobrança do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco. Foram ouvidos representantes dos Ministérios do Meio Ambiente, da Integração Nacional, da Agricultura, dos Transportes, entre outros, além de órgãos gestores dos recursos hídricos dos Estados, dos usuários e dos representantes da sociedade civil; consultores nacionais (COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004, p. 13).

Foram realizados encontros públicos para debater o Plano e sua metodologia.[11] Na elaboração do Plano, serviram de subsídios estudos já prontos sobre a bacia, sendo os principais: Diagnóstico Analítico da Bacia, de maio de 2003, e o Programa de Ações Estratégicas, de dezembro de 2003, ambos financiados pela ANA/GEF/PNUMA/OEA, conhecido como Projeto GEF São Francisco e, ainda, o Documento de Referência do Plano Nacional de Recursos Hídricos, de novembro de 2003 (COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004, p. 18).

A versão preliminar do plano foi aprovada na III Reunião Plenária do Comitê ocorrida em Juazeiro (BA), no período de 28 a 30/07/2004. Em face do pedido de vista do Secretário Nacional de Recursos Hídricos quanto à Proposta de Deliberação que definia limites, prioridades e critérios de alocação e outorga para usos externos à bacia, houve a necessidade de convocar uma nova reunião para o Comitê deliberar sobre a matéria (outorga), ocorrida posteriormente, em Salvador (BA), no dia 27/10/2004, quando foi homologada a Deliberação n. 18, de 27/10/2004. O Plano Decenal foi aprovado em 29/07/2004 por meio da Deliberação CBHSF n. 07 (COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004, p. 7-8).

A Deliberação do CBHSF n. 18, de 27/10/2004, tornou vigente o seguinte conteúdo[12]:

> Art. 3º- *A concessão de outorga para uso externo à bacia hidrográfica do rio São Francisco fica restrita exclusivamente para consumo humano e dessedentação animal,* atendidos os seguintes critérios (grifo nosso):
> I – os atendimentos de pedidos de outorga dependem da existência de disponibilidade de água no ponto de captação, baseada na locação espacial estabelecida neste plano, e deverá considerar os resultados dos estudos de compatibilização entre os usos humanos e animal e a proteção da biodiversidade;
> II – os valores definidos devem ser compatibilizados com valores médios de consumo humano reconhecidos internacionalmente como adequados para as características das bacias hidrográficas receptoras, tendo por base as condições de uso racional e eficiente das águas;
> III – *clara comprovação de indisponibilidade hídrica local para atendimento da demanda apresentada e da inviabilidade econômica e/ou técnica de soluções nas bacias hidrográficas receptoras;* (grifo nosso)

De encontro a esta deliberação, uma "brecha" na concessão da outorga hídrica definitiva[13] pela Agência Nacional de Águas, em 22/09/2005, por meio da Resolução ANA 411, manteve acesas as dúvidas e coloca em pauta as intenções do projeto:

> Art. 1° Outorgar ao Ministério da Integração Nacional o direito de uso de recursos hídricos do Rio São Francisco, para a execução do Projeto de Integração do São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional, nas seguintes condições:
> IV – excepcionalmente, será permitida a captação da vazão máxima diária de 114 m³/s e instantânea de 127 m³/s, quando o nível de água do Reservatório de Sobradinho estiver acima do menor valor entre:
> a) nível correspondente ao armazenamento de 94% do volume útil; e
> b) nível correspondente ao volume de espera para o controle de cheias;
> Parágrafo único. Enquanto a demanda real for inferior a 26,4 m³/s, o empreendimento poderá atender, com essa vazão, o uso múltiplo dos recursos hídricos na região receptora.

A ANA expediu em 22/09/2005, com publicação no *D.O.U.* n. 185, em 26/09/2005, p. 89, o Certificado de Avaliação da Sustentabilidade da Obra Hídrica (CERTOH) para o Projeto de Integração do rio São Francisco. E, de acordo com Boni (2005, p. especial 4), no dia seguinte ao da emissão da outorga, a ANA emitiu uma nota técnica declarando que "uma vazão média diária de 87,9 m³/s referente a outros usos da água pode ser bombeada eventualmente". A ANA em nenhum momento esclareceu o que é uma "situação excepcional" e quais seriam os "outros usos".

Assim, a utilização da água poderá beneficiar usos que não foram elencados como prioritários pelo Plano Decenal, contrariando a Lei n. 9.433/97 (arts. 12 e 13) e a Resolução CNRH n. 16/2001 (art. 7°, § 3°). Estes dispositivos legais determinam que toda outorga estará condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos planos de recursos hídricos.

O Plano Decenal do CBHSF prescreve como usos prioritários: a) uso interno (dentro da bacia), em casos de escassez, para o consumo humano e a dessedentação de animais; b) uso para insumo produtivo restrito e exclusivo para usos internos da bacia. Além de estabelecer os usos prioritários e demais elementos da gestão hídrica da bacia do rio São Francisco, "o Plano Decenal estabelece que somente 360m³/s podem ser alocados (outorgados), dos quais 335 já foram. Sobram então 25 m³/s para utilização atual e futura de usos múltiplos, sendo prioritários os da bacia" (BAHIA, 2006, p. 12).

A transposição infringe o Plano Decenal, pois requereria em 2013, no mínimo, uma vazão continuada de 26,4 m³/s. A utilização desta vazão foi postergada para 2015, em virtude do atraso no cronograma inicial das obras. Essa vazão, por si, extrapola os limites reais da vazão outorgável prevista no plano em 1,4 m³/s. Não obstante, conforme a outorga, o Certificado de Avaliação da Sustentabilidade da Obra Hídrica e a Nota Técnica expedidos pela ANA podem ser necessários e concedidas vazões maiores: 65 m³/s, 87,9 m³/s e 127 m³/s. Assim, a demanda hídrica da transposição (Eixo Norte e Eixo Leste) extrapola os níveis outorgáveis de água, infringindo o Plano Decenal, no pertinente aos usos prioritários e à sustentabilidade ambiental e viabilidade da obra.

Convém esclarecer que o Plano Decenal admite a concessão de água para usos externos (por exemplo, CE, RN, PB), todavia, visando ao consumo humano e à dessedentação animal, em caso de comprovada escassez e mediante clara comprovação da indisponibilidade hídrica local para o atendimento da demanda e indisponibilidade econômica e/ou técnica de soluções nas bacias receptoras (COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004, p. 147-148).

Ante a solicitação do Ministério da Integração Nacional, na elaboração do Plano, foi prognosticado o *consumo hídrico futuro na bacia, com e sem a transposição,* a partir da estimativa das taxas anuais de crescimento econômico e do consumo de água previsto para 2013 e 2025. Criaram-se três cenários de crescimento: tendencial, normativo e otimista, os quais preveem as seguintes taxas de crescimento econômico anual: 1,9%, 6,5% e 8,9%, respectivamente (*vide* Tabela 1).

TABELA 1 – **O PROGNÓSTICO DOS CONSUMOS DA BACIA DO RIO SÃO FRANCISCO PARA 2013**

CENÁRIOS	TAXA DE CRESCIMENTO	CONSUMO EFETIVO 2004 (m^3/s)	CONSUMO EFETIVO 2013 (m^3/s)
CENÁRIO TENDENCIAL	1,9% A.A.	90,9	107,9
CENÁRIO NORMATIVO	6,5% A.A.		134,9 SEM TRANSPOSIÇÃO
CENÁRIO OTIMISTA	8,9% A.A.		169,6 SEM TRANSPOSIÇÃO

Fonte: COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004, p. 133.

Os estudos que sedimentam o Plano estabelecem que o consumo efetivo de água na bacia, em 2004, era de 90,9 m³/s, ou seja, dos 335 m³/s outorgados somente 90,9 m³/s estavam sendo efetivamente consumidos. Desse modo, os estudos do Plano prognosticaram o consumo futuro, com base no cenário normativo sobre o consumo atual efetivo. Assim sendo, dos atuais *90,9 m³/s, ter-se-ia um consumo, em 2013, de 134,9 m³/s sem e de 160,4 m³/s com a transposição.* O crescimento significativo no consumo hídrico, de acordo com o Plano, deve-se ao aumento das terras irrigadas e à instalação de projetos hidráulicos (COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004, p. 132-133).

Considerando o cenário para 2025, empregando-se a taxa de 8,9% a.a de crescimento (cenário otimista), e admitindo-se a instalação parcial, no mínimo 50%, das áreas dos atuais projetos de irrigação, mas a transposição em sua plenitude: *o consumo ficará em 262 m³/s sem transposição e 327 m³/s com a mesma*. Assim, dos 360 m³/s outorgáveis restariam somente 33 m³/s para serem alocáveis nas próximas duas décadas, reputando-se desde já, que nem todos os projetos de irrigação poderão ser implantados (COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004, p. 132-133). Desse modo, os atuais problemas e conflitos seriam elevados ainda mais ante o pequeno espectro possível de outorga e o almejado desenvolvimento econômico poderá não ocorrer ou ficar estagnado e os danos ambientais já estarão concretizados.

As estimativas do Plano Decenal para o consumo em 2025 atestam que, "com a transposição o consumo em 2025 será de 327 m³/s e sem ela de 262 m³/s" (COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004, p. 133).

Contudo, importa ratificar que estes estudos foram realizados com base no atual consumo efetivo estimado em 90,9 m³/s (ano referência 2004), mas não se pode esquecer de que os valores já outorgados são superiores ao consumo efetivo, pois somam

335 m³/s dos 360 m³/s alocáveis. Assim, com base nas outorgas concedidas, tem-se um saldo de disponibilidade hídrica de apenas 25 m³/s para o atendimento de novas outorgas, visto o projeto estabelecer um consumo mínimo de 26,4 m³/s e máximo de 127 m³/s.

Destarte, a demanda supera a disponibilidade hídrica, acirrando-se ainda mais os conflitos na bacia. Impera salientar, antes de se apoiar no consumo efetivo e não no outorgado, que é indispensável suspender ou cancelar as outorgas[14] que não utilizam a vazão concedida. E, neste sentido, entende-se ser necessária a motivação do ato pela administração pública, de acordo com as normas de Direito. A suspensão dessas outorgas não está isenta de recurso judicial, ou seja, não se pode prognosticar e autorizar um projeto de tal magnitude financeira, social e ambiental, alicerçando-se somente em prognósticos.

O Plano Decenal apresenta ainda outros dados: a) a retirada de 65 m³/s prevista para os Eixos Norte e Leste equivale a abrir mão da possibilidade de a bacia irrigar[15] uma área aproximada de 150.000 a 200.000 hectares ou de geração de energia correspondente a esta vazão; b) priorizando-se a demanda do Projeto de Transposição em sua totalidade, o atendimento máximo das outorgas já concedidas seria de 85%, não haveria saldo para outros usos e a concessão de novas outorgas dependeria exclusivamente de elevada redução nos valores já outorgados; c) há previsão de executar uma série de empreendimentos de grande porte na bacia, os quais não foram objeto de análises específicas nos estudos do plano. Alguns, inclusive, já têm suas obras iniciadas, enquanto outros estão ainda em fase de projeto. Dentre esses projetos, destacam-se: os canais do Sertão Pernambucano e Alagoano, cujo consumo total previsto está estimado em torno de 25 m³/s, em 2013 e 41 m³/s, em 2025, de acordo com o Plano Decenal (COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004, p. 131-146).

Na outorga, o CBHSF ainda não tinha regras estabelecidas acerca da alocação espacial (por Estado) ou por tipo de uso consuntivo[16] e, a partir da outorga, a negociação entre os Estados membros que compõem a bacia se torna ainda mais complexa.

O Projeto busca apoio popular na inverídica assertiva de que os 26,4 m³/s visam ao consumo humano nas áreas mais afetadas pela seca, mas sólidos indícios demonstram que sua real intenção é disponibilizar água para irrigação, além de outros usos econômicos – promovendo o desenvolvimento econômico – não elencados pelo CBHSF como prioritários, tanto na alocação interna de água quanto na externa.

A propósito, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (2004), no Relatório das Discussões sobre a transposição, considera que ela se desvia dos fins propostos – fornecimento de água para o consumo humano e animal – gerando preocupação quanto à partilha dos benefícios sociais do projeto:

> Há diferenças fundamentais quanto à justificação dos dois eixos propostos. O chamado Eixo Leste é proposto para o abastecimento humano das

> regiões mais secas de Pernambuco e da Paraíba e irrigação em sua maior parte na própria bacia do São Francisco. Por outro lado, o Eixo Norte, cujo objetivo é inequivocamente irrigação, baseia-se no princípio do aumento da sinergia dos grandes reservatórios do Ceará, Rio Grande do Norte e Paraíba. O projeto do Eixo Norte apresenta muitas incertezas no que se refere à viabilidade econômica e não há clareza quanto ao benefício social e à distribuição de renda que poderá ser gerada com o projeto. Além disso, em ambos os casos, a capacidade gerencial necessária para que as instituições públicas brasileiras venham a administrar o transporte de água em canais com centenas de quilômetros e a capacidade dos estados e da União de implementar as obras de modo a efetivamente utilizar a água, não condiz com o quadro atual, de dezenas de projetos inacabados e outros quase destruídos em função da má gestão. Portanto, seriam extremamente oportunas e prioritárias ações focadas na conclusão de inúmeras obras inacabadas existentes. (SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA, 2004, p. 12-13)

O próprio Plano Decenal destaca que "no conjunto da Bacia, a situação da disponibilidade hídrica é confortável, atendendo aos usos múltiplos atuais e futuros" (COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004, p. 102-103). Fontes (2007, p. 68), no mesmo sentido, declara ter o Comitê solicitado, por diversas vezes à ANA, a apresentação do balanço hídrico regional para ser possível constatar qual o real nível de escassez da bacia. Segundo o autor, apesar de a ANA prometer que o entregaria durante o processo de análise da outorga e emissão do Certificado de Avaliação da Sustentabilidade de Obra Hídrica, o balanço não foi entregue. Declara ainda o autor que a ANA concedeu a outorga somente com base nos dados fornecidos pelo Ministério da Integração Nacional, pois o levantamento do balanço hídrico foi divulgado em 2006, no Atlas do Nordeste – Abastecimento Urbano de Água.

O Centro de Recursos Ambientais da Bahia afirma que, se fossem executadas algumas ações como as previstas na transposição, por exemplo, construção de canais, cisternas e bombeamento para ativação dessa disponibilidade (superficial, 54,2 m³/s, e subterrânea, 16,3 m³/s), inclusive, com recursos inferiores aos investidos na transposição, a própria bacia receptora (CE, RN, PE, PB) atenderia a demanda gerada pelo consumo: humano (24 m³/s), industrial (14 m³/s) e de boa parte do consumo da irrigação (25,5 m³/s). Contabilizando a disponibilidade hídrica (água superficial e subterrânea) e a demanda integral (consumo urbano, industrial e irrigação), há um superávit de 7 m³/s (54,2 m³/s + 16,3 – 24 – 14 -25,5 = + 7 m³/s).

Desconsiderando a disponibilidade subterrânea e considerando a demanda integral, haveria um déficit de 9,3 m³/s (54,2 m³/s – 24 – 14 – 25,5 = -9,3m³/s). Existem

alternativas mais econômicas e sustentáveis, ou seja, não se justificaria executar a transposição, orçada em R$ 8 bilhões.

Pesquisadores da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (2004), atores sociais e gestores hídricos afirmam que a transposição, em especial seu Eixo Norte, visa incrementar a produção agrícola e gerar um superávit hídrico, em especial no Ceará e no Rio Grande do Norte para uso em novos empreendimentos agrícolas e para a refinaria no Porto de Pecém (CE), visando ao desenvolvimento econômico da região (FONTES, 2007, p. 66-68). E, ainda que o número de pessoas beneficiadas com a execução do projeto seja significativamente menor que o divulgado pelo Governo, ou seja, menos de 5% da população do Semiárido.

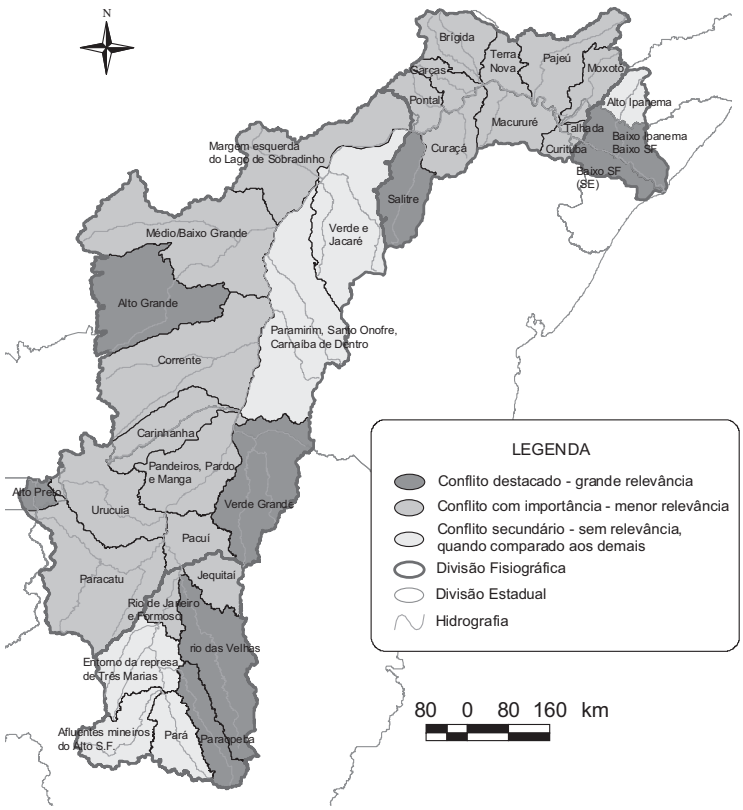
Suassuna (1999, p. 7), afirma: "está documentado que no Piauí (água subterrânea), Ceará e Rio Grande do Norte há disponibilidade local de água para irrigar mais de 250.000 hectares" – o projeto oficialmente tem como objetivo levar água visando ao consumo humano para os dois últimos Estados. Segundo o autor, "Há, também, possibilidade de aproveitamento das águas dos rios nordestinos", pois "as descargas anuais desses rios resultam em infiltração da ordem de 58 bilhões de m³ nos aquíferos. Utilizando 1/3 desse volume seria possível abastecer toda a população nordestina, estimada em 47 milhões de pessoas: 200 litros por pessoa/dia. E o volume ainda seria suficiente para irrigar 2 milhões de hectares, a uma taxa de 7 mil m³ por hectare, ao ano". Suassuna (1999, p. 6) declara ainda: "Água existe e o que falta é traçar uma política capaz de utilizar melhor esse recurso"

Coelho (2005, p. especial 5) destaca: "o projeto baseia-se na tese falsa de que a escassez de água na região impede a sobrevivência em condições dignas das populações". E ainda: "É falsa porque não responsabiliza a estrutura social, econômica e política pelo atraso e pela miséria no Nordeste", ou seja, a "indústria da seca". Consoante Vicente Barbosa Vieira, professor da UFCE (*apud* BONALUME, 2005, p. especial 2): "O Nordeste tem água suficiente para os próximos 20 a 30 anos, mas ela é mal distribuída". Para o professor da UFRN, João Abner Guimarães Jr. (*apud* NORONHA, 2004, p. 1): "É chover no molhado. Esse projeto está querendo levar água para as regiões que já têm"; "nenhuma das cidades que sofriam com a seca no Rio Grande do Norte em 2003, teria seu problema resolvido com a transposição". O professor observa ainda que o Ceará, por exemplo, já conseguiu, com açudes e adutoras, armazenar uma quantidade de água mais do que suficiente para seus usos atuais. Guimarães Jr. (*apud* NORONHA, 2004, p. 1) afirma também que o Estado usa somente 25% da sua disponibilidade hídrica potencial, e que "o problema da seca no Nordeste não é de quantidade, mas de democratização do acesso ao produto".

No concernente à disponibilidade hídrica, o Plano Decenal destaca que, no conjunto, ela é suficiente, mas existem conflitos relevantes (já instalados) e de menor relevância (conflitos potenciais) (Mapa 1). De um modo geral, esses conflitos se estabelecem em decorrência da necessidade de atender os usos múltiplos: agricultura

irrigada, geração de energia (instalação das barragens e operação de reservatórios), água para o abastecimento humano, diluição de efluentes urbanos, industriais e da mineração e a manutenção dos ecossistemas. A transposição potencializa ainda mais os conflitos já existentes, dificultando o desenvolvimento atual e futuro de diversas atividades relevantes para a bacia, principalmente a geração de energia elétrica: o rio São Francisco representa mais de 90% de todo o potencial hidrelétrico inventariado no Nordeste (do Maranhão a Bahia). Irrigação, navegação e pesca também sofreriam seus efeitos, além de tornar ainda mais precário o consumo humano e a manutenção do ecossistema do rio São Francisco.

MAPA 1 – **OS CONFLITOS HÍDRICOS NA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO**



Fonte: COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004, p. 103.

A propósito, o Plano (COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004) destaca que os conflitos atuais podem ser acirrados em função de diversos fatores, dentre os quais: a) crescimento da agricultura irrigada na bacia; b) *retirada de água da bacia por transposição*; c) revitalização da navegação fluvial; d) aumento da demanda energética; e) demandas ecológicas e as vazões remanescentes na foz.

Concedendo a outorga, a ANA não somente deixou de considerar aspectos técnicos relevantes; mas invalidou as decisões do Comitê; deixou de atender questões relacionadas à gestão da bacia, por exemplo, seus conflitos e a distribuição dos ônus sociais. Ao limitar-se à afirmativa de existir disponibilidade hídrica para a realização da obra, agravou ainda mais os conflitos regionais, principalmente entre Estados receptores e doadores, comprometendo usos presentes e futuros. Inviabilizaram igualmente usos consuntivos de relevância para a região, em especial, a geração de energia elétrica e a manutenção do ecossistema fluvial e costeiro associado à foz do rio.

O Plano Decenal e as decisões do Comitê restaram, em boa medida, sem eficácia a partir da decisão do STF, pois, em suma, a concessão da outorga para as obras da transposição infringe os seguintes artigos da PNRH: a) arts. 6° e 7°, que adotam o Plano de Recursos Hídricos como o instrumento norteador da gestão hídrica na bacia, pois, apesar de sua existência e validade, ele não foi considerado pela ANA, MIN, MMA; b) art. 11, o qual estabelece que o regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivo assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água, haja vista que a disponibilidade hídrica da bacia já está comprometida, inviabilizando a concessão de outorga para a transposição; c) art. 13, o qual prescreve que a outorga estará condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos, sendo prioritário, segundo o Plano Decenal, em caso de alocação externa de água, o consumo humano e a dessedentação de animais, se comprovada escassez e indisponibilidade de meios técnicos, e não a transposição, cujo escopo é alavancar a produção agrícola, piscicultura, entre outros usos econômicos; d) art. 38, III e seu parágrafo único, que atribuem a competência ao Comitê para aprovar o Plano de Recursos Hídricos e o papel de articulador das questões relacionadas aos recursos hídricos no âmbito da bacia.

Cumpre destacar que o CNRH ao usufruir da competência atribuída pela PNRH, qual seja: "deliberar sobre os projetos de aproveitamento de recursos hídricos que extrapolem o âmbito dos Estados em que serão implantados" (art. 35, III), invalidou boa parte das decisões do Comitê. Assim, numa perspectiva inicial, a decisão do CNRH é legal, pois amparada na lei, na competência que a PNRH lhe atribuiu (art. 35, III). Contudo, se for privilegiada a finalidade da lei e a análise das consequências da decisão, o caso poderia (poderá) ter outro desfecho.

3.2 A (in)eficácia do direito ambiental brasileiro na promoção da sustentabilidade

O licenciamento ambiental é um dos instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81, art. 9°, IV) para a gestão ambiental e acautelamento de riscos. Ele tem como escopo principal a prevenção de danos, da poluição, da degradação ambiental e a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental. Em decorrência do seu caráter acautelatório e do complexo conjunto de meios técnicos e científicos empregados, além dos estudos específicos requisitados, pode-se afirmar ser o licenciamento ambiental o principal instrumento de gestão ambiental no Brasil.

Todavia, no Brasil, por vezes, as práticas do licenciamento ambiental divergem das regras positivas na lei. As normas são descumpridas com o intuito de favorecer os interesses corporativos e privados, muitos deles no intuito de promover o desenvolvimento econômico.

No entanto, impera destacar que o licenciamento teoricamente propicia a participação popular, esta insculpida no texto constitucional como direito-dever da coletividade e também consagrada como princípio do direito ambiental (art. 225 da CF/88). A participação é relevante, pois a sociedade, como potencial vítima dos efeitos, em especial dos riscos, precisa opinar sobre os riscos a ela impostos e decidir se os aceita. Para Beck (1999), os riscos são fruto das decisões, e não se pode eliminar todos, de modo que a sociedade tem o direito e o dever de escolher a quais riscos quer se submeter, avaliando as questões envolvidas (sociais, econômicas, políticas, ambientais, éticas etc.). Não se pode olvidar de que a sociedade tem o direito-dever à participação!

A participação é direito-dever do cidadão, portanto, sua forma de materialização deveria ultrapassar os moldes do sistema representativo. Não se olvida que alguns instrumentos participativos proporcionam a "participação" do cidadão, como as audiências públicas, contudo, não possibilitam o "influenciar na decisão", pois não têm caráter deliberativo. E, ainda, na maioria das vezes, como no caso da transposição, a forma como são realizadas as audiências públicas impede a efetiva participação popular.

Sarlet (2012) leciona que o cenário jurídico-constitucional, especialmente naquilo em que está delineado para a tutela ecológica, encontra forte justificação no princípio (e dever) constitucional de solidariedade fundamental à proteção e promoção do ambiente nas relações entre particulares, o que no seu conjunto, e diante do quadro de risco existencial imposto pela degradação ecológica, impõe maior carga de responsabilidade no que diz com as ações e omissões dos particulares (pessoas naturais e jurídicas). E, ainda, a Constituição Federal de 1988, além de enunciar deveres de proteção estatais, em matéria ambiental, igualmente afirmou a responsabilidade dos particulares, pois, segundo o autor, a partir do art. 225 do texto constitucional, os particulares estão juridicamente vinculados ao dever de proteção ambiental, são

atribuídos tanto direitos quanto deveres fundamentais em matéria ambiental, pois o "Estado estendeu seus tentáculos a todos os cidadãos, parceiros do pacto democrático, convencido de que só assim chegará à sustentabilidade ecológica" (SARLET, 2012, p. 13).

Para Hesse (1991, p.21), "direitos fundamentais não podem existir sem deveres". Canotilho (2004, p. 26), no mesmo sentido, leciona que é necessário deslocar o problema dos direitos fundamentais do campo dos direitos para o terreno dos deveres: "a necessidade de se ultrapassar a euforia do individualismo dos direitos fundamentais e de se radicar uma comunidade de responsabilidade de cidadãos e entes políticos perante os problemas ecológicos e ambientais".

O dever se consolida na participação que, apesar de estar positivada e em alguns casos regulamentada, isto ainda não induz a necessária efetividade. Os cidadãos enfrentam obstáculos de ordem prática, política, jurídica e cultural. A propósito, Bobbio (1992), ao refletir acerca dos direitos, de um modo geral, constata que o problema de nosso tempo não é o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los.

É inegável que o cidadão brasileiro vem conquistando novos espaços, nova identidade e novos direitos: participação em audiências públicas (Resolução Conama n. 09/87, arts. 1° e 2°); legitimidade para promover ação popular ambiental e anular ou impedir atos lesivos ao ambiente (Lei n. 4.717/65, art. 1°, § 1°); direito à informação de conteúdo ambiental existente em órgãos públicos (Lei n. 10.650/2003, art. 2°, § 1°) e, principalmente, o direito/dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF/88, art. 225, *caput*). Mas na contemporaneidade, marcada por riscos globais, intergeracionais e transfronteiriços e pela incerteza, isso é insuficiente.

Ter ou tomar parte na decisão não é o mesmo que ter real influência na decisão e tampouco decidir, como poderia ser compreendido. Influir diretamente na decisão ou tomá-la é muito mais do que ter ou tomar parte. Portanto, participar das audiências públicas sem que estas tenham caráter deliberativo não confere real sentido à participação. Participar de conselhos e comitês cujos percentuais de participação sejam insignificantes tampouco induz participação, mas legitimação das decisões tomadas.

Marcondes e Andrade (2005) salientam que no Brasil, embora os mecanismos de participação tenham aumentado nos últimos anos, ainda não fazem diferença, mesmo que tenham avançado e se institucionalizado, é preciso que eles garantam algum poder de decisão, pois sem isso não há participação de verdade. Isso vale para os dias atuais, ainda que tenha se passado quase uma década.

Na aprovação da transposição, a participação pública, conforme exposto, restou fragilizada, distante de ser efetiva, mesmo assim, o Ministro Sepúlveda Pertence entendeu que não houve violação à lei, pois o fato de terem sido marcadas as audiências públicas denota o cumprimento à lei. Presenciar audiências públicas sem poder de deliberação, agendar audiências cujas práticas não objetivam cumprir a finalidade

da lei etc. faz com que a concretização do direito-dever fique relegada para planos da inefetividade do texto constitucional e, sobretudo, o não respeito à finalidade da lei e se evidencie o desinteresse pelas consequências da decisão.

Acerca da viabilidade do projeto, as opiniões se dividem. Os principais defensores fazem parte do governo federal e de alguns Estados (CE, PB, PE, RN),[17] empresários e fazendeiros da bacia receptora. O projeto é por eles defendido, em razão dos benefícios postulados: a) oferta de água para uma população estimada em 12 milhões; b) geração de mais de 240 mil empregos diretos e indiretos na área atingida e "em torno de 350 mil empregos nas regiões potencialmente beneficiadas em função de projetos irrigáveis em outras bacias – Região Metropolitana de Fortaleza e do Agreste Pernambucano"; c) viabilização da permanência de mais de 400 mil pessoas nas áreas rurais, evitando-se o êxodo rural; d) inserção de cerca de 186.000 hectares de novas terras agricultáveis por meio da irrigação (MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 2004b, p. 82, 122-123; BRITO, 2005, p. A18).

Brito (na época coordenador-geral do Projeto de Transposição) chegava a defender o projeto com argumentos irresponsáveis: "o projeto não terá qualquer impacto ambiental negativo acima ou abaixo da barragem de Sobradinho" e ainda "o projeto é tecnicamente perfeito, socialmente justo e ambientalmente sustentável" (2005, p. A18). Igualmente, o coordenador-geral da obra da transposição, Macedo, a exemplo do coordenador do projeto, acena para a legalidade da obra e seus benefícios:

> A decisão do Governo Federal de implantar o Projeto está baseada em dados, premissas e evidências que, pela sua clareza e consistência, não deixam dúvidas quanto a viabilidade e importância do empreendimento, não só para a região beneficiada como para o Nordeste e o país.
> O Projeto foi exaustivamente discutido, resultado do amplo debate, significativa contribuição ao seu aperfeiçoamento.
> Os impactos ambientais identificados são bem mais importantes e significativos no campo das vantagens, não tendo nenhum impacto negativo de relevância, tanto na bacia do São Francisco quanto nas bacias beneficiadas.
> Nenhum dos Projetos de Transposição feitos no mundo teve ou tem as condições ideais e os cuidados ambientais. (MACEDO, 2007, p. 75)

Os coordenadores do projeto e da obra, ao pronunciarem que estes cumprem as normas e não provocam impactos ambientais, evidenciam desconhecerem o RIMA da transposição, pois o próprio RIMA (MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 2004b, p. 74-93) afirma que *a transposição provoca 44 impactos, dos quais 23 (12 negativos e 11 positivos) são tidos como relevantes* (*vide* Tabela 2 no final deste artigo).

Na verdade, quando o RIMA elenca os 44 "impactos" da transposição, ele está arrolando as 44 "consequências" auferidas na realização do EIA/RIMA. A maioria

delas extrapola os níveis de tolerabilidade inerente à configuração técnico-jurídica de impacto ambiental (Resolução Conama n. 1/86, art. 1°). Assim, mais que impactos, muitas consequências previstas pelo RIMA engendram riscos à coletividade, bem como danos incomensuráveis: extinção de espécies, ruptura de relações sociocomunitárias etc. Insta ratificar que a terminologia adotada pelo RIMA, ora qualificando as consequências da transposição de impactos, ora de riscos, desrespeita as definições jurídicas (legais e doutrinárias).[18]

Embora o RIMA não apresente todos os efeitos reais da transposição, estes foram analisados por pesquisadores, *experts*, sociedade e exaustivamente discutidos, inclusive nas ações judiciais. Ademais, a SBPC e o Banco Mundial emitiram alerta sobre a viabilidade de outras alternativas e o baixo impacto da transposição na diminuição da pobreza etc. Restou nítido que o RIMA apresenta somente "alguns" resultados da transposição e que não há uma análise global acerca dos efeitos, pois as análises são compartimentadas. Mesmo assim, restou evidente o desrespeito aos princípios da prevenção e precaução e, portanto, ao direito ambiental brasileiro que os proclama como imprescindíveis para a persecução da sustentabilidade.

O RIMA não avaliou todas as possíveis consequências (impactos, danos e riscos), por exemplo, aquelas decorrentes da cunha salina; da salinização de açudes; dos efeitos sobre o lençol freático; da geração de efluentes; da competição e dos conflitos entre os Estados da bacia doadora e da receptora; da viabilidade econômica da operacionalização do sistema, entre outros (BAHIA, 2006, p. 20).

E também subdimensionou algumas consequências ao considerá-las "impactos irrelevantes" quando, na verdade, elas têm elevado potencial danoso ou de provocar riscos: redução da energia gerada e a perda de receitas municipais oriundas da compensação pelo uso dos potenciais hidrelétricos (com a transposição uma boa parte da água do rio São Francisco será direcionada aos canais e reservatórios desta, reduzindo a geração de energia elétrica e, com isso, as receitas da compensação). A queda na geração de energia elétrica afetará a operacionalização do sistema da transposição e outras atividades industriais e urbanas no Nordeste. Todavia, tanto a redução de energia elétrica quanto a compensação financeira foram consideradas impactos irrelevantes (MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 2004b, p. 74).

O RIMA apresenta análises reducionistas, as quais desconsideram a ação recíproca e sinérgica das diversas consequências da execução do projeto. Os resultados da transposição, chamados pelo RIMA de impactos, foram analisados isoladamente, sem uma abordagem integrada e global. Ele não apresenta explicitamente os reais efeitos da transposição, pois foram subdimensionados em decorrência da análise compartimentada, quando não olvidados, pois nem sequer foram cogitados. A propósito, o RIMA considera "impactos positivos relevantes", por exemplo, a geração de empregos e renda durante a implantação. Ao mesmo tempo, considera "impactos negativos relevantes" a perda temporária (no início das obras) de empregos e renda por efeito

das desapropriações, assim como afirma que a busca frustrada de emprego nas obras gerará tensões e riscos sociais. Ratifica-se, não há um balanço global acerca da geração ou perda de emprego durante a fase de execução do projeto, entre outras ambiguidades (HENKES, 2008).

Segundo informações disponibilizadas no *site* do Ministério da Integração Nacional, 38 programas ambientais foram elaborados para quando executados para prevenir, atenuar e corrigir os impactos ambientais gerados pela Transposição, monitorar as mudanças e promover a qualidade ambiental.

Por ora, serão examinadas, brevemente, as lacunas do RIMA, as quais foram objeto de inúmeras ações judiciais que demonstram a irresignação de diversos atores sociais, gestores de recursos hídricos, pesquisadores e da comunidade em geral com os propósitos governamentais e a aquiescência das instituições (Ibama, ANA, CNRH), bem como do Poder Judiciário (STF).

3.2.1 As lacunas e impactos olvidados pelo RIMA

A principal consequência da transposição olvidada pelo RIMA é o impacto que os custos da manutenção do sistema de operacionalização do projeto causarão à economia dos Estados e municípios atingidos pelo projeto, principalmente aqueles prejudicados com a diminuição das rendas oriundas da compensação financeira pelo aproveitamento do potencial hidrelétrico. Portanto, além de um grande problema, essa consequência representa mais que um impacto, um risco, o da não operacionalização do sistema pela inviabilidade financeira, pela sua insustentabilidade, além de diminuir as receitas para investimentos em educação, saúde etc. de inúmeros municípios. Além dos riscos e danos ambientais, como extinção de espécies da fauna e flora; poluição das águas; veiculação de vetores hídricos, elevação de óbitos e enfermidades; rupturas sociais causadas pelo deslocamento; sobrecarregamento da infraestrutura urbana e o agravamento da qualidade dos serviços públicos prestados (saúde, moradia, educação, entre outros) etc.

Acerca dos encargos da operacionalização do sistema, cabe salientar que, em conjunto, os Estados de Pernambuco, Ceará, Paraíba e Rio Grande do Norte serão obrigados a ratear os custos da operacionalização: Pernambuco pagará mais do triplo da conta que caberá ao Rio Grande do Norte em 2025, R$ 42,8 milhões e R$ 11,4 milhões, respectivamente (SALOMON, 2004, p. especial 3).

A imprevisão dos efeitos decorrentes da manutenção do sistema de operacionalização constitui grave falha, a qual impossibilita conhecer os reais impactos da obra na economia desses Estados e de alguns municípios. Outra consequência da transposição (considerada irrelevante pelo RIMA) é a redução das receitas de diversos municípios antes beneficiados com a compensação por utilizar os potenciais hidrelétricos. Com a transposição, será reduzida a produção de energia hidrelétrica em 2,4%. Por conseguinte, reduzem-se as compensações e, assim, as receitas estatais e municipais, mas aumentam-se os encargos.

Ainda cabe destacar que os Estados já se comprometeram com a cobrança de tarifa pelo uso da água e com a implantação da cobrança de tarifas pelos serviços de operação e manutenção do sistema operacional gerado pelas obras da transposição, pois a ANA condicionou a concessão do CERTOH à apresentação de garantias de gerenciamento futuro da obra, de acordo com Salomon (2004, p. especial 3). À época, o então Ministro da Integração Nacional, Ciro Gomes, afirmou que os menos favorecidos teriam água de graça. Contudo, a nota técnica da ANA que acompanhou a emissão do CERTOH, publicou "a conta" cabível a cada Estado, e acredita-se que todos, segundo a lógica mercantil, repassarão os custos para os consumidores e usuários.

Em reportagem publicada no *Jornal Brasil de Fato* (2005), com base nas informações prestadas pelo Governo, Alencar e Brasilino destacaram que o preço da água transposta seria de R$ 0,11 o m³ (não incluindo a energia elétrica consumida pelas bombas para alocação das águas). Na época dessa divulgação, na região de Petrolina (PE), o metro cúbico custava R$ 0,023. A reportagem afirmava ainda que parte considerável da água transposta seria perdida por evaporação e infiltração: "cada hectare irrigado do projeto do governo federal será responsável pela perda de um volume de água que possibilitaria a irrigação de, no mínimo, dois ou três hectares à margem do São Francisco" (2005, p. 6).

O então coordenador geral do Projeto, Pedro Brito, em defesa incondicional à obra (2005, p. A18), declarou não ser a água da transposição do São Francisco a mais cara do mundo, como tinha sido afirmado, enfatizando que o valor a ser cobrado seria de "apenas" R$ 0,11 por m³. Salientou ainda que, na Espanha, na Integração do rio Tajo com bacias de outras regiões espanholas, o custo da água era de € 0,15 por m³.

Outra importante falha do RIMA (MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 2004b) é ele "estranhamente" utilizar só o balanço hídrico da bacia receptora e não o de toda a bacia do São Francisco. Este possibilitaria uma visão geral da demanda e disponibilidade e das consequências no âmbito da bacia, decorrentes do desvio de água. O RIMA mencionou ainda ser a "vazão disponível" de 1.850 m³/s e "somente" 3,5% desta vazão seria utilizado nas obras da transposição. Esta afirmação é errônea, pois a "vazão disponível" não é 1.850 m³/s, sendo esta a "disponibilidade hídrica total", a qual não se confunde com aquela; da disponibilidade hídrica total (1.850 m³/s) deve ser subtraído o valor da "vazão de restrição" de 1.300 m³/s a ser mantida na foz do rio. Assim, a vazão disponível seria de 580 m³/s e não 1.850 m³/s alegados pelo RIMA. Portanto, o percentual requerido pela transposição passa dos 3,5% para 11% da vazão do rio. Assim, a avaliação realizada torna-se ineficiente para prognosticar os reais impactos da transposição no âmbito da bacia.

E, nesse sentido, insta destacar outro equívoco cometido pelo RIMA, ao reduzir as análises dos "impactos" às áreas diretamente afetadas – faixa ao longo das estruturas do projeto com 5 km de largura para cada lado, totalizando 7.750 km²; e as áreas de influência direta – o conjunto de 86 municípios (CE, PB, RN, PE) atravessados pelos

eixos de condução da água, num total de 67.000 km². Juntas, somam menos de 75.000 km², enquanto as desconsideradas, ou seja, as áreas de influência indireta, somam um total de 787.000km², dos quais 212.453 km² correspondem às bacias exclusivamente receptoras (MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 2004b, p. 54). Portanto, os estudos deveriam compreender a totalidade da bacia hidrográfica (correspondente a 8% do território nacional), mas desconsideraram todo o curso do alto e médio São Francisco – situados antes do ponto de encontro com o Reservatório de Sobradinho.

O projeto apresenta uma demanda média de 63,5 m³/s – o que corresponde aritmeticamente à soma da demanda do consumo humano (24 m³/s), industrial (14 m³/s) e irrigação (25,5 m³/s) – e máxima de 127 m³/s. Justifica-se por disponibilizar água para o consumo humano e industrial, mas disponibilizará mais água para a irrigação do que para o consumo humano, ou seja, 25,5 m³/s contra 24 m³/s, respectivamente. Assim, a afirmação de que ele visa beneficiar "as pessoas sedentas do Semiárido" é em parte inverídica, porque o escopo principal do Eixo Norte é incrementar as atividades econômicas e garantir um superávit hídrico nos Estados do Rio Grande do Norte e Ceará, enquanto se reconhece o déficit hídrico nas regiões beneficiadas pelo Eixo Leste. No entanto, isso não assegura que a água transposta por esse eixo estará à disposição dos habitantes, em restrição ao incremento dos usos econômicos.

Nesse sentido, a análise procedida pelo Centro de Estudos Ambientais da Bahia (2004, p. 30) destaca que diversos estudos científicos revelam o estágio de sustentabilidade hídrica de alguns Estados, concebidos pelo projeto de integração como futuros beneficiários do empreendimento. Por exemplo, o Estado do Ceará apresenta a maior infraestrutura hídrica do Semiárido, acumulando em torno de 18,2 bilhões de m³, em aproximadamente, oito mil açudes públicos e privados. Vale relembrar as afirmações de Fontes (2007, p. 66-68) sobre o superávit hídrico nos Estados do Rio Grande do Norte e Ceará que serão gerados pela transposição, viabilizando incrementar as exportações (frutas e camarão) pelo Porto de Pecém (CE). A bacia receptora tem autossuficiência hídrica para atender o consumo humano e industrial (38 m³/s), bastando a ativação desta disponibilidade por meio de alternativas mais baratas e sustentáveis.

Acerca das alternativas ao Projeto, o Banco Mundial, a pedido do governo brasileiro, fez uma análise e entendeu que, antes da execução da transposição, alternativas com efeitos de curto prazo deveriam ser executadas, por exemplo, a construção de cisternas e reservatórios para água da chuva; dessalinização da água etc., como também concluir os projetos iniciados. O Relatório do Banco Mundial, disponível no *site* do Comitê (p. 4, 8-9), ressalta que o projeto terá baixo impacto na redução da pobreza e, igualmente, no alívio da seca:

> O projeto proposto só afetaria uma pequena porcentagem da população do Nordeste que sofre de periódica falta de água**.** Uma abordagem

> programática e estratégica mostra que esta população pode ser alcançada de forma mais efetiva através da combinação de atividades direcionadas. Primeiro, a conclusão de projetos hídricos existentes com o objetivo de otimizar o uso de recursos hídricos disponíveis podem proporcionar resultados a curto prazo. [...]. Segundo, para cidades de porte médio, chama-se atenção para programas de sucesso de reservatórios de tamanho médio e o sistema de distribuição no Ceará, a implementação de uma grande rede de canos dos atuais reservatórios no Rio Grande de Norte, e iniciativas similares implementadas através do projeto PROÁGUA em muitos outros Estados do Nordeste. Estes sistemas estão fornecendo um confiável suprimento de água a várias cidades que lutaram contra a falta de água por muitos anos. Em terceiro lugar, suprimento de água para comunidades pobres e esparsas pode ser alcançado através de alternativas de baixo custo tais como cisternas, colheita da água da chuva, barragens subterrâneas, dessalinização, entre outras.

Contudo, o RIMA (MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 2004b, p. 33-35) afirma que as alternativas à execução da transposição são: a) complementares em termos de público-alvo (construção de cisternas e poços); b) restritas em ocorrência espacial, quanto à qualidade da água e da distância (caso de água subterrânea e reuso do esgoto); c) limitadas em disponibilidade adicional (novos açudes); d) onerosas e tecnicamente menos eficientes (transposição do rio Tocantins e dessalinização de água do mar).

Apesar dessa afirmação, sabe-se que ações eficientes visando revitalizar a bacia, como a ativação da disponibilidade hídrica existente na bacia receptora e a construção de cisternas e poços para armazenamento de água são escolhas mais baratas e viáveis tecnicamente, além de serem ambientalmente sustentáveis e a sua execução mais rápida, de modo a resolver os problemas existentes antes, prevê-se que as obras da transposição estejam concluídas totalmente em 2025. Essas opções também amenizariam e reduziriam significativamente os impactos, danos e riscos causados à flora e fauna nativa, além dos abalos sociais, como rupturas das relações sociocomunitárias.

Até mesmo porque, apesar do elevado orçamento (cerca de R$ 8 bilhões), a água transposta não chegará diretamente à casa de todos os nordestinos. Muitos deles somente terão acesso nos "chafarizes públicos, em cerca de 400 localidades urbanas, todas inseridas na área diretamente afetada, beneficiando aproximadamente 70 mil pessoas", conforme o RIMA (MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 2004b, p. 82). Desse modo, o problema da "falta de água" para a população local permanecerá, embora a disponibilidade hídrica local aumente. Ou seja, a oferta de água crescerá, mas não resolverá todos os problemas (de acesso à água) da população. Novamente, evidencia-se que o grande problema é a democratização do acesso e não a oferta de água.

A propósito, segundo Villa (2005, p. A3), o principal dilema da região não é a falta de água, haja vista o índice pluviométrico ser razoável; a questão é como conservar e dar uso racional à água, ou seja, democratizar o acesso.

No mesmo sentido, Ab'Sáber (2005a, p. 98) enfatiza: "Nas discussões sobre a transposição das águas do São Francisco para o setor norte do Nordeste seco, existem alguns argumentos tão fantasiosos e mentirosos que merecem ser corrigidos". Segundo o autor, o primeiro deles é a transposição resolver os grandes problemas sociais da região semiárida: "Trata-se de um argumento completamente infeliz". A água transposta não vai solucionar o problema, se outras políticas não forem conjuntamente implementadas.

De acordo com o Centro de Recursos Ambientais da Bahia (2004, p. 56), na análise dos impactos ambientais da transposição, o RIMA selecionou apenas 11 unidades de conservação das 123 existentes na bacia receptora, por estarem na área de intervenção direta do empreendimento, fato que pode subdimensionar as consequências causadas à área integral. Cinco espécies exógenas à bacia do rio São Francisco, sob influência, do empreendimento, já foram citadas como espécies com algum nível de risco de extinção: a pirapitinga (*Brycon orthotaenia*), a piabinha (*Compsura heterura*), a piabinha (*Hemigrammus brevis*), o mandi-açu (*Duopalatinus emarginatus*) e o niquim (*Lophiosilurus alexandri*). A propósito, destaca-se que a área indiretamente afetada é uma área do patrimônio histórico e arquitetônico com construções dos séculos XVII e XVIII, além das riquezas naturais, como grutas, lagoas e reservas florestais e sítios arqueológicos de valor inestimável que serão atingidos e provavelmente destruídos pela transposição (CENTRO DE RECURSOS AMBIENTAIS DA BAHIA, 2004, p. 40-59).

Inúmeros outros questionamentos acerca da sustentabilidade da obra são necessários. Ab'Sáber, em linhas gerais, destaca que pouco se pode adiantar a não ser a falta de conhecimentos sobre a dinâmica climática e a periodicidade do rio que vai perder água e dos rios intermitentes e sazonais que vão receber filetes de águas transpostas. O autor ressalta que um ponto obscuro da transposição é como evitar a grande evaporação da água por meio da caatinga, onde o índice de evaporação é o maior de todos e, ainda:

> O risco final é que, atravessando acidentes geográficos consideráveis, como a elevação da escarpa sul da chapada de Araripe – com grande gasto de energia! – a Transposição acabe por significar apenas um canal tímido de água, de duvidosa validade econômica e interesse social de grande custo, e que acabaria por movimentar o mercado especulativo na terra e da política. No fim, tudo apareceria como o movimento de transformar todo o espaço em mercadoria. (AB'SÁBER, 2005a, p. 98)

Além dessas irregularidades e infrações, outras podem ser observadas: a) o descumprimento do Decreto Federal n. 4.024, o qual determina: as obras de infraestrutura hídrica da União devem obedecer a critérios de sustentabilidade operacional e

hídrica, devidamente comprovados pela ANA; b) a necessária autorização do Congresso Nacional a teor dos arts. 49 e 231, § 3°, da CF/88, pois as obras terão impacto em terras indígenas; c) solicitação formal da anuência prévia dos gestores das unidades de conservação, conforme exigência da legislação específica não observada. De acordo com o Professor Guimarães (*apud* NORONHA, 2004, p. 1), "uma auditoria isenta, com certeza, deveria revelar a inviabilidade do Projeto de Transposição e contestar a certificação da obra por parte da ANA".

Villa (2005, p. A3) destaca que, de toda a discussão sobre o projeto, pelo menos uma é positiva, ou seja, é preciso fazer algo urgente pelo Semiárido. Contudo, o autor revela ser quase nula a presença do Governo Federal na região. E quando ele diz estar preocupado com a situação e querer acabar com a "indústria da seca", paradoxalmente busca alianças no Congresso Nacional com os representantes dessa "indústria".

Anunciada como a solução para a seca do Semiárido e a mola propulsora do desenvolvimento, a transposição está gerando e gerará danos ambientais e sociais que não foram adequadamente contabilizados e considerados nas decisões. Se houver desenvolvimento, com certeza não será democrático e sustentável.

O próprio RIMA evidencia "uma parte" dos riscos e danos decorrentes da transposição, o que seria suficiente para a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução. Não restam dúvidas acerca da prevalência dos princípios sobre as regras. Neste sentido, Dworkin, Alexy, Eros Grau, Celso Antônio Bandeira de Mello, entre outros.

Conclusão

Indubitavelmente, o Projeto da Transposição do rio São Francisco divide opiniões. A partir da realização da pesquisa, com base na análise de inúmeros documentos, estudos e depoimentos, constatou-se que a execução da transposição não resolverá o problema da "falta de água", embora a disponibilidade hídrica aumente no Semiárido Nordestino. O problema continuará sendo a democratização do acesso e não a oferta de água. Os problemas poderiam ser resolvidos com soluções alternativas de menor impacto ambiental e menor custo financeiro e social. O Programa de Revitalização do São Francisco, o "primo pobre" da transposição, é aceito pela comunidade local e considerado pela comunidade científica o mais viável, além de sustentável.

De fato, a economia da região pode se beneficiar com a obra e se desenvolver economicamente por meio da instalação de novos postos de trabalho, mas os resultados positivos deste desenvolvimento (econômico) não serão igualitários. Poucos se beneficiarão muito, por exemplo, com os pagamentos das desapropriações, das empreiteiras, fazendeiros etc. e muitos pouco receberão. Os danos e riscos ambientais atingirão as presentes e futuras gerações. Os estudos trazidos à baila demonstram como a obra, em especial no Eixo Norte, foi concebida para beneficiar o desenvolvimento econômico sem a devida preocupação com o desenvolvimento sustentável.

O número acentuado de ações judiciais propostas visando suspender a concessão das licenças ambientais em razão das falhas e omissões relevantes no EIA/RIMA evidenciam a inaceitabilidade social do Projeto e também a desconsideração de preceitos legais da PNRH; do Plano Decenal; da CF/88, no que tange ao direito-dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à participação e, também dos princípios do direito ambiental, como o da participação, prevenção e precaução.

Cabe ainda salientar que o longo percurso judicial não findou, pois não há uma decisão transitada em julgado, mas o caminho até então percorrido é exemplificativo para ser afirmado que: a) a decisão jurídica final (STF) ratificará as anteriores; b) a execução da obra até o presente já causou danos e impactos ambientais (negativos), além dos sociais de significativa repercussão e gravidade, gerou riscos, além do descrédito na justiça e no Direito brasileiro; c) os riscos ambientais impostos à coletividade decorrentes da execução da obra são de alta magnitude, comprometendo, inclusive, a própria operacionalização e manutenção do sistema e demonstrando sua insustentabilidade, em que pese o RIMA tenha elencado somente 44 consequências; d) os imbróglios jurídicos evidenciam o esvaziamento da função delegada aos comitês de bacia pela PNRH e, isso, por consequência, gera o descrédito na gestão hídrica participativa; e) embora o direito ambiental brasileiro esteja munido de instrumentos aptos a promover o desenvolvimento sustentável, as práticas jurídicas têm demonstrado que o problema é sua efetividade e que há um grande hiato entre a lei e as práticas oficiais; f) o direito-dever à participação carece de um alto nível de concretização no direito brasileiro.

NOTAS

1 De acordo com Leite, a primeira foi a do Ouvidor Marcos Antônio de Macedo, em 1847 (LEITE, 2005, p. 7).

2 A se realizarem em: Sousa (PB), em 19/03/2001; Natal (RN), em 21/03/2001; Fortaleza (CE), em 23/03/2001; Aracaju (AL), em 26/03/2001; Penedo (AL), em 28/03/2001; Belo Horizonte (MG), em 30/03/2001; Salgueiro (PE), em 06/04/2001; Salvador (BA), em 09/04/2001 e Juazeiro (BA), em 10/04/2001 (HENKES, 2008).

3 Em 03/04/2001, o Centro de Recursos Ambientais (CRA), órgão executor da política ambiental baiana ingressou com uma ação civil pública contra o Ibama objetivando suspender as audiências públicas previstas no processo de licenciamento em face das irregularidades constatadas no EIA/RIMA. A ação foi julgada procedente e confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região; 2) O Gambá (ONG ambientalista com atuação na Bahia) ingressou com outra ação civil pública contra o Ibama e a União. Em consequência da propositura dessas ações, as audiências públicas programadas para Aracaju (SE), Penedo (AL), Salvador (BA) e Juazeiro (BA) não foram realizadas.

4 Consoante Leite (2005, p. 7), "Até 2003 [Lula] manteve uma atitude que foi interpretada como dúbia, ou de respeito pela ala ambiental do PT e pela Igreja, que se posicionaram contra o desvio".

5 Segundo Suassuna (1999), todos os documentos existentes na CHESF sobre o Projeto Sobradinho fazem referência a uma vazão mínima garantida do rio. O conceito dessa vazão mínima garantida é que, sem qualquer barragem, em outubro de 1955, o rio São Francisco registrou a menor vazão jamais lida em Juazeiro/Petrolina, ou seja, 595 m³/s. Existindo Três Marias e Sobradinho, é possível garantir que, ocorrendo uma estiagem semelhante à da década de 1950 e se reproduzindo vazão semelhante à daquele ano, Sobradinho liberará, no mínimo, 2.060 m³/s para alimentar as usinas existentes a jusante (Itaparica, Moxotó, Paulo Afonso I, II, III e IV, e Xingó). Em anos de cheia, a média é bem maior do que os 2.060 m³/s, podendo ocorrer, como em 1945, 1949 e 1979, uma média superior a 4.500 m³/s. Contudo, de acordo com o autor, serão sempre registradas vazões maiores que 2.060 m³/s, pois este é o mínimo garantido.

6 Para uma análise detalhada dos entraves, consultar Henkes (2008).

7 A se realizarem em Salvador (BA), Belo Horizonte (MG), Juazeiro (BA), Penedo (AL), Aracaju (SE), Fortaleza (CE), Natal (RN), Sousa (PB) e Salgueiro (PE).

8 As audiências públicas deveriam ocorrer em: Fortaleza (CE), Natal (RN), Sousa (PB) e Salgueiro (PE), Belo Horizonte (MG), Salvador (BA), Aracaju (SE) e Maceió (AL). Apenas as audiências de Fortaleza (CE), Natal (RN), Sousa (PB) e Salgueiro (PE) foram realizadas; as de Belo Horizonte (MG), Salvador (BA), Aracaju (SE), Maceió (AL) e Montes Claros (MG) iniciaram e posteriormente se encerraram por conta dos protestos populares contra a transposição (BONI, 2005).

9 O território mineiro corresponde a 38% da área total da Bacia; 70% dos rios perenes; 48% dos municípios; 59% da população e 70% do PIB, mas, segundo o Relator, Sepúlveda Pertence, este não tem ligação direta com o Projeto (ACO 876).

10 a) OAB, seccional Sergipe e a OAB, seccional da Bahia; b) Associação dos Catadores de Caranguejo do Povoado de Samarém (SE); c) Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia; d) Grupo Ambientalista da Bahia; e) Instituto de Ação Ambiental da Bahia; f) Associação Movimento Paulo Jackson; g) Centro de Estudos Ambientais; h) Associação dos Engenheiros Agrônomos da Bahia; i) Central Única dos Trabalhadores; j) Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Purificação e Distribuição de Água e em Serviços de Esgotos do Estado de Sergipe; k) Associação de Desenvolvimento Sustentável dos Pescadores e Moradores da Ilha do Cabeço; l) Colônia de Pescadores da Z8. A OAB/SE e OAB/BA são partes ilegítimas, segundo o Ministro, pois, no caso, seria parte legítima o Conselho Federal da OAB, conforme prescreve o art. 57, da Lei n. 8.906/94. Todas as demais entidades referidas foram consideradas partes ilegítimas por não constarem em suas finalidades estatutárias a defesa do meio ambiente, requisito formal previsto no art. 5°, da Lei n. 7.347/85. Este requisito formal não é considerado imprescindível em inúmeros casos.

11 Foram realizados o Fórum de Avaliação do Plano, em Brasília (15-16/04/2004), além das reuniões sistemáticas em Brasília e nas cidades: Maceió (AL), Belo Horizonte (MG), Pirapora (MG), Ibotirama (BA), Juazeiro (BA), Santa Maria da Vitória (BA) e Salgueiro (PE), compreendendo as quatro regiões fisiográficas da Bacia (COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004-2013). Também foram feitas duas rodadas de discussões sobre o plano. A primeira de 11 a 22/03/2004, em Belo Horizonte (MG), Pirapora (MG), Ibotirama (BA), Juazeiro (BA) e Maceió (AL) e a segunda no período de 17 a 27/05/2004, em: Belo Horizonte (MG), Pirapora (MG), Santa Maria da Vitória (BA), Salgueiro (PE) e Aracaju (SE).

12 Segundo Bahia (2006) não houve qualquer recurso ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos desta decisão.

13 A outorga preventiva foi concedida pela ANA, em 18/01/2005, por meio da Resolução ANA n. 29, nos mesmos termos da definitiva. E quando da aprovação do "aproveitamento hídrico" para o Projeto de Transposição, por meio da Resolução CNRH 47, de 17/01/2005 tendo como base a Nota Técnica 492/2004, da ANA, de 23/09/2004, as ilegalidades já despontavam. Neste sentido, Bahia (2006) destaca que os considerandos da resolução do CNRH nem sequer citam o Plano da Bacia do rio São Francisco. De acordo com a autora, a Nota Técnica nega as decisões contidas no Plano de Recursos da Bacia, no que se refere ao limite para alocação para usos consuntivos (decisão da III Plenária CBHSF, de junho 2004) e foi elaborada em data anterior à aprovação das prioridades, limites e critérios para usos externos (IV Plenária CBHSF, de outubro 2004).

14 A Resolução Conama n. 237/97, em seu art. 19, arrola os casos de suspensão ou cancelamento das outorgas.

15 "O Vale do São Francisco possui aproximadamente 30 milhões de hectares de terras aptas para a agricultura irrigada. Adotando-se como fatores limitantes uma distância máxima de 60 km da fonte de água e uma elevação máxima de até 120m, o potencial irrigável no vale resulta em aproximadamente 8,1 milhões de hectares. A irrigação deste montante de terras já seria suficiente para consumir uma vez e meia toda a água produzida na bacia. Atualmente, estão implantados na bacia do rio São Francisco aproximadamente 340.000 hectares de agricultura irrigada" (SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA, 2004, p. 7).

16 Na versão preliminar do Plano, foi apresentada uma proposta de alocação espacial por Unidade da Federação, resultante do estudo elaborado pela equipe técnica da ANA e consultores do Projeto GEF São Francisco com a participação de representantes dos órgãos gestores dos Estados, da CODEVASF e da CHESF. Esta proposta e os valores que a embasaram foram objetos de contestação nas reuniões da Diretoria Colegiada, da Câmara Técnica de Planos, Câmara Técnica de Outorga e, principalmente, das Câmaras Consultivas Regionais do Médio (baixo), Submédio e do Baixo, por ocasião da 2ª Rodada de Discussão do Plano. A principal contestação diz respeito à não concordância com o conceito de partilha/delegação da gestão das águas do rio São Francisco que, a depender do trecho considerado, seria gerenciado por um único Estado ou por dois Estados, sendo que, neste último caso, cada metade do rio estaria submetida à gestão de um deles. Esta concepção conflita com o esforço desenvolvido pelo CBHSF em promover o conceito de gestão e planejamento integrados da bacia e comprometeria a própria razão de ser da sua futura Agência de Bacia (COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO, 2004).

17 Pinheiro e Rotzsch (2005a) mencionam que os (então) governadores de Estados beneficiados defendem a Transposição: Lúcio Alcântara (PSDB), do CE; Cássio Cunha Lima (PSDB), da PB; Jarbas Vasconcelos (PMDB), de PE e, Wilma de Faria (PSB), do RN. Os (então) governadores dos Estados onde o rio passa naturalmente condenam a obra: João Alves Filho (PFL), do SE; Paulo Souto (PFL) e Ronaldo Lessa (PDT), de AL.

18 Em suma, impactos ambientais são as alterações toleráveis, sejam positivas, sejam negativas; elas ocorrem a todo o momento. Danos são os eventos que extrapolam os limites da tolerabilidade. Entre riscos, danos e impactos há uma relação de causa e efeito, mas eles não se confundem, pois riscos não são danos, tampouco impactos e vice-versa. Os riscos ambientais podem acontecer ou não, estão fundados na potencialidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AB'SÁBER, Aziz Nacib. Sobre a transposição do São Francisco. As águas do rio não são a panaceia para os problemas do Semiárido. *Scientific American Brasil*, São Paulo, ano 3, n. 35, p. 98, abr. 2005a.

_____. A quem serve a transposição? *Folha de S.Paulo*, São Paulo, p. A18, 20 fev. 2005b.

ALENCAR, Bernardo; BRASILINO, Luís. Transposição revolta população. *Brasil de Fato*, Belo Horizonte, p. 6, 10-16 fev. 2005.

BAHIA, Carolina Medeiros. *O Projeto da integração do rio São Francisco às bacias do Nordeste Setentrional e a Lei n. 9433/1997*. 2006, 22p. (datilografia).

BANCO MUNDIAL. Relatório sobre o Projeto de Transposição do rio São Francisco. 11p. Disponível em: <http://www.cbhsaofrancisco.org.br>. Acesso em: out. 2007.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1999, 290p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, 217p.

BONALUME NETO, Ricardo. Sucesso depende de saneamento básico. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, p. especial 2, 9 out. 2005.

BONI, Ana Paula. Governo quer levar água para 12 milhões de pessoas. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, p. especial 4, 9 out. 2005.

BRITO, Pedro. Água para todos. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, p. A18, 20 fev. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAUBET, Christian Guy; ARAÚJO, José Theodomiro de. Le transfert des eaux du fleuve São Francisco. *Écologie & Politique*, n. 29, p. 153-169, 2004.
CENTRO DE RECURSOS AMBIENTAIS DA BAHIA. Parecer Técnico 1028/2004. Salvador, 2004. 100p. Disponível em: *http://www.ana.gov.br/cbhsaofrancisco/index.htm*. Acesso em: out. 2007.
COELHO, Marco Antônio Tavares. A transamazônica de Lula. *Correio Braziliense*, Brasília, 27 set. 2004. Disponível em: <http://www.risf.ana.gov.br>. Acesso em: 10 set. 2006.
COELHO, Marco Antônio Tavares. Projeto beneficia privilegiados. *Folha de S.Paulo*, São Paulo. p. especial 5, 9 out.2005.
COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO. Plano Decenal de Recursos Hídricos da Bacia do rio São Francisco 2004-2013 (PBHSF) 337p. Disponível em: <http://cbhsaofrancisco.org.br>. Acesso em: out. 2007.
FONTES, Luis Carlos. Transposição: água para todos ou água para poucos? Anatomia da maior fraude hídrica e o conflito federativo de uso da água no Brasil. *Revista do Comitê de Bacia Hidrográfica do rio São Francisco*, Salvador, n. 1, p. 60-73, set. 2007.
HENKES, Silviana L. *As decisões político-jurídicas frente à crise hídrica e aos riscos:* lições e contradições da transposição do rio São Francisco. Florianópolis, 2008. 451p. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.
HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
LEITE, Marcelo. Política serve projetos de tempos em tempos. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, p. especial 7, 9 out. 2005.
MACEDO, Rômulo. A visão do governo federal sobre o Projeto de Integração de Bacias. *Revista do Comitê de Bacia Hidrográfica do rio São Francisco,* Salvador, n. 1. p. 74-75, set. 2007.
MARCONDES, Neusa; ANDRADE, Marília Freire de. A história se repete. Como tragédia ou como comédia. In: DOWBOR, Ladislau; TAGNIN, Renato Arnaldo (Orgs.). *Administrando a água como se fosse importante*. Gestão Ambiental e sustentabilidade. São Paulo: Senac, 2005, p. 73-79.
MEDEIROS, Yvonilde. Processo de construção do plano da bacia hidrográfica do rio São Francisco. *Revista do Comitê de Bacia Hidrográfica do rio São Francisco,* Salvador, n. 1. p. 15-22, set. 2007.
MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL *et al. Resumo expandido do relatório do grupo de trabalho interministerial para analisar e propor um sistema operacional sustentável para o projeto de integração de águas do rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional.* Brasília, 2004a. Disponível em: <http://www.integracao.gov.br/saofrancisco>. Acesso em: 7 set. 2006.
MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. *Relatório de impacto ambiental da transposição.* Brasília, jul. 2004b, 136p. Disponível em: <http://www.integracao.gov.br>. Acesso em: out. 2007.
NORONHA, Silvia. Professor condena transposição do São Francisco. *Correio da Bahia,* Salvador, 25 out. 2004. Disponível em: <http://www.risf.ana.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2006.
POMPEU, Carolina. *Suspensa a transposição do São Francisco.* Notícias do Ministério Público Federal. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-dosite>. Acesso em: 11 dez. 2007.
PINHEIRO, Márcio; ROTZSCH, Rodrigo. Entre doadores e receptores o Nordeste se divide. *Folha de S.Paulo,* São Paulo, p. especial 2, 9 out. 2005a.
PINHEIRO, Márcio; ROTZSCH, Rodrigo. Obra pode funcionar como trunfo eleitoral para Lula. *Folha de S.Paulo,* São Paulo, p. especial 2, 9 out.2005b.
SALOMON, Marta. Estudo vê pontos negativos no São Francisco. *Folha de S.Paulo,* São Paulo, 24 set. 2004. Disponível em: <http://www.risf.ana.gov.br>. Acesso em: 10 set. 2006.
SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental. *Revista de Direito Ambiental,* ano 17, n. 67, jul.-set. 2012, p. 11-70.
SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA, *Encontro Internacional sobre transferência de águas entre grandes bacia hidrográficas.* Workshop sobre a Transposição de águas do rio São Francisco. Relatório das discussões. Recife, out. 2004. 16p. Disponível em: *http://www.risf.ana.gov.br*. Acesso em 20/09/2006.
SUASSUNA, João. *Rio São Francisco:* conflitos nos usos de suas águas. Recife, jun. 1999. Disponível em: <http://www.fundaj.gov.br/>. Acesso em: 20 jun. 2005. 15p.
VILLA, Marco Antônio. Transposição: uma idéia ultrapassada. *Folha de S.Paulo.* São Paulo, p. 13, 16 fev. 2005.
VILLA, Marco Antônio. Um projeto de quase 2 séculos. *Estado de S.Paulo,* São Paulo, 4 fev. 2004. Disponível em: <http://www.ana.gov.br>. Acesso em: out. 2007.

Tabela 2 – Os impactos da transposição do rio São Francisco

IMPACTOS	FASE DE PLANEJAMENTO	FASE DE CONSTRUÇÃO	FASE DE OPERAÇÃO	NATUREZA POSITIVO/ NEGATIVO
01 INTRODUÇÃO DE TENSÕES E RISCOS SOCIAIS DURANTE A CONSTRUÇÃO	X	X		–
02 RUPTURA DE RELAÇÕES SOCIOCOMUNITÁRIAS DURANTE A FASE DE OBRA	X			–
03 POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIAS COM POPULAÇÕES INDÍGENAS		X	X	–
04 RISCO DE ACIDENTES COM A POPULAÇÃO		X		–
05 AUMENTO DAS EMISSÕES DE POEIRA		X	X	–
06 AUMENTO E/OU APARECIMENTO DE DOENÇAS		X	X	–
07 AUMENTO DA DEMANDA POR INFRA-ESTRUTURA DE SAÚDE		X		–
08 PERDA DE TERRAS POTENCIALMENTE AGRICULTÁVEIS		X		–
09 PERDA TEMPORÁRIA DE EMPREGOS E RENDA POR EFEITO DAS DESAPROPRIAÇÕES		X		–
10 INTERFERÊNCIAS COM ÁREAS DE PROCESSOS MINERÁRIOS	X	X		–
11 GERAÇÃO DE EMPREGOS E RENDA DURANTE A IMPLANTAÇÃO		X		+
12 DINAMIZAÇÃO DA ECONOMIA REGIONAL		X	X	+
13 PRESSÃO SOBRE A INFRA-ESTRUTURA URBANA		X	X	–
14 ESPECULAÇÃO IMOBILIÁRIA NAS VÁRZEAS POTENCIALMENTE IRRIGÁVEIS NO ENTORNO DOS CANAIS	X	X		–
15 RISCO DE INTERFERÊNCIA COM O PATRIMÔNIO CULTURAL		X	X	–
16 AUMENTO DA OFERTA E DA GARANTIA HÍDRICA			X	+
17 AUMENTO DA OFERTA DE ÁGUA PARA ABASTECIMENTO URBANO			X	+
18 ABASTECIMENTO DE ÁGUA DAS POPULAÇÕES RURAIS			X	+
19 REDUÇÃO DA EXPOSIÇÃO DA POPULAÇÃO A SITUAÇÕES EMERGENCIAIS DE SECA			X	+

20 DINAMIZAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA E INCORPORAÇÃO DE NOVAS ÁREAS AO PROCESSO PRODUTIVO		X	+
21 DIMINUIÇÃO DO ÊXODO RURAL E DA EMIGRAÇÃO DA REGIÃO		X	+
22 REDUÇÃO DA EXPOSIÇÃO DA POPULAÇÃO A DOENÇAS E ÓBITOS		X	+
23 REDUÇÃO DA PRESSÃO SOBRE A INFRA-ESTRUTURA DE SAÚDE		X	+
24 PERDA E FRAGMENTAÇÃO DE CERCA DE 430 HECTARES DE ÁREAS COM VEGETAÇÃO NATIVA E DE HÁBITATS DE FAUNA TERRESTRE	X	X	–
25 DIMINUIÇÃO DA DIVERSIDADE DE FAUNA TERRESTRE	X	X	–
26 AUMENTO DAS ATIVIDADES DE CAÇA E DIMINUIÇÃO DAS POPULAÇÕES DAS ESPÉCIES CINEGÉTICAS	X		–
27 MODIFICAÇÃO DA COMPOSIÇÃO DAS COMUNIDADES BIOLÓGICAS AQUÁTICAS NATIVAS DAS BACIAS RECEPTORAS		X	–
28 RISCO DE REDUÇÃO DA BIODIVERSIDADE DAS COMUNIDADES BIOLÓGICAS AQUÁTICAS NATIVAS NAS BACIAS RECEPTORAS		X	–
29 COMPROMETIMENTO DO CONHECIMENTO DA HISTÓRIA BIOGEOGRÁFICA DOS GRUPOS BIOLÓGICOS AQUÁTICOS NATIVOS		X	–
30 RISCO DE INTRODUÇÃO DE ESPÉCIES DE PEIXES POTENCIALMENTE DANINHAS AO HOMEM NAS BACIAS RECEPTORAS		X	–
31 INTERFERÊNCIA SOBRE A PESCA NOS AÇUDES RECEPTORES		X	–
32 RISCO DE PROLIFERAÇÃO DE VETORES		X	–
33 OCORRÊNCIA DE ACIDENTES COM ANIMAIS PEÇONHENTOS		X	–
34 INSTABILIZAÇÃO DE ENCOSTAS MARGINAIS DOS CORPOS D'ÁGUA		X	–
35 INÍCIO OU ACELERAÇÃO DE PROCESSOS EROSIVOS E CARREAMENTO DE SEDIMENTOS	X		–
36 MODIFICAÇÃO DO REGIME FLUVIAL DAS DRENAGENS RECEPTORAS	X	X	–
37 ALTERAÇÃO DO COMPORTAMENTO HIDROSSEDIMENTOLÓGICO DOS CORPOS D'ÁGUA	X	X	–
38 RISCO DE EUTROFIZAÇÃO DOS NOVOS RESERVATÓRIOS	X	X	–

39 MELHORIA DA QUALIDADE DA ÁGUA NAS BACIAS RECEPTORAS		X	+
40 AUMENTO DA RECARGA FLUVIAL DOS AQÜÍFEROS	X	X	+
41 INÍCIO OU ACELERAÇÃO DOS PROCESSOS DE DESERTIFICAÇÃO		X	–
42 MODIFICAÇÃO NO REGIME FLUVIAL DO RIO SÃO FRANCISCO		X	–
43 REDUÇÃO DA GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NO RIO SÃO FRANCISCO		X	–
44 DIMINUIÇÃO DE RECEITAS MUNICIPAIS		X	–

Fonte: MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL, 2004b, p.75.

Silviana L. Henkes

silvi_henkes@hotmail.com |

Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina

Estágio doutoral na Université Paris I e na École des Hautes Études en Sciences Sociales/Paris

Professora do Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais na Universidade Federal de Uberlândia

RECIBIDO 15.05.2013 | APROBADO 04.11.2014

DEMOCRACIA Y FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA

David Almagro Castro

DEMOCRACY AND POLITICAL PARTIES FINANCING IN SPAIN

RESUMEN

El presente artículo aborda un tema elemental para el correcto funcionamiento de los partidos políticos: el financiamiento de su actividad. Tras 35 años de democracia española, y varias leyes en materia de financiación de partidos, los grandes males diagnosticados por la Ciencia Política y el Derecho persisten: la financiación irregular, corrupción, falta de transparencia y publicidades lógicas en democracia. La ineficiencia legislativa en materia de financiación justifica una reflexión que persiga los siguientes objetivos interrelacionados: contextualización sobre la relevancia que el financiamiento partidario tiene en la estabilidad funcional de la democracia; análisis sobre la conformación legal del modelo español de financiamiento, con especial énfasis en la vigente Ley Orgánica n. 8, de 4 de julio de 2007 (LO 8/2007); denuncia sobre la persistencia de los viejos males así como la nueva oportunidad perdida en la mejora del financiamiento, transparencia y control de los partidos tras la reciente reforma legal.

PALABRAS CLAVE

financiación; partidos; democracia; transparencia; corrupción.

ABSTRACT

This article elaborates over a fundamental subject for the right functioning of political parties in a democracy: the funding of its activities. After 35 years of Spanish democracy, with various laws passed on the financing activities of political parties, there is still a significant problem present in current political activity already diagnosed by the Political Science and Law: irregular funding, corruption and a lack of transparency and publicity expected in a democracy. The persistent lack of legal efficiency in the subject of funding justifies the pursuance of a critical analysis which follows the following interrelated objectives: to contextualize the relevance of funding within political parties for the functional stability of democracy; to analyze the Spanish financing model in democratic times, putting special emphasis on the current LO 8/2007 act; to reveal the persistence of old diseases, and the new lost opportunity in terms of improving the funding, transparency and control of political parties which has meant the recent legal reform (LO 5/2012, 22th of October).

KEYWORDS

financing; parties; democracy; transparency; corruption.

1 Un punto de partida hoy día conflictivo: los partidos políticos como actores indispensables en democracia

Que los partidos ocupan lugar preferente en la estructura institucional del Estado democrático es una afirmación que puede calificarse de obvia y repetitiva,[1] realidad

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201422

que para un alto porcentaje de la ciudadanía española genera actualmente incomprensión y rechazo a partes iguales. Organismos de la fiabilidad del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) y la reconocida ONG Transparency International revelan un severo desencanto de la ciudadanía con los partidos políticos, percibidos ampliamente como organizaciones disfuncionales e incapaces de representar y atender adecuadamente las demandas ciudadanas.[2] La razón de este desencanto sociológico se encuentra en la *mutación* funcional que han experimentado: concebidos originariamente como elementos vertebradores y de conexión entre la sociedad y el Estado en la materialización del principio democrático, el partido se ha transformado en una razón en sí mismo. Su principal preocupación no parece ser la captación, articulación y satisfacción de las demandas ciudadanas sino la expansión burocrática y la reproducción organizacional que garanticen su supervivencia (FLORES D'ARCAIS, 1990, p. 9).[3]

El fenómeno de la centralidad de los partidos es el producto de un largo proceso histórico cuyo episodio principal ocurrió en el periodo de entreguerras —con el reconocimiento legal de estos, principalmente por la doctrina y la jurisprudencia alemanas— y culminado tras la Segunda Guerra Mundial con la definición y posterior expansión del régimen democrático como forma de gobierno de la sociedad. En esta etapa compleja, convulsa y revolucionaria, de entre los autores que percibirán con mayor claridad la importancia de los partidos en el proceso de consolidación de la democracia, Hans Kelsen ocupa un lugar preferencial. Es clásica la cita según la cual Kelsen (2009, p. 71) afirma que "la democracia moderna descansa directamente sobre los partidos políticos, cuya importancia es tanto mayor cuanto más intensamente se realiza el principio democrático". De esta situación de interdependencia de la democracia con los partidos no puede sino deducirse, como acertadamente afirma Kelsen que "[...] el Estado democrático es necesaria e inevitablemente un Estado de partidos" (KELSEN apud PELAYO, 1986, p. 32) .

La mudanza paradigmática aquí brevemente esbozada —la interdependencia estructural entre democracia y partidos— tendrá evidente reflejo en el *constitucionalismo racionalizado y democrático* post Segunda Guerra Mundial. En primer lugar, los partidos pasarán a ser reconocidos por las Constituciones italiana (1947), alemana (1949) y francesa (1958) con notas de identidad estructural: son elementos centrales del sistema democrático. Tal centralidad sistémica se reproducirá unas décadas más tarde en el texto del art. 6 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) en los siguientes términos:

> Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación de la voluntad y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Las novedosas funciones a desempeñar por los partidos supondrá a finales de la década de los 1950 la introducción de medidas legislativas en Europa referentes a la financiación directa de los partidos políticos.[4] Por su parte, la década de los 1960 traerá consigo una nueva realidad que afectará a la propia supervivencia económica de los partidos políticos. La irrupción de los *mass media* los obligará a ocupar el mayor espacio posible en los medios para poder competir política y electoralmente (BLANCO VALDÉS, 1995, p. 164). Junto a una mayor visibilidad, la dependencia de los partidos de los medios traerá aparejada una consecuencia lógica: el aumento del gasto corriente.[5] A la lucha y la necesidad de organización como *ethos* de la política (WEBER, 1991, p. 139) se le sumará un nuevo elemento estructural: la financiación.

Pero este no será el único fenómeno social que afectará a los partidos políticos. El fin de la Segunda Guerra Mundial supuso la conquista definitiva del sufragio universal entendido como derecho fundamental y principio elemental del Estado democrático.[6] Logrado este, los partidos de representación se vieron sustituidos por el partido de masas, dominador del escenario político durante dos décadas. La competición política se intensificará notablemente necesitándose una mayor capacidad de organización y presencia en los medios propagandísticos. Y ello conllevará un incremento de los gastos organizativos que no podrán ser atendidos a través de la principal vía de financiación partidista hasta entonces: las contribuciones de los afiliados. La financiación de los partidos comenzaba paulatinamente a ser necesidad y problema que podía acarrear graves inconvenientes al funcionamiento de la maquinaria estatal (PUHLE, 2007, p. 81-82).

La conjunción de estos tres factores —la ampliación del cuerpo electoral tras el sufragio universal, la irrupción de los *mass media* y la homogeneización de las clases sociales— tendrán una notable influencia en la sustitución del partido de masas frente a un nuevo modelo: el partido *catch-all* o partido de electores.[7] Su característica definitoria es bien simple: primar la captación de votos y el triunfo electoral frente a la identificación ideológica con el electorado tradicional del partido de masas (BLANCO VALDÉS, 2001, p. 63; PUHLE, 2007, p. 81-82).

La trascendencia y velocidad de las mudanzas sociopolíticas señaladas pondrá en entredicho la suficiencia del modelo de financiación tradicional de los partidos basado en las aportaciones dinerarias de los afiliados para hacer frente a las renovadas funciones vitales de las organizaciones partidarias.[8] De una parte, la organización interna del partido se agigantará para poder atender los nuevos desafíos surgidos en la sociedad de la información con el consiguiente incremento de gastos; por otra parte, la naturaleza eminentemente electoralista y escasamente ideológica del partido *catch all* conllevará un alejamiento del afiliado y una severa disminución de la principal fuente de ingresos ordinarios.[9] La crisis financiera de los partidos es una peligrosa realidad para la estabilidad de la democracia.[10]

No obstante, será en este escenario de crisis financiera donde tendrá lugar el debate doctrinal sobre la financiación de los partidos políticos, poniéndose inmediatamente de manifiesto la relevancia y repercusión que esta materia tiene igualmente para la naturaleza jurídica y funciones de los partidos.[11]

2 ¿Por qué financiar los partidos?

Una aproximación a los modelos de financiación

La conversión de los partidos en elementos centrales del sistema democrático conllevó, como se ha visto, la multiplicación de sus funciones que da lugar a una crisis partidaria estructural y financiera sin precedentes. La trascendencia que tendrá la financiación para la supervivencia de la propia democracia dará lugar a un debate doctrinal cuyo origen tendrá lugar en las democracias liberales anglosajonas a principios del siglo XX. En el mundo anglosajón los partidos eran considerados asociaciones cuya vida organizativa e interna debía estar al margen de la fiscalización estatal. A la idea de mantener este *status quo* de independencia responderá la creación de normas jurídicas reguladoras de la financiación de los partidos y/candidatos. Con ello se pretende garantizar en lo que sea posible una doble necesidad histórica: mantener al partido al margen de cualquier presión corporativa o institucional por posibles dependencias de tipo financiero y alcanzar la igualdad de oportunidades en la contienda electoral (BLANCO VALDES, 2001, p. 56-62). No faltarán voces reputadas en la doctrina que defiendan que la financiación pública de los partidos, lejos de contribuir a la igualdad de oportunidades y al pluralismo político, beneficia directamente a los partidos dominantes e impide paralelamente la entrada de nuevos partidos en la competición electoral (GARCÍA VIÑUELA, 2009, p. 76; MORAL MORAL, 1999, p. 147).

Un tema objeto de tratamiento tangencial por la doctrina será la relación directa entre financiación y democracia interna en los partidos. Robert Michels anticipará indirectamente en el clásico *Sociología de los partidos en la democracia moderna* la incidencia que la financiación pública de los partidos —a través de los salarios de los cargos públicos— llegará a tener en el refuerzo de sus estructuras oligárquicas. La situación de dependencia económica de los representantes públicos respecto a los jefes del partido incidirá en la formulación de su clásica *ley de hierro de la oligarquía*. En definitiva, el autor viene a afirmar que la remuneración de los servicios prestados viene a reforzar la burocratización del partido y a favorecer el centralismo. La dependencia económica frente a los líderes del partido acaba por convertirse en un círculo de hierro que obstruye la democracia interna.[12] Los conservadores más eficaces del partido serán aquellos que tengan una mayor dependencia económica de éste (BLANCO VALDES, 2001, p. 57).

En este escenario de burocratización y *militarización* de los partidos se producirá finalmente la participación del Estado en su financiación mediante la introducción

de normas jurídicas que garanticen los dos principios antedichos: la independencia frente a las presiones corporativistas o institucionales y la igualdad de oportunidades en la contienda electoral.[13] La adopción de tales medidas se justifica por su incidencia directa en la calidad del debate político y en la información que el elector tendrá a su disposición para la formación de sus juicios electorales (DWORKIN, 2011, p. 46-47).

En un primer momento situado a finales del s. XIX, Inglaterra —a través de la *Corrupt and Illegal Practices Act* de 1883 y posteriormente la *Representation of the People Act de 1918*— limitará los gastos de candidatos y/o partidos en las elecciones y buscará prohibir determinadas contribuciones a los partidos. Los EE. UU. incorporarán a su sistema legal las innovaciones legislativas de naturaleza negativa de los ingleses —centradas en la limitación de los gastos electorales— durante el decenio 1920-30. La Europa continental adoptará una política similar a la inglesa, si bien con diversos grados de intensidad. El predominio de la legislación de naturaleza negativa centrada en la limitación del gasto será sustituido por un modelo de naturaleza *positiva* a mediados del siglo XX. Los partidos pasarán a ser financiados directamente por el Estado bien de forma directa – aportaciones económicas en función preferentemente de los resultados electorales —o bien de forma indirecta— principalmente a través de la utilización de los medios de comunicación de titularidad estatal y exenciones impositivas (DEL CASTILLO, 1985, p. 30-63; BLANCO VALDES, 1995, p. 171-172).

Mientras la legislación en materia de financiación en EE. UU. tendrá por elemento central la regulación de los límites de gastos de la campaña electoral, consecuencia directa de la naturaleza eminentemente electoral de los partidos y la preeminencia de la figura del candidato frente a aquellos,[14] en Europa la legislación girará en torno a los partidos en línea con su centralidad en el Estado democrático ya puesta de manifiesto.[15] Serán varios los modelos que convivirán entre sí. Un caso peculiar será Alemania, que evolucionará de un modelo de financiación limitado exclusivamente a los gastos electorales a un modelo mixto que limita la participación estatal al mantenimiento de la independencia de los partidos frente al Estado y que fue definido en sus elementos nucleares por las sentencias del Tribunal Federal Constitucional de 19 de julio de 1966 y de 9 de abril de 1992.[16] Los países escandinavos optaron por un modelo basado en la financiación exclusiva de las actividades ordinarias del partido. Y, por último, un tercer modelo anunciado anteriormente y que podríamos calificar de mixto, que se caracteriza por la financiación de ambas actividades: la electoral y la organizativa. Si bien con diferencias en relación a la intensidad de la participación estatal, este es el modelo adoptado originalmente en España, Austria, Francia y al que se ha incorporado Alemania tras la Sentencia del Tribunal Federal Constitucional de 9 de abril de 1992.

Estos modelos pretendían poner fin a los males estructurales que han venido padeciendo sistemáticamente los partidos ante su insaciable sed de recursos económicos:

la financiación irregular, el clientelismo corporativista, la falta de transparencia financiera y la corrupción auspiciadas por la inexistencia de restricciones legislativas eficientes (SCHNEIDER, 1995, p. 24-25). Males que tienen una relación directa con la percepción de una sociedad que hoy día considera a los partidos una de las instituciones más disfuncionales de la democracia. Pérez Royo (2010, p. 531) sintetiza la trascendencia de la financiación en los siguientes términos:

> El partido político moderno [...] se caracteriza por tres rasgos distintivos: un programa homogéneo, una organización extendida y un funcionamiento continuo. El primero, obviamente, no cuesta dinero, pero los otros dos sí. Y bastante dinero. De ahí que una de las preocupaciones esenciales de toda dirección de partido sea la de como allegar fondos para hacer frente a las necesidades del partido. Si a las necesidades ordinarias del partido, no inmediatamente conectadas con la celebración de elecciones, sumamos las que genera una campaña electoral moderna, se comprenderá fácilmente la importancia que el tema de la financiación tiene para la comprensión del partido.

3 La financiación de los partidos políticos en España

Se apuntó anteriormente que uno de los fallos endémicos de la financiación de los partidos ha sido la ineficiencia legislativa frente a posibles vías de financiación irregular. Esta realidad, común a los sistemas de partidos en Europa, no es ajena obviamente al modelo español.[17] La justificación de la financiación estatal es consecuencia directa de la relevancia constitucional de los partidos. El art. 6 CE los califica como "instrumento fundamental para la participación política" y cauce de "formación y manifestación de la voluntad popular". Desempeñar adecuadamente esas funciones justifica la financiación pública estatal sin que ello suponga modificar la naturaleza privada de las organizaciones partidistas.[18]

El modelo español de financiación, como se anticipó anteriormente, es un modelo mixto compuesto por financiación pública y privada. En líneas generales, el modelo mixto se caracteriza por perseguir tres resultados prácticos elementales: la independencia de los partidos frente a los lobbies, la igualdad de oportunidades que permita a los partidos competir equitativamente en la contienda electoral y la posibilidad de una interconexión suficiente entre partidos y sociedad civil que, al tiempo que permita la aparición de nuevos partidos, evite que éstos se conviertan en estructuras parasitarias del Estado despreocupados con la imbricación que deben tener y mantener con la sociedad. La transparencia en la gestión y el control de los actos partidarios completan el cuadro general de objetivos (DEL CASTILLO, 1992, p. 9 y ss).

El modelo normativo en España trae origen en la aprobación del Real Decreto-Ley 20/1977 de 18 de marzo, sobre Normas electorales y la Ley 54/1978 de 4 de diciembre, de Partidos Políticos.[19] Desde un primer momento se diseñó un modelo de financiación preferentemente público justificado inicialmente ante la necesidad de consolidar el sistema de partidos español en una democracia inmadura. Completan el cuerpo normativo la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG, Título II, Capítulo VI); la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos (LOFPP) y la reciente Ley Orgánica n. 8, de 4 de julio de 2007, sobre Financiación de los Partidos políticos sustitutiva de la anterior (en adelante, LO 8/2007). La tónica general ha sido insistentemente decepcionante por dos motivos: primeramente, por el incremento ininterrumpido de la dotación pública en materia de financiación de partidos hasta límites difícilmente justificables una vez consolidado el sistema de partidos español; en segundo lugar, por la repetida desidia del legislador para reequilibrar las fuentes de financiación e incentivar complementariamente la imbricación de los partidos con la sociedad a través de la búsqueda de financiación privada.[20]

Las vías de financiación establecidas por la LO 8/2007 en al art. 2 —bajo el título Recursos económicos— permiten a los partidos captar fondos procedentes de la financiación pública y privada con los que atender a las diversas funciones burocráticas, organizativas, electorales e institucionales. La principal partida en materia de financiación es aquella de *carácter ordinario anual*, que tiene por objetivo garantizar la independencia de los partidos frente a otros sujetos, grupos o centros de poder en el ejercicio de sus actividades permanentes y contribuir a la igualdad de oportunidades entre los partidos con un mínimo respaldo social. Su cálculo se realiza en función de los escaños y votos obtenidos para el Congreso exclusivamente en las elecciones generales. La LO 8/2007 se hizo eco de una petición por parte de los partidos que se veían perjudicados en el reparto de las subvenciones estableciendo un nuevo criterio distributivo de la ayuda estatal para los gastos ordinarios (art. 3.º). Mientras la legislación de 1987 establecía que dos tercios de los fondos públicos se distribuían entre aquellos partidos que superasen la barrera electoral del 3% en la asignación de escaños, la nueva LO 8/2007 contabiliza todos los votos obtenidos a nivel nacional y no tan solo en las circunscripciones en las cuales se haya sobrepasado el límite del 3% (art. 3.2). Esta nueva metodología es un avance en pro de la igualdad al beneficiar a las formaciones políticas con una distribución del voto difusa y con dificultades para superar la barrera electoral, es decir, es un guiño a los partidos minoritarios.

Un segundo bloque en materia de subvenciones es aquella destinada a la partida de *gastos electorales* en las diversas elecciones. La remisión del legislador a la regulación realizada en la LOREG (art. 175) ha sido objeto de severas críticas doctrinales ya que la metodología utilizada no cumple nuevamente la garantía de la igualdad de trato al dejar fuera de las subvenciones a las agrupaciones extraparlamentarias y a aquellas

que, aun obteniendo votos en diferentes circunscripciones, no alcanzan como mínimo un escaño.

Un tercer grupo de subvenciones es la otorgada a los *grupos parlamentarios y grupos pertenecientes a la esfera local* para financiar las actividades propias del partido en las Cámaras y corporaciones. Ultima el cuadro de subvenciones las otorgadas a *asociaciones y fundaciones* vinculadas orgánicamente a los partidos. La ampliación del límite de donaciones a 150.000€ por persona física o jurídica al año puede suponer una vía de entrada irregular de capitales para las mismas dada la vinculación financiera y económicas que ambas organizaciones suelen tener (RODRÍGUEZ LÓPEZ, 2010, p. 1569). Finalmente, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley permitía a los partidos el llegar a acuerdos con entidades financieras sobre las condiciones de eventuales deudas que pudieran tener. Esta disposición, puerta de entrada a la financiación irregular al permitir a los partidos convenir con las entidades financieras condonaciones o renegociaciones de deudas, suponía una vía de financiación irregular repetidamente criticada por el Tribunal de Cuentas en sus Informes de Fiscalización. La reciente reforma (art. 13 LO 5/12, de 23 de Octubre) ha derogado la vigencia de la Disposición y eliminado la posibilidad de acudir a vías de financiación irregular.

La opinión mayoritaria de la doctrina española coincide en afirmar y criticar que la regulación legal en materia de financiación prevé un modelo de subvenciones injustificadamente generoso con las formaciones mayoritarias nacionales —PSOE y PP— y los partidos nacionalistas —CIU y PNV— frente a los partidos de electorado más disperso como IU.[21] Y es que no puede pasarse por alto la desorbitada amplitud de las subvenciones de carácter público para el funcionamiento ordinario de los partidos. Tal inexplicable generosidad ha acabado por convertir a los partidos en organizaciones desmedidamente dependientes de los presupuestos públicos generando un gasto incontenible y, paralelamente, ha desincentivado la función de intermediación social que deberían realizar al no depender para su subsistencia económica de las aportaciones de los afiliados y simpatizantes.[22]

Además, y contrariamente al objetivo deseado —evitar la financiación irregular incentivada por la dependencia del dinero privado— los escándalos vinculados a la financiación irregular han sido una constante en la vida de los partidos.[23] No obstante, los partidos no han actuado en consecuencia y continúan enrocados en torno a los presupuestos públicos a través de una política legislativa que, a pesar del severo rechazo doctrinal y social que genera, parece no estar sujeta a revisión en busca de la necesaria proporcionalidad entre financiación pública y privada. Actitud que agrava la imagen de descredito social y deslegitimación funcional que actualmente tienen en nuestro sistema democrático.

El otro bloque de financiación, con los recursos privados, se recoge en el art. 2.2. La primera fuente de financiación privada son las *contribuciones de los afiliados*. Como es bien sabido, España es uno de los países con una tasa de afiliación más baja de Europa

y ello es consecuencia, en buena medida, de la etapa de prohibición de los partidos y desmovilización política habida durante la dictadura franquista y a la limitada actuación movilizadora de los partidos fuera de los periodos electorales. Por tanto, la relevancia real de las aportaciones de los afiliados en materia de financiación política es mínima. Un segundo bloque lo componen los productos de las actividades propias del partido y sus rendimientos patrimoniales. El apartado c) alude a las *donaciones realizadas por terceras personas*, estando limitadas en cuantía y prohibidas las anónimas. Adicionalmente, los partidos pueden recurrir a préstamos y créditos para la financiación de sus actividades. Cierra el art. 2.º la posibilidad dada a los partidos de recibir herencias y legados. Si exceptuamos las donaciones privadas y los créditos o préstamos, el resto de fuentes de financiación privada tiene una repercusión mínima en la vida financiera de los partidos.

Esta abusiva desproporción existente entre la financiación pública y privada no responde a la Exposición de Motivos de la LO 8/2007 que, por su interés, reproducimos en su tenor literal:

> La libertad de los partidos políticos en el ejercicio de sus atribuciones quedaría perjudicada si se permitiese como fórmula de financiación un modelo de liberalización total ya que, de ser así, siempre resultaría cuestionable la influencia que en una determinada decisión política hubiesen podido ejercer de las aportaciones procedentes de una determinada fuente de financiación y romper la función de los partidos políticos como instituciones que vehiculan la formación de la voluntad popular. La financiación de los partidos políticos tiene que corresponder a un sistema mixto que recoja, por una parte, las aportaciones de la ciudadanía y, de otra, los recursos procedentes de los poderes públicos en proporción a su representatividad como medio de garantía de la independencia del sistema, pero también de su suficiencia. Las aportaciones privadas han de proceder de personas físicas o jurídicas que no contraten con las administraciones públicas, ser públicas y no exceder de límites razonables y realistas.
> Es necesario, al mismo tiempo, establecer mecanismos de auditoría y fiscalización dotados de recursos humanos y materiales suficientes para ejercer con independencia y eficacia su función. De aquí que se haga necesaria la regulación de sanciones derivadas de las responsabilidades que pudieran deducirse del incumplimiento de la norma reguladora. Lo que se trata es, por tanto, abordar de forma realista la financiación de los partidos políticos a fin de que tanto el Estado, a través de subvenciones públicas, como los particulares, sean militantes, adheridos o simpatizantes, contribuyan a su mantenimiento como instrumento básico de formación de la voluntad popular y de representación política, posibilitando los máximos

niveles de transparencia y publicidad y regulando mecanismos de control que impiden la desviación de sus funciones.

El Preámbulo de la Ley de Financiación establece los objetivos que garantizarían una adecuada cobertura de los mínimos estándares democráticos en materia de financiación partidaria.

Para comenzar el legislador afirma la necesidad de *garantizar la libertad de actuación de los partidos políticos* en la libre formación de la voluntad popular. La relevancia de dicha función constitucional elimina la conveniencia de adoptar un modelo de financiación privado que, en opinión del legislador, pondría en peligro la independencia de los partidos ante la libertad de los grupos de presión de realizar contribuciones desmedidas en búsqueda de tratos de favor dando lugar a una "democracia de accionistas" (DWORKIN, 2011, p. 55).[24]

Alude igualmente la Exposición de Motivos a la idoneidad de un sistema mixto compuesto por las aportaciones de la ciudadanía y del Estado que toma como criterio de distribución de los fondos públicos la representatividad con el objetivo de *asegurar la independencia y suficiencia del sistema de partidos*. Afirma, para continuar el texto, la necesidad de establecer incompatibilidades de financiación y limitar las aportaciones privadas para así *garantizar la transparencia* de las actividades partidarias. Por último, concluye el legislador mencionando la necesidad de contar con un mecanismo de fiscalización eficiente en materia de financiación bajo la lógica de asegurar que los recursos públicos sean aplicados a la consecución de los objetivos programados y respetando los principios establecidos por el art. 31 de la CE: asignación equitativa, eficiencia y economía (NUÑEZ PÉREZ, 2002, p. 174). Como veremos y en una actitud que va a convertirse en una lastimosa tradición, la normación de tales objetivos ha de ser calificada de nueva oportunidad perdida.[25]

4 La Ley 8/2007 y la reforma de 22 de octubre de 2012 (LO 5/2012): VIEJOS PROBLEMAS, ESCASAS SOLUCIONES

Es lugar común afirmar que la LO 8/2007 ha producido resultados desiguales en materia de financiación y que, en general, ha supuesto una ocasión perdida para acabar con uno de los males endémicos de la financiación partidista: la financiación irregular y la falta de transparencia.[26] A pesar de ser conscientes de ello, los partidos han actuado con manifiesta irresponsabilidad en materia de financiación haciendo depender en la práctica su sostenimiento del Estado. La justificación es tan "poderosa" como discutible: la financiación estatal es la única fórmula eficaz para garantizar su independencia funcional y, en consecuencia, la estabilidad del sistema. La actual coyuntura de severa crisis económica de incierto final junto a una intensa presión social en pro de medidas de reequilibrio y verdadero control ha obligado a los partidos mayoritarios

a activar el mecanismo de reforma de la LO 8/2007 aprobando la LO 5/2012, de 22 de octubre. Puede afirmarse que, más allá de la reducción del 20% del monto presupuestario dedicado a los partidos, no se han producido grandes avances en los puntos conflictivos de la legislación anterior: reequilibrio de fuentes de financiación y mejora de los mecanismos de fiscalización, transparencia y publicidad de las cuentas de los partidos.

La lectura de la Exposición de Motivos de la LO 5/2012 nos permite afirmar que los partidos reinciden en la falta de voluntad de poner fin a la situación de injustificada dependencia de los presupuestos públicos (arts. 3.1 y 2). Esta actitud refuerza la posición de privilegio de los partidos frente a otras organizaciones sociales, incentivando la adopción de acuerdos beneficiosos entre ellos y perjudiciales para terceros.[27] Posibles mejoras no incorporadas al texto de la ley hubieran sido el establecimiento de límites porcentuales máximos en materia de subvenciones estatales así como regular la participación y libre elección del contribuyente en materia de financiación, permitiéndole decidir si financiar o no con sus impuestos a los partidos y a qué partido concretamente.

La LO 5/2012 pretende mejorar la regulación anterior en materia de incompatibilidades y transparencia de las donaciones efectuadas a los partidos (arts. 4.º y 5.º). Son medidas acertadas la ampliación de la incompatibilidad de financiación no solo a aquellas entidades privadas con intereses en la Administración sino igualmente a empresas pertenecientes al mismo grupo o bien mayoritariamente participadas por aquellas o sus fundaciones (art. 4.º c). Igualmente acertada nos parece la adición de la letra d) que impide a los partidos recibir donaciones de entidades privadas que reciban fondos públicos. El objetivo general perseguido con estas medidas es el evitar prácticas irregulares por parte del partido en el poder otorgando contratos o servicios a cambio de aportaciones a las cuentas del partido.

Concluye la reforma del art. 4.º con la inclusión de un nuevo apartado (el 4.º) por el cual se limita la condonación de deudas a los partidos por entidades de crédito a los 100.000€ anuales, al tiempo que se establece la obligatoriedad de informar al Tribunal de Cuentas y al Banco de España. En nuestra opinión, la posibilidad de condonación de deudas puede dar lugar, indirectamente, a situaciones de financiación privilegiada en favor de los partidos con mayor presencia institucional ya que las instituciones financieras pueden tener mayor interés en condonar deudas a aquellos partidos financieramente más potentes frente a aquellos cuyo volumen financiero sea menor.

Una de las exigencias principales a regular en la LO 8/2007 era la imposición de límites a las donaciones privadas (art. 5.º). Las donaciones, y máxime las anónimas, pueden pretender la búsqueda de tratos de favor de los partidos en el poder contrariándose la lógica de la igualdad de oportunidades propia de la democracia. Y en este sentido ha de admitirse el avance que ha supuesto la *prohibición de donaciones anónimas, finalistas o revocables* (art. 5.1). La legalidad de las donaciones estará sometida al

cumplimiento de medidas de publicidad mediante la creación de una cuenta bancaria específica en la cual ha de identificarse con precisión la procedencia de los fondos y el destino de esos (arts. 4.º e) y f) según nueva redacción tras la reforma). Igualmente acertada se considera la obligación de notificar en un plazo de máximo de tres meses al Tribunal de Cuentas las donaciones que, por su cuantía, resulten especialmente sensibles (las superiores a 50.000€), así como las donaciones de bienes inmuebles en todo caso. No obstante, el verdadero problema no es la identificación de tales donaciones sino la opacidad de aquellas que, conociéndose su existencia, escapan al control del Tribunal de Cuentas y al conocimiento directo de los electores y que siguen siendo una fuente de financiación irregular de los partidos.[28]

Elemento nuclear de un sistema legítimo de financiación partidaria es la publicidad y control de las actividades económicas de los partidos mediante la imposición de adecuados controles internos y externos. Garantizar la rendición de cuentas y el acceso de la ciudadanía a la información veraz y actualizada de las cuentas de los partidos es una práctica que fortalece las instituciones democráticas y un freno a posibles actitudes irregulares o directamente delictivas. En este sentido, la LO 8/2007 puede considerarse un pequeño avance —no exento de lagunas— en materia de fiscalización y rendición de cuentas (arts. 14 a 16).

Es de destacar la concreción del art. 14 que obliga por primera vez a los partidos a llevar una contabilidad ciertamente detallada en base a criterios contables sólidamente aceptados. Los dirigentes pasan a ser responsables de la veracidad de las cuentas anuales presentadas, dando concreción a la indefinición de la Ley de 1987. Igualmente acertada nos parece la reciente adición de un apartado (octavo) que obliga a los partidos a hacer públicos, una vez auditados por el Tribunal de Cuentas, los datos de sus cuentas de resultados, balances y situación crediticia. Sin embargo, la eficacia de esta última medida se ve afectada por el enorme retraso con el que el Tribunal de Cuentas emite sus informes anuales. En materia de contabilidad interna, se ha apuntado como medida adicional en pro de la transparencia el someter las cuentas a una auditoría externa independiente de acreditada solvencia.

Una medida que, como recientemente se ha comprobado en el caso de financiación irregular que afecta al Partido Popular y conocido como "caso Bárcenas", encuentra resistencias tanto entre los partidos cuanto entre las grandes firmas. Tras convocar el Partido Popular un concurso que ha quedado desierto, la dirección del partido ha recibido igualmente la negativa de las principales auditoras —Deloitte, PwC, KPMG— ante las múltiples trabas puestas por la dirección del partido que, a juicio de las auditoras, dificultaban notablemente la obtención de un resultado acorde a las buenas prácticas en auditoria. No han faltado voces que apuntan a la falta de estímulo de las grandes auditoras ante posibles represalias en forma de pérdida de contratos futuros.[29] Sea por las resistencias de los partidos, sea por la peligrosidad que las compañías auditoras perciben en auditar a los partidos, esta medida es de eficacia muy limitada.

Atención especial merece el art. 16, sobre el control externo, que define las competencias del organismo encargado de la fiscalización de la actividad económica de los partidos, el Tribunal de Cuentas. Es este, sin duda, el artículo de la Ley que más críticas ha recibido por parte de la doctrina, medios de comunicación y sociedad y que ha tenido por tema central el cuestionamiento de la capacidad de fiscalización e independencia real del Tribunal.[30] Como es bien sabido, el nombramiento de los componentes del Tribunal es prerrogativa de los dos grandes partidos (art. 30 Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas), privilegio que no contribuye a reforzar la imagen de imparcialidad que se le ha de suponer a este órgano. Su situación actual de descrédito es tal que el propio Tribunal Supremo, en un pronunciamiento ciertamente sorpresivo, ha denunciado su peligrosa politización actual por la desproporción existente entre funcionarios de libre designación —prerrogativa de los dos principales partidos – y funcionarios de carrera y ha reclamado una mayor profesionalización del mismo.[31]

El apartado 3.º del art. 16 merece comentario aparte. Según la redacción dada, el Tribunal de Cuentas dispone de 6 meses desde la recepción de la documentación exigida por el art. 14 para emitir el informe de adecuación y conformidad o bien para denunciar las infracciones cometidas. Pues bien, en la actualidad el último informe emitido por el Tribunal es el atinente al ejercicio de 2007. Esta situación, que no cabe calificar sino de tragicómica, es producto de la inexistencia de un Plan contable específico para los partidos políticos, lo cual introduce dificultades añadidas al Tribunal ya que éstos elaboran su contabilidad de forma heterogénea. A esta situación de falta de homogeneidad contable se unen las reticencias que los partidos muestran en cumplir el art. 19 que, bajo la expresiva rúbrica Deber de colaboración, les obliga a proveer en tiempo y forma la documentación al Tribunal. Esta lastimosa actitud se hace aún más gravosa por la indiferencia que se muestra por los partidos ante las continuas denuncias de incumplimiento emitidas en los informes anuales por el Tribunal.[32]

Por último, en relación al régimen sancionador, la LO 5/ 2012 —arts. 7 y 8— ha pretendido reforzar la capacidad sancionadora del Tribunal mediante una mayor concreción de sus atribuciones. Como se ha explicado anteriormente, el control y transparencia del origen y destino de las donaciones privadas es eje central en materia de financiación partidaria. En este sentido, es un avance la atribución imperativa al Tribunal de competencias sancionadoras centradas en la imposición de severas multas económicas y retención de subvenciones a aquellos partidos que contravengan la legislación en materia de donaciones o bien obstruyan la labor del Tribunal reteniendo información útil para la auditoria de las cuentas.

No obstante, han de hacerse algunas precisiones empíricas que relativizan la eficacia de tales medidas más allá del texto de la ley. El iter procesal marcado por la Ley es el siguiente: primeramente, se precisa del informe del Tribunal de Cuentas para la imposición de las sanciones o retirada de subvenciones. Es notoriamente conocido que el Tribunal de Cuentas se está viendo claramente perjudicado en el ejercicio de sus

funciones de fiscalización por la falta de cooperación por parte de los partidos en la entrega en tiempo y forma de la documentación preceptiva. Superado este escollo y verificada la procedencia anónima o de cuantía superior a la legalmente permitida, la sanción acordada por el Tribunal es lógicamente susceptible de ser recurrida en vía contencioso —administrativa ante el Tribunal Supremo con el efecto de suspensión automática de la ejecución de la sanción (art. 18.8).

El conjunto de las dificultades que el Tribunal ha de enfrentar —la natural opacidad de las donaciones anónimas, las artimañas contables con que los partidos fraccionan las donaciones y las trabas con que el Tribunal ha de lidiar para obtener la información adecuada de los partidos— sumadas a la lentitud con que el Tribunal Supremo resuelve el procedimiento (cerca de 17 meses de media) merman en gran medida la deseable celeridad, eficiencia y transparencia con que el conjunto de las instituciones debería operar en materia de financiación de partidos.

Tres son en definitiva los grandes ejes sobre los cuales ha de girar la financiación de los partidos: la procedencia equilibrada de las fuentes de financiación, la transparencia y publicidad de la contabilidad partidaria y la fiscalización eficiente de la actividad económico-financiera. Ateniéndonos a tales criterios, la valoración global que nos merece la LO 8/2007 y la reforma operada por la LO 5/2012, de 22 de octubre es la *persistencia de los viejos problemas y las mismas actitudes,* eso sí, sutilmente retocadas. La mayor debilidad funcional de la LO 8/2007, difícilmente involuntaria, es el silencio legal a la cuantificación de un techo de gasto público en la financiación de los partidos (art. 3). El legislador únicamente fijó un límite de mínimos (el índice de precios al consumo) a los incrementos de los gastos de los partidos. No parece muy sensato esperar que los partidos limiten *motu proprio* el techo de gasto al IPC. En este apartado se han desconsiderado las limitaciones lógicas y racionales procedentes existentes en el derecho alemán y francés principalmente, cuyos legisladores han optado por establecer un sistema equilibrado que impone límites a las aportaciones públicas y forzando a los partidos a tener un mayor activismo en materia de captación de recursos privados en lógica con su función de intermediación entre el Estado y la sociedad.

En materia de transparencia, la obligación impuesta a los partidos de publicar sus cuentas en la web institucional (art. 4.º, ocho) resulta en la práctica una medida de eficacia limitada al estar condicionada su publicación a la emisión anterior del informe favorable por el Tribunal de Cuentas. Dado el retraso que el Tribunal viene padeciendo en la emisión de los informes no cabe sino concluir que en la práctica los partidos siguen siendo instituciones reacias a la transparencia. El resultado que se obtiene es el contrario al que se persigue en materia de publicidad al continuar hurtándose al elector la posibilidad real de disponer, dentro de unos márgenes temporales adecuados, de la información contable que refleje la realidad financiera de los partidos.

El otro gran objetivo de la LO 8/2007, el control de la actividad económico-financiera de los partidos, ha producido resultados decepcionantes levemente paliados

por la reciente LO 5/2012. Se han reforzado las competencias sancionadoras del Tribunal al permitir la retención de las subvenciones a aquellos partidos que no entreguen en tiempo y forma la documentación contable exigida por ley *sin causa justificada*. No obstante, la ambigüedad de ésta expresión no contribuye en demasía a la seguridad jurídica ya que, al no ser objeto de tasación causal, da pie a posibles artificios dilatorios de los partidos. Es discutible igualmente el mantenimiento del plazo de prescripción de las infracciones en cuatro años ante la opacidad de las cuentas y cuando los retrasos en la emisión de los informes del Tribunal de Cuentas son sensiblemente superiores.

Por último, los dos grandes partidos continúan haciendo oídos sordos a la conveniencia de reequilibrar los nombramientos de los miembros del Tribunal de Cuentas en favor de su independencia, cuestión sobre la cual se viene pronunciando insistentemente la doctrina española, los medios de comunicación y la sociedad. El proceso de selección —art. 30 LOTC— configurado en el año 1982 otorgó la prerrogativa de los nombramientos a los dos grandes partidos que dominan el Congreso y el Senado, el PSOE y el PP.[33] Y los dos grandes partidos han optado recurrentemente por seleccionar candidatos afines o políticamente dependientes en detrimento de funcionarios no vinculados a partido alguno. Este *modus operandi*, éticamente reprobable, introduce razonables elementos de duda en relación a la necesaria independencia que los miembros de todo órgano jurisdiccional han de tener en el ejercicio de sus funciones.

El descrédito que tal endogamia selectiva está causando a la credibilidad de la institución ha encontrado eco en el Tribunal Supremo quien, en reciente pronunciamiento de diciembre de 2012 y con ocasión de rechazar el nombramiento interno de dos miembros del Tribunal de Cuentas, ha reclamado una mayor proporción entre funcionarios de carrera independientes y aquellos con evidentes vínculos políticos que redunde en una mayor independencia funcional y en una mejora de la imagen institucional del Tribunal de Cuentas.[34] No parece sensato esperar que en el corto plazo los partidos vayan a tener en cuenta la lógica persistencia de las críticas e introducir elementos de corrección en pro de la independencia real, no solo legal, de los componentes del Tribunal de Cuentas.

Conclusiones

La financiación política es materia tan relevante como problemática para la legitimidad funcional de los partidos políticos y, por extensión, de la propia democracia de partidos. Si bien ha de admitirse la relevancia de la financiación pública de los partidos para el correcto desempeño de las funciones constitucionales que le son reconocidas por el art. 6 CE, no es menos cierta la necesidad de establecer límites a la financiación pública buscando con ello dos objetivos igualmente imprescindibles: limitar el coste con cargo a los fondos públicos de los partidos y estimular la financiación privada

a través del incremento de la afiliación en atención a la función de intermediación entre sociedad y Estado que los partidos han de cumplir.

Y a este estado de cosas no es ajena la democracia española. Desde la entrada en vigor de la primera ley de financiación de Partidos (en 1978) hasta la vigente LO 8/2007 el legislador español ha ido intensificando exponencialmente la participación estatal, desvirtuando la pretendida naturaleza mixta del sistema. Esta actitud de gasto incontenible con cargo a las arcas públicas junto a la pasividad del legislador para poner freno a los múltiples casos de falta de transparencia y corrupción política relacionados con la financiación irregular de los partidos ha erosionado en gran medida la funcionalidad de la ley, reforzado el descrédito social de los partidos y relegado a un segundo plano la función de los partidos como elementos de vertebración de la sociedad con el Estado al no depender su subsistencia de los índices de afiliación y los recursos provenientes de la esfera privada.

Especial rechazo produce el mantenimiento de la endogamia en la selección de los miembros del Tribunal de Cuentas por los dos grandes partidos. Hoy día es notable la desproporción existente entre miembros de designación, generalmente ex altos cargos de los partidos, y funcionarios de carrera. Esta situación de *ocupación* del Tribunal por miembros de la clase política no contribuye a la necesaria independencia —no solo legal sino igualmente funcional y estética— con que todo órgano jurisdiccional ha de contar. Se entiende, en línea con el reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo, que urge reequilibrar la composición del órgano primando la selección de funcionarios de carrera, en principio rodeados de una mayor impermeabilidad ante posibles injerencias en el desempeño de sus funciones.

La conjunción de las *clásicas* deficiencias legislativas en materia de financiación aquí referidas junto a la *secular* pasividad del legislador para remediarlas nos permite afirmar que los partidos siguen primando la opacidad y el mantenimiento del control de sus propias finanzas frente a la lógica de transparencia, publicidad y rendición de cuentas de los gobernantes a la ciudadanía propias de las democracias avanzadas. Son, sin duda, demasiadas las *puertas falsas* que continúan abiertas tras la reforma de la LO 8/2007 por la LO 5/2012.

NOTAS

1 Sobre la relevancia de los partidos para el sostenimiento de la democracia, Aragón Reyes (2009, p. 472) afirma: "La democracia de nuestro tiempo es una democracia de partidos políticos y difícilmente podría ser de otra manera. Sin la libertad de asociación política, esto es, sin la existencia de los partidos no puede haber democracia auténtica, o lo que es igual, democracia pluralista. Sin unos partidos estables, es decir, sólidamente arraigados y con el grado suficiente de cohesión y disciplina interna, no cabe esperar que la democracia sea una forma de organización política eficaz". Análogamente, Paiva *et al* (2007, p. 389) afirman: "La existencia de una conexión directa entre partidos políticos y democracia ha sido ampliamente difundida y aceptada. Como varios estudios han apuntado, los partidos políticos son una condición necesaria, aunque no suficiente, para el funcionamiento del régimen democrático (LA PALOMBARA & WEINER, 1966; ELDERSVELD, 1982; SARTORI, 1982; ALDRICH, 1995). Su importancia para el funcionamiento de la democracia puede explicarse por las funciones que desempeñan: estructuran la competición política en la arena electoral, ofrecen a los ciudadanos ofertas en la agenda pública y opciones en términos de políticas públicas, dan inteligibilidad al sistema político, son actores fundamentales en la formación y sustentación de mayorías gobernantes. De ese modo, las agremiaciones partidarias son esenciales, tanto por su actuación en el ámbito de la representación cuanto en la arena gubernamental (MAINWARING, 1999; SCHMITTER, 2001)".

2 La encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de septiembre de 2012 sitúa a los partidos políticos como uno de los tres problemas más relevante del país (con un 26.9%). Barómetro CIS disponible en <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2012/10/08/barometro_septiembre.pdf>. Transparency Internacional indica que en 2010 las instituciones más corruptas son, para la ciudadanía, los partidos políticos. Disponible en <http://www.transparency.org/country#ESP> (acceso el 20 mar. 2013).

3 "Los partidos políticos, clásicos dominadores de la escena política en las sociedades democráticas, han ido dando, de manera casi imperceptible, un salto cualitativo en su protagonismo en la vida estatal. En primer lugar, de la ocupación de hecho de las instituciones públicas han pasado a su progresiva ocupación del derecho; en segundo lugar, pero de más trascendencia aún, ese proceso de juridificación de su presencia en las instituciones no se restringe a aquellas de naturaleza política, pues tratan de extenderlo a todas las esferas del Estado, y, en tercer lugar, desde esa posición de incrustación jurídica en el aparato estatal y con el manejo de fondos públicos que comporta, se auspicia tanto una consolidación social del aparato del partido como la creación de una dependencia clientelar del electorado." (PRESNO LINERA, 2000, p. 11)

4 En este sentido, Holgado González (2003, p. 17) afirma: "Es precisamente el reconocimiento unánime en los textos constitucionales del papel de los partidos el que justifica que el Estado asuma en alguna medida la financiación de estas formaciones políticas. La financiación pública o, dicho de otro modo, el derecho de los partidos a recibir determinadas prestaciones del Estado (subvenciones para sufragar los gastos electorales y eventualmente de organización, así como la utilización de los medios públicos de comunicación), aceptado en los sistemas democráticos europeos de la posguerra, se fundamenta desde la doble dimensión subjetiva y objetiva de su constitucionalización. Y es que además de ejercicio específico del derecho de asociación para un fin determinado —el de participar en el proceso democrático— los partidos son también "garantía institucional", es decir, componente fundamental del sistema democrático, cuya función es la de concurrir a la formación de la voluntad política del pueblo".

5 Blanco Valdés (2001, p. 63) acentúa la trascendencia de la irrupción de los *mass media* en la financiación de los partidos en los siguientes términos: "En este contexto, la necesidad de los partidos de competir, política y electoralmente, en el marco de la moderna sociedad de la información no solo ha venido a agudizar las dificultades financieras de unas organizaciones partidistas sometidas a los imparables costes económicos derivados del protagonismo de los *mass media* en el desarrollo de la vida pública, sino que, [...], ha incidido, por sí misma, en la propia crisis de los partidos como sujetos vertebradores de la vida política e institucional que se desarrolla en las actuales sociedades democráticas".

6 A respecto de la relevancia del sufragio en democracia, Aragón Reyes (2009, p. 471) afirma: "El derecho de sufragio, además de ser un derecho subjetivo, en el doble sentido de derecho de sufragio activo y derecho de sufragio pasivo, es, sobre todo, un principio, el más básico o nuclear, de la democracia, o hablando en términos más precisos, del Estado democrático. La solidez de este aserto parece indiscutible, en la medida en que si se reconoce que la soberanía reside en el pueblo, no hay otro modo más veraz de comprobación de la voluntad popular que mediante el ejercicio del voto".

7 "La segunda ola de modernización organizativa de los partidos europeos comenzó tras la Segunda Guerra Mundial. Al margen de las excepciones y de los muchos partidos cuyas características suponían una mezcla de tipos, trajo

consigo la pauta dominante de lo que llegaría a ser conocido como el partido *catch-all* (Kirchheimer) o *Volkspartei*. Cuando en la Europa de la posguerra se apaciguaron los conflictos sociales o religiosos (con algunas excepciones bien conocidas) y se generalizó la sociedad de consumo de masas (americanizando en cierta medida las sociedades europeas), los principales partidos políticos encontraron no solo deseable y necesario sino también factible expandirse más allá de los apoyos electorales disfrutados tradicionalmente por los partidos de integración de masas. Comenzaron entonces a dar prioridad al objetivo de la maximización de votos." (PUHLE, 2007, p. 82)

8 En este sentido, Gil Castellano (2001, p. 256) afirma: "El papel singular que juegan los partidos políticos en el asentamiento de la democracia abocaba a una situación que solo ofrecía dos posibles soluciones: o bien se profundizaba en el modelo clásico de partido, en el que los militantes y su personal permanente, con un coste relativamente bajo, desempeñaba la labor del mismo, por lo que la financiación propia y privada podría resultar suficiente; o bien dichas tareas pasaban a ser desempeñadas por profesionales pagados, captados en directa competencia con las empresas privadas y la Administración Pública, personal interino o de los *mass media*, y con unos costes cada vez más elevados e inviables para los partidos, con lo que la financiación propia y privada resultada insuficiente".

9 "[…], otro factor importante a la hora de entender por qué los partidos se han visto abocados a la búsqueda de fuentes de financiación más allá de las establecidas legalmente, tiene que ver con el proceso en declive que se ha experimentado en la afiliación a los partidos en todos los países democráticos. El mayor protagonismo adquirido por los medios de comunicación y el cambio en los estilos de vida, ha supuesto la sustitución del tradicional modelo de partido de masas, por un modelo de partido —el *catch-all-people party*— menos ideologizado y con una menor carga de afiliados que el anterior. La consecuencia de este viraje ha sido la reducción de los ingresos de las cuotas y de las donaciones de los afiliados, generando todo ello una fuerte dependencia en el partido respecto de los recursos procedentes del Estado. Estos recursos resultan en muchos casos insuficientes para sufragar tanto la financiación ordinaria, como los gastos derivados de las campañas electorales y la consecuente deuda contraída con las instituciones de crédito, instando todo ello a la búsqueda por parte de los partidos de nuevas fuentes de ingresos." (MARTÍNEZ COUSINOU, 2007, p. 27-8).

10 Sobre la trascendencia de la financiación pública de los partidos en el conjunto del sistema, Pilar del Castillo (1985, p. 190) afirma: "La financiación pública directa de los partidos constituye la medida legislativa de mayor trascendencia de cuantas hemos analizado dado el impacto que puede tener sobre la naturaleza jurídica de los partidos y sobre el sistema político democrático". Análogamente, Holgado González (2003, p. 19) afirma: "[…], no hay que olvidar las consecuencias de la financiación partidista sobre el funcionamiento del sistema democrático. Siendo los partidos juez y parte en esta materia, puesto que las subvenciones de las que van a beneficiarse son las aprobadas por sus representantes en el Parlamento, se corre el riesgo de que la financiación pública solo sirva para mantener el 'statu quo' de dichas formaciones, cristalizando así el sistema de partidos. El modelo de financiación por el que se opte ha de asegurar la vigencia del pluralismo político, proclamado 'como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico' en el artículo 1 de la Constitución, sin el que no es posible hablar de democracia".

11 La cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos es esencial para la justificación o rechazo de la financiación pública directa por el Estado. *Grosso modo*, son tres las posiciones doctrinales: a) los partidos son organizaciones privadas, surgidas de la sociedad y consiguientemente independientes del Estado, que, consecuencia de la racionalización del pluralismo político a través de la contienda electoral, expresan el pluralismo político de la sociedad y, por tanto, a la ciudadanía corresponde el mantenimiento de los costes económicos derivados de tales funciones; b) Los partidos son definidos por el Estado como vehículos fundamentales para la participación política y expresión del pluralismo político. Deben, por tanto, deben recibir fondos del Estado para garantizar el adecuado cumplimiento del mandato constitucional, es decir, fondos destinados a sufragar los gastos electorales exclusivamente. Los gastos ordinarios es asunto privado de los partidos en tanto que organizaciones privadas; c) Los partidos políticos no solo son asociaciones privadas elementales para la expresión del pluralismo político y la voluntad general sino también lo son en la conformación de esa voluntad general. Por tanto, deben recibir fondos tanto para los gastos electorales cuanto para los gastos ordinarios.

12 En este sentido, Holgado González (2003, p. 19) afirma: "[…] a nadie escapa la repercusión que el predominio de fuentes de financiación públicas o privadas tiene tanto en el funcionamiento del partido (y, por ende, en el grado de democracia interna, exigida por el artículo 6 de la Constitución) como en las relaciones entre los formaciones políticas y sociedad civil. Por un lado, el escaso papel de los miembros del partido en su sustento económico no hace sino acrecentar el margen de actuación de sus dirigentes y, con ello, el funcionamiento oligárquico de la organización. Por otro, los partidos, en ese justo medio entre la sociedad y el Estado, no deberían dejar de sentir la necesidad de buscar el apoyo financiero de sus bases y simpatizantes, pero sin que la ausencia de financiación pública les lleve a depender de los grupos de poder económico, que alterarán la representación democrática".

13 En tal sentido, R. Dworkin (2011, p. 41) afirma la influencia que las presiones corporativistas o lobbies están ejerciendo en la democracia de los EE. UU. en los siguientes términos: "Ninguna decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América generó, en las últimas décadas, tantas hostilidades abiertas entre los tres poderes de nuestro gobierno como la decisión por 5 a 4 en el caso Citizens United v. FEC, en enero de 2010. Los cinco jueces conservadores, por iniciativa propia, sin cualquier pedido de las partes en el proceso, declararon que las corporaciones y los sindicatos tienen el derecho constitucional de gastar tanto cuanto desearan en comerciales de televisión específicamente electoral o apoyando a determinados candidatos. El Presidente Obama denunció inmediatamente la decisión como una catástrofe para la democracia estadounidense y, enseguida, en un acto infrecuente, repitió la denuncia en su discurso habitual para la nación [State *of Union address*], con seis de los jueces sentados delante de él".

14 En este sentido, Sánchez González (2000, p.72-73) afirma: "Teniendo en cuenta que los partidos políticos en los Estados Unidos de Norteamérica son casi exclusivamente maquinarias electorales, puede afirmarse sin temor que la historia de la financiación de los partidos políticos en los Estados Unidos de Norteamérica es la historia de la financiación de las campañas electorales. Y esto es así en los tres ámbitos. En el plano federal, en el que se elige al Presidente y a los Congresistas —representantes y senadores—; en el de cada uno de los Estados miembros, donde son elegidos los gobernadores, las asambleas legislativas y diferentes cargos públicos estatales; y en el local, en el que se elige, entre otros, a los alcaldes y los ayuntamientos —*city councils*".

15 Los objetivos generales de la legislación europea en materia de financiación son puestos de manifiesto por Pérez Royo (2010, p. 531) en los siguientes términos: "En los países democráticos de la Europa continental se ha ido abriendo paso progresivamente la tesis de la financiación pública del partido político, fundamentalmente por dos motivos: 1º. Por la centralidad del partido político para el funcionamiento del Estado [...]. 2º. A fin de garantizar lo más posible la vigencia del principio de igualdad en la vida política y en la lucha electoral".

16 González-Varas Ibañez (1992, p. 301) afirma sobre la sentencia de 19 de julio de 1966: "La sentencia de julio de 1966 tiene especial importancia al pronunciarse en un momento de tensión política entre diferentes concepciones acerca de la financiación de los partidos; la resolución declara esencialmente inconstitucional el sistema de financiación pública. La argumentación de la sentencia se apoya en una distinción entre dos categorías diferentes: por una parte, el ámbito de la 'formación de la voluntad estatal' (*Staatswillensbildung*); por otra, el de la 'formación de la voluntad popular' (*Volkswillensbildung*); esta clasificación está en correspondencia con los dos planos naturales del Estado y la sociedad, pues, en definitiva, en el primer ámbito el partido representa una función estatal, y en el segundo, es un agente social. Según el Tribunal, una financiación estatal (o un sistema tal por el cual los partidos políticos se financian por el Estado) es una injerencia ilegitima (*Eingriff*) en la 'formación de la voluntad popular'; aquella solo se legitima cuando es para financiar una actividad del partido desarrollada dentro del ámbito estatal, es decir, cuando el partido tiene un carácter estatal. Otro punto de apoyo de la sentencia está en el argumento de que no existe una causa por la cual pueda legitimarse la financiación pública, presupuesto necesario para su conformidad constitucional. Este pronunciamiento judicial pretende lograr, así, un *modelo* de 'partido político independiente del Estado' e incardinado en el entramado social. Sin embargo, esta resolución abre una vía para el mantenimiento indirecto de la financiación estatal mediante el reconocimiento de un derecho de restitución por los gastos ocasionados en la campaña electoral. La base para ello es la de reconocer que este capital público que se embolsan por este concepto los partidos se justifica en que aquí los partidos políticos cumplen una 'función de agente estatal' (*Staatswillensbildung*) al ser la campaña electoral una función típicamente estatal. En este caso, el Tribunal Constitucional considera que no se vulnera el derecho constitucional a la libertad e igualdad de oportunidades de los partidos políticos". Un estudio en profundidad sobre el contenido y repercusiones de esta sentencia puede verse en Del Castillo, 1985, p. 88-97. Posteriormente, en la sentencia de 9 de abril de 1992 el Tribunal Constitucional alemán vino a reformular los principios elementales de la sentencia anterior al afirmar que "el Estado no está impedido constitucionalmente a financiar la actividad general de los partidos políticos". siempre y cuando no se vulnere el principio de libertad de los partidos frente al Estado y estos dejasen de ser independientes por su dependencia financiera frente a aquél. Cf. González Varas Ibañez, 1992, p. 305-7. Un análisis crítico del contenido de la Sentencia de 9 de abril de 1992 puede verse en Schneider, Hans-Peter, 1996, p. 28-32.

17 "Las causas y ocasiones que desencadenan periódicamente estos fenómenos de corrupción, al menos en Europa, son dos: 1.ª) las ilimitadas necesidades financieras de los partidos políticos, con sus miles de sedes y liberados, a los que hay que proporcionar un buen pasar, si se quieren mantener unos ejércitos disciplinados de burócratas al servicio de unos líderes endiosados; y 2.ª) un sistema legal de contratación de las Administraciones públicas, de ordenación urbanística y comercial, de planificación y gestión del suelo y, en general, de ordenación económica y fiscal, que permite a unos y otros (Estado, Comunidades Autónomas y Ayuntamientos) introducir toda clase de arbitrariedades y favoritismos, a cambio naturalmente de un precio: el tres, el cinco, el siete por ciento o Dios sabe que (el " tres por ciento

catalán" que denunció Maragall, en un arrebato parlamentario, parece una cifra mágica a ese respecto). Es mi opinión que, aunque algunas de estas causas se corrigiesen, mientras se mantenga la incontenible necesidad de dinero de los partidos para sobrevivir y ganar elecciones, subsistirá la corrupción, por una y otras vías." (ARIÑO ORTIZ, 2009, p. 7)

18 "El papel que cumplen los partidos políticos en la conformación y desarrollo de los Estados modernos se acrecentó notablemente a raíz de la II Guerra Mundial, viéndose reflejados en diferentes Constituciones como piezas clave del sistema político democrático. La doctrina los ha definido tanto como una especie de órganos auxiliares del Estado, por su función de grupos electorales y de grupos parlamentarios, como de "órganos del Estado", pues favorecen y propician la elección y designación de los titulares de los órganos del Estado. Hoy día parece pacíficamente admitido que si bien los partidos son asociaciones privadas, realizan también funciones públicas o de interés general, debiendo, a tal efecto, ser sujetos pasivos de una financiación pública. En su apoyatura, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, fundamenta el principio de financiación pública de los partidos, no en base a la mera existencia de los partidos, sino por concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular. Tarea que no solo desempeñan en los procesos electorales de la vida política de un país, sino de un modo permanente." (GIL CASTELLANO, 2001, p. 254) En este sentido, Vid. STC 3/1981, de 2 de febrero de 1981, Fundamento Jurídico 2.º.

19 García Viñuela y Artés Caselles (2005, p. 258) ofrecen una panorámica del origen del modelo de financiación partidista en los siguientes términos: "Las subvenciones para el funcionamiento ordinario empezaron a distribuirse tras la aprobación de la Ley 54/1978 de Partidos Políticos, que derogó en parte la de Asociaciones Políticas. El nuevo régimen estableció la obligatoriedad de las ayudas públicas para gastos corrientes y una regla de reparto basada en los escaños y votos obtenidos en las elecciones a Cortes Generales: el doble criterio simple. Cada partido recibiría una cantidad fija por acta de diputado o senador más otra variable, según los votos de sus candidaturas en las circunscripciones en las que hubieran logrado representación. La ley no fijó, sin embargo, ninguna fórmula para determinar la cuantía global de las subvenciones. Por otra parte, como se derogaron los apartados de la ley de 1976 relativos al control de la contabilidad de las formaciones políticas, se dio la paradoja de que al tiempo que se implantaba la financiación pública para los partidos, éstos quedaban exentos de la fiscalización de sus cuentas (una situación que se prolongó hasta 1987). Otro aspecto llamativo de la ley de 1978 es que no estableció restricción alguna sobre las donaciones procedentes del extranjero".

20 En este sentido, Ariño Ortiz (2009, p. 15) afirma: "Los partidos se tomaron con calma la reforma, no tenían prisa, lo que es muy lógico, pues se jugaban mucho en ello —miles de millones de pesetas—, y aunque todos hablaban de reforma, porque querían quedar bien en público, siempre surgían entre ellos nuevas discrepancias. Cuando se llegaba a un acuerdo sobre un extremo, aparecían diferencias en otro; las reuniones se interrumpían y reanudaban, o no, en función de las coyunturas. Y así han pasado veinte años desde 1987 y al final se ha llegado a 2007 sin lograr ningún cambio sustancial".

21 En este sentido, Martínez Cuevas (2006, p. 137) afirma: "Nuestro sistema político debería inspirarse en el principio de igualdad de trato de todos los partidos políticos para que tuviesen las mismas oportunidades de ser financiados. Por el contrario, la realidad depara un trato diferente a los partidos parlamentarios y extraparlamentarios, y tiende a privilegiar a los partidos mayoritarios frente a los minoritarios. Ello ocasiona en la práctica un preocupante bipartidismo que pone en peligro la existencia de partidos con implantación nacional pero cuyo voto está muy disperso, en pro de partidos nacionalistas cuyo voto está más concentrado".

22 En relación al coste estatal de los partidos, García Viñuela y González de Aguilar (2011, p. 4) afirman: "Según el último informe anual publicado por el Tribunal de Cuentas, el órgano de la administración pública que se encarga de fiscalizar los ingresos y los gastos de los partidos, éstos recibieron 193 millones de euros (unos 5.5€ por elector) para sus gastos corrientes en el año 2006 de los tres niveles de gobierno que forman el sector público español (central, autonómico y municipal)".

23 La financiación irregular ha sido una constante en los partidos políticos desde los inicios de la democracia amparada por una legislación continuamente ineficiente y principalmente dirigida a garantizar la supervivencia financiera de los partidos a costa del erario público. Ejemplos prácticos no faltan. A los consabidos casos de financiación irregular del PSOE de los años 80 (Caso Filesa), los varios casos de CIU (el popularmente conocido como el 3%, el Caso Palau de La Música y más recientemente el Caso Oriol Puyol, la Operación Pretoria) se suma recientemente el PP (Casos Gürtel y Bárcenas, ambos en instrucción judicial) dando lugar a una práctica que ha permeado las tres décadas de democracia española.

24 Sobre la opinión de la doctrina en materia de financiación partidaria, Serrano Maíllo (2003, p. 462) afirma: "[…] La mayoría de los autores defienden una financiación mixta, donde coexistan las aportaciones públicas y las privadas,

pero consideran que la tendencia debe ser la de potenciar la financiación privada, lo que incentivaría una mayor participación de la sociedad en los partidos políticos y daría mayor transparencia al tema de la financiación. Así, una parte de la doctrina defiende que, en cuanto que los partidos políticos son asociaciones privadas, es necesario tender a una progresiva equiparación entre la financiación pública y la privada, estimulando la participación social y favoreciendo su independencia respecto del Estado. Critican que la financiación pública sea 'aditiva', cuando debería ser 'sustitutiva' de la financiación privada, es decir, actuar solo cuando las aportaciones privadas no sean suficientes. Otros autores van más allá y consideran que, su los partidos son entes sociales, es la sociedad la que debe resolver sus problemas de financiación".

25 En este sentido, Pérez Francesch (2009, p. 252) afirma: "Una valoración global de la nueva ley ha de tener en cuenta el hecho de que como son los propios partidos, para entendernos, los que la aprueban, puede afirmarse que, en términos generales, éstos no aprobarán nunca una regulación negativa o improcedente para ellos mismos. [...] En efecto, el dato de que los destinatarios de las subvenciones son los mismos que aquéllos que las aprueban realmente, es un elemento sustancialmente diferente del resto de las subvenciones públicas, con la consiguiente desconfianza que esto provoca en los ciudadanos, concebidos aquí también como contribuyentes. Uno de los problemas de la financiación de los partidos es la percepción de que éstos no adoptan una actitud de austeridad o, en su caso, no la transmiten a la opinión pública".

26 Martínez Cousinou (2007, p. 24) caracteriza semánticamente la financiación irregular en los siguientes términos: "[...] la financiación irregular, independientemente de que se trate de un comportamiento ilegal o no (dado que puede ocurrir que un acto no esté recogido en una norma y, por tanto, no ser ilegal, aunque si corrupto), devendrá en corrupción política en la medida en que genere comportamientos que socaven el proceso democrático y el interés general a cambio de favores para el partido o para algún miembro de éste. Esto ocurrirá cuando, como contraprestación a algún tipo de beneficio, las acciones de un partido —máxime cuando se halle en el poder o tenga muchas posibilidades de acceder a él— puedan quedar condicionadas a los intereses de determinados grupos de manera que, a cambio de dinero, los partidos, una vez que estén en el poder, legislen de forma favorable a los intereses específicos de aquellos. Puede ocurrir también que, a cambio de estos beneficios económicos, se conceda como contraprestación a dichos grupos algún tipo de información privilegiada o de ganancia en las licitaciones y contratos gubernamentales".

27 "Con la reforma las élites políticas han garantizado el funcionamiento de sus organizaciones con dinero público. Y lo han hecho del modo más conveniente para ellas: manteniendo el impopular procedimiento para la determinación de las subvenciones de 1987 en lugar de sustituirlo por alguna regla o mecanismo de participación fiscal, que tendrían mejor defensa, pero aumentarían la incertidumbre sobre el flujo anual de ingresos de las formaciones políticas." (GARCIA VIÑUELA; GONZÁLEZ DE AGUILAR, 2011, p. 9)

28 En este sentido, García Viñuelas y González de Aguilar (2011, p. 16-17) afirman: "Como todas las reformas de la financiación política de la España democrática, la de 2007 aumenta los fondos públicos que reciben los partidos. Parece improbable que la nueva ley alcance los objetivos que proclama su exposición de motivos por las excepciones y lagunas que contiene en la regulación de las donaciones políticas y los fallos en la rendición de cuentas de los partidos ante el órgano encargado de auditarlas. La tesis de este trabajo es que las deficiencias observadas en la ley reflejan el deseo de las élites políticas de preservar los medios que utilizan para monetarizar el poder que adquieren con las elecciones".

29 Información completa disponible en el diario económico Expansión en la dirección: <http://www.expansion.com/2013/02/18/economia/1361203588.html>.

30 Sobre la eficiencia fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, Núñez Pérez (2009, p. 168) afirma: "El repaso de la historia fiscalizadora del Tribunal en esta materia ofrece un resultado muy positivo. En este periodo el Tribunal ha llevado a cabo no solo una actividad fiscalizadora, sino que ha actuado con una actitud pedagógica e instructiva a las formaciones políticas, estableciendo criterios, emitiendo circulares y marcando pautas en la formación de los estados contables. La comparación de la organización contable de los partidos existente a la entrada en vigor de la Ley 3/1987 y la actual confirma una evolución muy positiva, en la que ha tenido una participación muy activa el Tribunal de Cuentas, llevada a cabo con total objetividad e imparcialidad. Baste recordar que el primer informe emitido por el Tribunal de Cuentas, siguiendo una interpretación literal de la citada Ley, únicamente hace referencia a los ingresos y gastos corrientes, sin atender a la situación patrimonial y financiera de los partidos políticos".

31 Reproduzco, por su interés, el editorial del periódico de *El País* del 12 de febrero de 2013 que sintetiza las causas que están socavando la credibilidad del Tribunal de Cuentas y que dice así: "Con la sentencia que desestima dos nombramientos internos del Tribunal de Cuentas, el Tribunal Supremo ha puesto en evidencia una manera de hacer

política, común en los dos grandes partidos españoles, que consiste en deteriorar la independencia de las instituciones de control democrático por el procedimiento de llenarlos de amigos y prebendados del partido en el poder. El Supremo, para argumentar el rechazo a las designaciones propuestas, reclama más funcionarios de carrera por oposición, en lugar de que el Tribunal de Cuentas siga incorporando recomendados y excedentes de la política, cuyo grado de independencia es discutible. No se puede fiar la honradez de las cuentas de un partido político en la garantía de que 'han sido revisadas por el Tribunal de Cuentas' cuando el mencionado Tribunal es una extensión agradecida del partido gobernante; ni debe jugarse la credibilidad de la contabilidad española frente a Europa fabricando controles de partidos con políticos partidistas. Gracias a estos trucos de ilusionista, que consideran independientes a vocales y consejeros con carné de partido o dependencia política, los ciudadanos han dejado de creer en las proclamas vacías de transparencia que llegan desde La Moncloa, el Gobierno y la sede del PP a propósito del caso Bárcenas. El Tribunal de Cuentas, como otros organismos presuntamente independientes, está perdiendo su papel de referencia económica de la democracia debido a su retraso en el examen de las cuentas (las últimas revisadas de partidos son de 2007) y a su carácter espurio de institución donde se refugian políticos flotantes y amigos del Gobierno. Asegura el Tribunal de Cuentas que el pleno (en el que manda el PP con ocho puestos, seguido del PSOE con cuatro) adoptará medidas para introducir más auditores de carrera, en línea con la petición del Supremo. Habrá que prestar atención al cumplimiento de esta promesa". Sobre las capacidades reales del Tribunal de Cuentas, vid. igualmente el artículo de Opinión de Enrique García Viñuela de 18/12/2005 bajo el título "Un tigre de papel" y disponible en <http://elpais.com/diario/2005/12/18/opinion/1134860409_850215.html> (acceso el 19 mar. 2013).

32 Sobre la independencia del Tribunal de Cuentas, Ariño Ortiz (2009, p. 55) afirma: "Éste, como se sabe, está integrado por personas nombradas y 'alineadas' con los partidos, a los que —a veces— se resisten a juzgar. El problema del Tribunal de Cuentas, que no se ha corregido en la nueva Ley de 2007, es su absoluta politización y la dependencia de los Consejeros respecto de los partidos que los nombraron, lo que es un mal que se extiende en España a casi todas las instituciones […]". Para conocer la composición del Tribunal de Cuentas en la actualidad, vid. <http://politica.elpais.com/politica/2013/02/09/actualidad/1360438194_544177.html> (acceso el 18 mar. 2013).

33 El procedimiento de designación de los miembros del Tribunal de Cuentas se encuentra regulado en el artículo 30 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas que dice así: "Los Consejeros de Cuentas serán designados por las Cortes Generales, seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, por un período de nueve años, entre Censores del Tribunal de Cuentas, Censores Jurados de Cuentas, Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad y funcionarios públicos pertenecientes a Cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, Abogados, Economistas y Profesores Mercantiles, todos ellos de reconocida competencia, con más de quince años de ejercicio profesional".

34 En relación a la capacidad real de fiscalización del Tribunal de Cuentas a lo largo de su historia, Ariño Ortiz (2009, p. 56) afirma rotundamente que: "El sistema no ha funcionado nunca como debía. No podemos hacer aquí una historia de las continuas frustraciones, por decirlo suavemente, del Tribunal en el control financiero de los partidos (sería una bonita tesis doctoral). Me limitaré a reiterar que las obligaciones de los partidos han sido con frecuencia incumplidas, las peticiones del Tribunal desatendidas y las posibles sanciones han quedado en recomendaciones (es decir, en nada). Las facultades de investigación del Tribunal han sido limitadas y los terceros (donantes, bancos, empresas contratadas, etc.) no han tenido hasta fecha reciente la obligación de comparecer ante él. Al final, el Tribunal remite sus informes anuales a las Cortes, que son las que tienen que aprobar definitivamente las cuentas, lo que viene a crear una absurda identificación entre controladores y controlados, pues quienes están sentados en las Cortes son precisamente los partidos. La pretendida jurisdicción contable del Tribunal se reduce a cuatro o cinco juicios al año, lo que resulta un poco ridículo". En reciente comparecencia ante el Congreso, el Presidente del Tribunal de Cuentas, Ramón Álvarez de Miranda reconocía que, a pesar de las mejoras de la Ley 8/2007, siguen siendo insuficientes las capacidades reales del Tribunal de Cuentas para recoger y cruzar las informaciones obtenidas con diversos organismos, en particular la Agencia Tributaria y la Seguridad Social. En este sentido, vid. <http://politica.elpais.com/politica/2013/02/12/actualidad/1360673268_115120.html> (acceso el 18 mar. 2013).

REFERENCIAS

ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La financiación de los partidos políticos*. Madrid: Foro de la Sociedad Civil, 2009.

BLANCO VALDES, Roberto L. La problemática de la financiación de los partidos políticos en España: regulación jurídica y propuestas de reforma. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 87, ene.-mar. 1995, p. 163-197.

_____. *Las conexiones políticas*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

DEL CASTILLO, Pilar. *La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales*. Madrid: Siglo XXI de España, 1985.

_____. Pilar. Financiación de los partidos políticos: la reforma necesaria. In: GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan (coord.). *Derecho de partidos*. Madrid: Espasa Universidad, 1992, p. 149-169.

DWORKIN, Ronald. Uma decisão que ameaça à democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson. *Direito à democracia. Ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 41-56.

FLORES D'ARCAIS, Paolo. La democracia tomada en serio. *Claves de razón práctica*, n. 2, mayo 1990, p. 2-14.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza, 1986.

GARCÍA VIÑUELA, Enrique; ARTÉS CASELLES, Joaquín. El gasto público en financiación política: las subvenciones para el funcionamiento ordinario de los partidos. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 128, abr.-jun. 2005, p. 255-291.

GARCÍA VIÑUELA, Enrique. Financiación pública de los partidos y cartelización de la oferta política. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 20, 2009, p. 75-96.

GARCIA VIÑUELA, Enrique; GONZÁLEZ DE AGUILAR, Carmen. Regulación al servicio de los reguladores. La ley de financiación de los partidos políticos de 2007. *XIII Encuentro de economía pública*, 2011, p. 1-23.

GIL CASTELLANO, José. La financiación de los partidos políticos: el estado de la cuestión. *Cuadernos Cons. de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n. 36/37, 2001, p. 249-261.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. La financiación de los partidos políticos en Alemania tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de abril de 1992. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 36, 1992, p. 299-312.

HOLGADO GONZÁLEZ, María. *La financiación de los partidos políticos en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Granada: KRK Ediciones, 2009.

LINZ. Juan J. Conclusiones. Los partidos políticos en la política democrática: problemas y paradojas. In: MONTERO, José Ramón *et al*. *Partidos políticos:* viejos conceptos y nuevos retos. Madrid: Trotta, 2007, p. 277-305.

MARTÍNEZ COUSINOU, Gloria. *El control de la corrupción política. El fracaso de la reforma de la ley de financiación de partidos políticos en España*. Córdoba: Instituto de Estudios Sociales Avanzados de Andalucía, n. 3, 2007.

MARTÍNEZ CUEVAS, María Dolores. *Régimen jurídico de los partidos políticos*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MORAL MORAL, María del Carmen. El control de la financiación de los partidos políticos. "Tribunal de Cuentas ante la corrupción". *Cursos de Verano de la Universidad Complutense*, 1999, p. 143-162.

NÚÑEZ PÉREZ, Manuel. Reforma de la legislación del Tribunal de Cuentas: Fiscalización. *Revista española de control externo*, n. 12, 2, 2002, p. 173-201.

_____. La financiación de los partidos políticos. *Revista española de control externo*, n. 33, 2009, p. 163-174.

PAIVA, Denise *et al*. Eleitorado e partidos políticos no Brasil. *Opinião pública* (v. 13), n. 2, 2007, p. 388-408.

PÉREZ FRANCESCH, Joan Lluís. La financiación de los partidos políticos en España. Consideraciones a partir de los informes del Tribunal de Cuentas y de la nueva Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio. *Papers:* revista de sociología, n. 92, 2009 (ejemplar dedicado a los partidos españoles de ámbito no estatal en perspectiva comparada), p. 249-271.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel. *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*. Barcelona: Ariel, 2000.

PUHLE, Hans-Jürgen. Crisis y cambios de los partidos *catch-all*. In: MONTERO, José Ramón *et al*. *Partidos políticos:* viejos conceptos y nuevos retos. Madrid: Trotta, 2007, p. 71-98.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. La financiación de los partidos políticos en los Estados Unidos. *Teoría y realidad constitucional,* n. 6, 2000, p. 71-81.

SCHNEIDER, Hans-Peter. Los partidos políticos y el dinero: problemas actuales de la financiación de los partidos. *Revista de las Cortes Generales,* n.36, 1992, p. 23-42.

SERRANO MAILLO, María Isabel. La financiación de los partidos políticos en España. *Teoría y realidad constitucional*, n. 12-13, 2003, p. 449-467.

WEBER, Max. *Escritos políticos*. Ed. de Joaquín Abellán. Madrid: Alianza Editorial, 1991.
RODRIGUEZ LÓPEZ, Ángel. La financiación de la actividad ordinaria de los partidos políticos en la legislación española. *Actualidad administrativa*, n. 13, 2010, p. 1563-1572.

David Almagro Castro

davalmagrocastro@gmail.com |

Pos-Doctorando en Derecho Constitucional por la PUC-RS
Doctor en Derecho Constitucional por la PUC-RS
Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla

RECIBIDO 23.05.2013 | APROBADO 31.10.2014

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES CON ESPECIAL REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Erika M. Isler Soto

THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE CONSUMER RIGHTS WITH SPECIAL REFERENCE TO THE CHILEAN LEGAL SYSTEM

RESUMEN

El presente documento se refiere al fenómeno de la constitucionalización de los derechos de los consumidores. Con tal objeto, se comienza exponiendo el grado de reconocimiento que existe en Constituciones Comparadas de las garantías de los usuarios. Posteriormente, se revisa el sistema constitucional chileno y se sostiene que de sus disposiciones sí es posible inferir la protección del sujeto más débil de la relación de consumo, aún cuando no se lo mencione de manera expresa. En el mismo sentido, se citan las propuestas de reforma constitucional que han existido en nuestro país al respecto.

PALABRAS CLAVE

Consumidor; Constitución; Derechos Humanos.

ABSTRACT

This document refers to the constitutionalization of the consumer rights. To this end, the paper starts exposing the comparative experience at the present. After that, the document refers specially to the Chilean constitutional system, in which opportunity we estimate, that from its rules, it is possible to infer the protection of the consumer rights, even if it is not specifically mentioned. Finally, the paper refers to some constitutional reform proposals in Chile.

KEYWORDS

Consumer; Constitution; Human Rights.

Introducción

De un tiempo a esta parte, se ha advertido la generación de un proceso que la doctrina ha denominado "constitucionalización de los derechos", y que consiste, según Guastini, en la "transformación de un ordenamiento al término del cual [...] [este] resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales" (2003, p. 49).[1] Ahora bien, la recepción de esta técnica no suele ser absoluta, sino que, por el contrario, un sistema normativo puede encontrarse más o menos constitucionalizado,[2] según el cumplimiento de sus condiciones.[3]

Una de las consecuencias que ha traído el fenómeno señalado es precisamente el reconocimiento, en las Cartas Fundamentales, de materias antes destinadas únicamente

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201423

a la regulación legal. Las Constituciones se tornan entonces más extensas y se alteran los principios del Derecho Constitucional Clásico, que se hacía cargo únicamente de la actividad estatal.[4]

Tal es lo que ha ocurrido con los derechos de los consumidores, en el sentido de que los ordenamientos jurídicos modernos —luego de haber regulado estas materias mediante leyes— han optado por otorgarles una tutela jerárquicamente superior.

Lo anterior ha conllevado que, desde la perspectiva dogmática, se introduzca una nueva interrogante en torno a la adscripción del Derecho del Consumidor a una rama jurídica específica: si ya es poco clara su naturaleza privada, pública, civil, económica o comercial, ahora se agrega una dimensión constitucional, lo que haría pensar que más bien se trata de un área autónoma de protección.

La Constitución Política chilena, por su parte, no contempla reconocimiento expreso alguno de los derechos de los consumidores; en consecuencia, surge la siguiente pregunta: ¿es necesaria y —más aún, conveniente—, la consagración constitucional de sus derechos, o, por el contrario, bastará con la protección legal y administrativa con la que cuentan actualmente?

El presente trabajo, pues, tiene por objeto otorgar al lector un panorama acerca del estado actual de esta problemática en el Derecho Comparado, así como proponer el nivel de reconocimiento de los derechos de los consumidores que existe en nuestra Carta Fundamental.

1 Los derechos de los consumidores en sistemas constitucionales comparados

Tal como se ha adelantado, es cada vez mayor el número de constituciones que han optado por reconocer los derechos de los consumidores. A este respecto, puede advertirse la utilización de dos técnicas por parte del poder constituyente, a saber: incorporar nuevas garantías en los catálogos de derechos fundamentales o reconocer al grupo tutelado a propósito del sistema económico.

1.1 Reconocimiento de los derechos de los consumidores, dentro de los catálogos de derechos humanos

La mayoría de las constituciones modernas han optado por reconocer la protección del consumidor en su parte dogmática,[5] esto es, a propósito de los derechos del hombre.

A este respecto, cabe recordar que la consagración de los derechos fundamentales se ha realizado de manera gradual en el transcurso de la historia. En efecto, si bien el constitucionalismo clásico reconocía únicamente los derechos de primera generación —Derechos Civiles y Políticos—[6], con posterioridad se agregaron a ellos otras garantías, calificadas como de segunda generación —Derechos Sociales, Económicos y Culturales—[7] y de tercera generación —Derechos de los Pueblos o de la Solidaridad—[8].

Y es precisamente a propósito de estas últimas que comienzan a tutelarse bienes jurídicos vinculados a intereses difusos o de sectores sociales infraprotegidos, entre los cuales se encuentran las garantías concedidas a los consumidores (CEA EGAÑA, 2004, p. 64).[9]

En este sentido se ha señalado:

> Paralelamente a la agenda de los derechos humanos, se expandió el temario de protección de otros valores comunes, tales como la protección del medio ambiente, y crecieron o aparecieron nuevas preocupaciones ciudadanas en torno a las cuales se formaron organizaciones y alianzas, como los movimientos de defensa de los consumidores [...]. Al mismo tiempo, se fueron reconociendo los puntos de contacto entre esas áreas y el campo de los derechos humanos (MEDINA; ZALAQUETT, 2008, p. 11).

Ahora bien, en la materia que nos ocupa —a diferencia de los derechos de primera generación— no se pretende tutelar al sujeto de los abusos que se pudieren derivar del actuar del Estado —salvo, claro está, que este actúe como proveedor—, sino de aquellos derivados de otras personas o entidades de carácter privado igual que él, pero que pudieren incurrir en prácticas comerciales leoninas.

Lo anterior ha sufrido una fuerte influencia de una tendencia a la internacionalización de los derechos fundamentales que ha ido transformando el Derecho Constitucional y cuyo rasgo característico consiste en la recepción de instrumentos y declaraciones internacionales, que pasan a integrar los ordenamientos jurídicos internos o bien inspiran modificaciones normativas.[10] A modo de ejemplo, cabe señalar que en el año 2000, los países integrantes del Mercosur —que, en general, coinciden con aquellos que han tutelado al usuario con rango constitucional—, suscribieron un documento denominado "Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur", el cual consagra —entre otras— las garantías de los consumidores.[11]

Ahora bien, dentro de las cartas fundamentales que han optado por esta técnica, encontramos la Constitución Política de la Nación Argentina, cuyo texto actual, además de mencionar a los consumidores como un grupo especialmente tutelado, les garantiza los derechos que son calificados como "básicos":[12] a la salud, la seguridad, la educación, la información y la libertad de elección. De manera adicional, establece la tutela de sus intereses económicos, la defensa de la competencia y el control de los monopolios naturales y legales, además de las garantías a la calidad, la eficiencia y la asociación.[13] Por último, y con el objeto de hacer operativas las prerrogativas otorgadas, contempla una acción especial, de carácter popular, que puede ser ejercida en caso de que se transgreda cualquiera de los derechos señalados.[14]

Por otra parte, cabe destacar que el tenor literal de las disposiciones contempladas en la Carta Fundamental trasandina ha permitido que la doctrina considere la relación

de consumo como criterio de aplicabilidad del Derecho del Consumidor, cuestión que antes era fuertemente discutida.

En un sentido bastante similar, la Constitución Política del Estado de Bolivia consagra las garantías en estudio, en sus capítulos segundo —"Derechos Fundamentalísimos"— y quinto —"Derechos sociales y económicos"—.[15] Cabe tener presente, además, que este cuerpo normativo establece otras prerrogativas que han sido omitidas por las distintas legislaciones, tales como al "suministro de alimentos, fármacos y productos en general, en condiciones de inocuidad, calidad y cantidad disponible adecuada y suficiente, con prestación eficiente y oportuna del suministro"; así como al "acceso a un sistema de transporte integral en sus diversas modalidades", el cual debe además ser "eficiente y eficaz".[16]

En este grupo encontramos también el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuya Carta Fundamental consagra en un acápite denominado "Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria", además de los derechos básicos a la libre elección y a la información, otras instituciones, tales como el derecho a la calidad en el consumo, a la libre asociación y la prohibición del engaño.[17] Llama la atención, que también se establezca la responsabilidad patrimonial del Estado —de naturaleza subjetiva— en caso de que los servicios públicos generen daños a los usuarios.

La Constitución Política española en tanto, incluye en su título primero "De los Derechos y Deberes Fundamentales", un capítulo destinado a "Los principios rectores de la política social y económica", en el cual, junto a los derechos básicos a la seguridad, la salud, la información y la educación, se establece la tutela de los legítimos intereses económicos de los usuarios.[18]

Por último, cabe mencionar dentro de este grupo, la Carta Fundamental brasileña, la cual, si bien en su Título segundo —"De los derechos y garantías fundamentales"—, consagra el deber del Estado de proteger al consumidor, encarga su regulación al poder legislativo.[19]

1.2 Reconocimiento de los derechos de los consumidores, a propósito del sistema económico

Otros constituyentes han optado por proteger al consumidor a propósito de las normas que regulan el sistema económico interno, razón por la cual se ha planteado que las normas propias del Derecho del Consumidor no solo son de orden público, sino que en realidad integran el denominado Orden Público Económico, entendido como: "Conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo con los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución" (CEA EGAÑA, 2004, p. 463).

Encontramos en este grupo la Constitución peruana, la cual establece la tutela del consumidor en su Título III —"Del régimen económico"— y cuyas garantías —a la información, la salud, la seguridad— son de cargo del Estado.[20]

Un segundo ejemplo lo encontramos en la Constitución portuguesa, cuya Parte Segunda —"Organización Económica"— establece tanto los derechos de los consumidores como la obligación del Estado de satisfacerlos. Adicionalmente, consagra otros deberes, tales como promover el bienestar social —principalmente, de los sujetos vulnerables— y asegurar el funcionamiento eficiente de los mercados.[21]

2 Dos propuestas de reforma constitucional

La Carta Fundamental chilena —tal como se ha adelantado— no menciona de manera expresa a los consumidores como un grupo vulnerable que merezca tutela especial.

De acuerdo con el profesor Cea, la exclusión de algunos derechos del catálogo de garantías fundamentales consagrado por nuestra Constitución tendría una justificación: el Poder Constituyente nacional "privilegia, como principio general, los derechos individuales sobre los sociales y, más todavía, los sitúa por encima de los derechos de la tercera generación, desconocidos por él" (CEA EGAÑA apud PEÑA GONZÁLEZ, 1996, p. 57). De acuerdo a lo anterior es que habrían quedado marginados otro grupo de atributos, entre los cuales se encuentran precisamente "instituciones rectoras e intereses infra o subprotegidos", tales como los consumidores (idem).

La advertencia de esta situación ha motivado la propuesta de algunas iniciativas parlamentarias que han buscado salvar esta omisión, las cuales se pasan a enunciar.

La primera de ellas la presentaron, en el año 2002, los diputados Burgos, Saffirio, Silva, Tuma, Ascencio y Mella.[22] Esta moción, fundamentada en consideraciones de índole económica, propuso la protección constitucional no solo de los derechos de los consumidores, sino también de la libre competencia. De acuerdo a lo anterior es que dicha consagración debía ubicarse a propósito de las garantías de los individuos, esto es, en la parte dogmática.

En concreto, el proyecto propuso en primer lugar la modificación del tenor del Art. 19 Nº 22 inc. 1º CPR, el cual —de acuerdo a la nueva redacción— consagraría el derecho a "la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica y la defensa de la libre competencia". En este caso, vemos que se buscaba proteger a los gobernados no de los proveedores privados, sino del propio Estado.

En segundo lugar, se propuso incorporar un nuevo número —N° 27— al Art. 19 CPR, el cual aseguraría a todas las personas: "[El] derecho de los consumidores y usuarios a la calidad de los bienes y servicios consumidos, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a la reparación de los daños sufridos, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses […]".

De acuerdo a lo anterior es que la iniciativa así presentada buscaba tutelar los derechos básicos de los consumidores —a la salud, la seguridad, la indemnización,

la información, la educación—, además de consagrar otras garantías, tales como la calidad, la protección de sus intereses económicos y la libre asociación, a la manera de algunas legislaciones comparadas. No obstante lo anterior, esta iniciativa no tuvo el éxito esperado y actualmente se encuentra archivada.

Más recientemente, el 5 de abril del año 2011, los senadores Espina, Chadwick, García, Tuma —nuevamente— y Zaldívar presentaron en la Cámara Alta un nuevo proyecto,[23] que buscaba proteger directamente al consumidor, sin relacionarlo con la libre competencia, tutela que debía consagrarse a propósito del derecho a la libertad económica del individuo.

De esta manera, se pretendía incorporar al inciso primero del Art. 19 Nº 21 CPR[24] la siguiente expresión: "Es deber del Estado fomentar la protección de los derechos de los consumidores, la libre elección de los bienes y servicios, una información suficiente, veraz y oportuna, como su derecho a no ser discriminados arbitrariamente y a ser reparados de los daños sufridos, en conformidad a la ley".

Vemos que esta vez, si bien se propone consagrar similares derechos a la iniciativa señalada con anterioridad, se pone de cargo del Estado el fomento de su protección. En cualquier caso, cabe señalar que este proyecto se encuentra actualmente en primer trámite constitucional.

3 Los derechos de los consumidores en la Constitución Política de la República de 1980

No obstante el panorama señalado con anterioridad, y siguiendo a Hesse: "[La] Constitución no es un sistema cerrado y omnicomprensivo; no contiene una codificación, sino un conjunto de principios concretos y elementos básicos del ordenamiento jurídico de la comunidad, para el que ofrece una norma marco. En este sentido, es un ordenamiento abierto" (2001, p. 6).

Desde este punto de vista, sí es posible advertir que, pese al aparente silencio del constituyente, es posible reconocer en el texto de nuestra Carta Fundamental manifestaciones de la tutela del sujeto más débil de la relación de consumo,[25] las cuales se pasan a comentar.

3.1 Derecho del Consumidor y Estado Social y Democrático de Derecho

Se entiende por Estado de Derecho a aquel que:

> Consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los

derechos individuales, sociales, culturales y políticos (VALADÉS, 2002, p. 219-291).[26]

Junto a esta institución, ha surgido el Estado Social y Democrático de Derecho, que, según la doctrina moderna, tiende a predominar en los regímenes públicos actuales. Según Valadés, se incluyen en este concepto: "La tutela del individuo y de sus derechos de participación política y las relaciones de clase, instituyendo mecanismos de distribución de riqueza a través del salario, del ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones que atienden al bienestar" (idem). En el mismo sentido, continúa este autor señalando que "[lo] característico de esta forma de Estado es la vinculación entre los contenidos sociales y los concernientes al pluralismo" (idem).

Ahora bien, y en lo relativo a la materia que nos ocupa, Rodríguez Llamas ha sostenido que "la configuración del Estado como Estado social, que debe favorecer la calidad de vida de sus ciudadanos y el acceso de los mismos a determinados bienes en los que se refleja esa calidad de vida, explica la tendencia a la protección del más débil" (2002, p. 21).

Se trata de una consideración que, además, se vio reflejada en el mismo mensaje del proyecto de Ley que derivó en la Ley 19.496, el cual establecía que "[es] responsabilidad del Estado cautelar en forma especial los intereses de los grupos o sectores no organizados, entre los que se cuentan los consumidores".[27]

En efecto, al igual que el Derecho Constitucional, el estatuto protector de los derechos de los consumidores busca proteger a un sujeto que es considerado vulnerable y cuya inferioridad frente al proveedor puede tener variados orígenes, a saber: la propiedad de los medios de producción, la superioridad económica, el carácter profesional del proveedor, la asimetría informativa existente entre los sujetos de la relación de consumo, etc.

Una manifestación de lo anterior la encontramos en el Art. 1 inc. 3º CPR, según el cual el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones necesarias con el objeto de favorecer la mayor realización espiritual y material que sea posible de los integrantes de la comunidad, entre los cuales se encuentran los consumidores.[28]

Esta declaración tendría su justificación, en el sentido de que la Constitución "[ordena] todas las esferas de la vida esenciales para la convivencia, precisamente porque dichas esferas son consustanciales a la vida del conjunto y se encuentran indisolublemente conectadas con el orden político" (2001, p. 5).

De la misma manera, el inciso 4 de la misma disposición establece como deber del Estado promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.[29]

De la lectura de las normas citadas es posible advertir que de las obligaciones del Estado referidas, particularmente las que tienen por objeto "crear las condiciones necesarias para la mayor realización" del ser humano, así como "promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional", es posible derivar la protección de los consumidores, la cual precisamente busca permitir la realización del individuo y establecer mecanismos de equilibrio en las relaciones jurídicas, con fundamento en la justicia distributiva.

Por último, cabe destacar que, según el Art. 4 de nuestra Carta Fundamental, Chile es una República Democrática y, como tal:

> Debe intervenir allí donde las situaciones de desigualdad y desequilibrio no pueden ser corregidas simplemente con el uso de medidas de tipo económico. Y es indudable que el 'derecho del consumidor' se anuda a una determinada situación de subordinación estructural y de necesidad abstracta de tutela (MOSSET ITURRASPE apud HUENCHIMAN, 2004, p. 58).

3.2 Reconocimiento de garantías

Tal como se ha adelantado, del texto de nuestra Carta Fundamental se desprende la tutela de los derechos de los consumidores, la cual, sin embargo, no se encuentra establecida en protección exclusiva de este grupo de sujetos, sino que busca el beneficio de todas las personas.

3.2.1 Derecho a la seguridad en el consumo y al medio ambiente libre de contaminación

La LPC establece, en su Art. 3 letra d), el derecho a "la seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente".

Se trata de una garantía de naturaleza extrapatrimonial que ya es posible reconocer en el catálogo de garantías contemplado en el Art. 19 CPR, particularmente a propósito de los derechos "a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona" (Art. 19 Nº 1 CPR) y a "la protección de la salud" (Art. 19 Nº 9 CPR).

Por otra parte, la Ley 19.496 ha decidido, adicionalmente, tutelar el derecho a la protección del medio ambiente, el cual también se encuentra consagrado en la Carta Fundamental, particularmente en su Art. 19 Nº 8 CPR. Cabe señalar además, que el mismo numeral establece el deber del Estado de velar para que no se afecte esta garantía y se preserve la naturaleza, en cuya virtud faculta al legislador a "establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades", una de las cuales se encuentra constituida precisamente por el texto de la Ley 19.496.[30]

3.2.2 Derecho a la no discriminación

De acuerdo al Art. 3 letra c) LPC, le asiste al consumidor la garantía a "no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios". Esta disposición se encuentra, además, complementada por el Art. 13 del mismo cuerpo legal, conforme al cual "[los] proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas".

Ahora bien, desde el punto de vista meramente patrimonial, este derecho ha conllevado a que en materia de protección de los derechos de los consumidores —a diferencia del Derecho Común— la oferta sí obligue, de tal manera que, una vez que el consumidor ha decidido aceptar una propuesta realizada por un proveedor, no le sea lícito a este negarse a la celebración del contrato de consumo.

Respecto de esta garantía, Fernández Fredes señala: "[A] diferencia de otros de los derechos del consumidor, lo que con él se tutela no es un interés propiamente patrimonial, sino la dignidad esencial de la persona" (2003, p. 17).

A este respecto, cabe señalar que, en materia constitucional, las normas señaladas concretizan el principio de no discriminación, establecido en los Arts. 1 inc. 1º CPR[31] y 19 N° 2 y 3.[32] De la misma manera, su introducción en nuestro ordenamiento jurídico viene a dar cumplimiento a las obligaciones estatales de promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (Art. 1 inc. 4º CPR).

En razón de lo anterior es que el profesor Fernández ha señalado que, frente a la vulneración de esta garantía, no solo resultan procedentes las acciones derivadas de la LPC, sino que también podría dar lugar a la interposición de un recurso de protección (2003, p. 17).

3.2.3 Derecho a la educación en el consumo

Conforme al Art. 3 letra f) LPC, le asiste al consumidor el derecho a "la educación para un consumo responsable", el cual constituye una manifestación de la garantía constitucional consagrada en el Art. 19 Nº 10 CPR.

Ahora bien, el primer sujeto pasivo de la obligación de educar —de acuerdo a la misma disposición— es precisamente el Estado,[33] el cual, por medio de su Institucionalidad —entre nosotros, el Servicio Nacional del Consumidor— diseña, promueve y realiza políticas públicas tendientes a elevar el nivel de la cultura del consumo nacional.[34]

Lo anterior en ningún caso exime al proveedor de dar cumplimiento a sus deberes de información establecidos en la Ley 19.496, ni tampoco merma el deber de los consumidores de informarse responsablemente (Art. 3 letra b LPC), tal como advierte Perret: "El consumidor es el actor principal que debe aprender a defenderse por sí mismo. [...] Esta educación no es solamente responsabilidad de las agencias

estatales o privadas, sino que también es responsabilidad de la escuela, de la familia y de la sociedad en general" (1999, p. 23).

3.2.4 Derecho a resarcimiento

De acuerdo al Art. 3 letra e) LPC, le asiste al consumidor el derecho a "la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor". Se trata de una prerrogativa que encuentra fundamento en la protección constitucional de la propiedad, establecida en el Art. 19 Nº 24 CPR.[35]

Por otra parte, la jurisprudencia que se ha dictado en sede de protección de los derechos de los consumidores ha justificado la indemnización del daño moral —cuyo resarcimiento ha sido expresamente establecido por la LPC—[36] en razón de los derechos a la vida y a la integridad consagrados en el Art. 19 N° 1 CPR.

En este sentido se pronunció el Segundo Juzgado de Policía Local de San Bernardo —confirmado por la Corte de Apelaciones de San Miguel—, el cual, a propósito de los daños producidos por un error de rotulación en el suplemento alimenticio ADN, señaló que:

> [...] el artículo 19 Nº 1 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, lo que significa que está elevado a la categoría constitucional el derecho de la persona a mantener su integridad psíquica y, por lo tanto, para el ordenamiento jurídico representa un interés que debe ser protegido, de manera que cualquiera acción desplegada por persona o agente alguno que provoque o atente esta integridad, constituye un perjuicio y por ende, un daño que el derecho debe restablecer, sea efectiva o alternativamente.[37]

3.2.5 El derecho de asociación

Se entiende por derecho de asociación: "La libertad de todos los habitantes para conformar, por sí mismos o con otras personas, entidades que tengan una personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes" (CARBONELL, 2006, p. 829).

Nuestra LPC no consagra de manera expresa esta garantía, omisión que, de acuerdo con Fernández Fredes, tendría justificación: "No se estimó necesario explicitarlo específicamente en la Ley N° 19.496, por ser una simple proyección a este campo concreto de la libertad de asociación consagrada por el N° 15 del artículo 19 de la Constitución Política" (1998, p. 118), esto es, "el derecho de asociarse sin permiso previo".

En efecto, la LPC, si bien no establece en su catálogo de derechos básicos la garantía en comento, sí introduce en nuestro país la institución de la Asociación de Consumidores, entendida como:

> [Aquella] organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo objetivo sea proteger, informar y educar a los consumidores y asumir la representación y defensa de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten, todo ello con independencia de cualquier otro interés (Art. 5 LPC).

Adicionalmente, cabe agregar que nuestra Carta Fundamental, en su Art. 1 inc. 2º ya reconoce a los grupos intermedios —entre ellos, las asociaciones de consumidores— y les asegura la autonomía necesaria para cumplir sus propios fines específicos.[38]

Por último cabe señalar que la CPR, en su Art. 23 inc. 1º, establece que las organizaciones de este tipo que hagan mal uso de la autonomía antedicha, interviniendo de manera indebida en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionadas de acuerdo a la Ley,[39] regla que es replicada por el Art. 7 LPC.[40]

4 Respecto de la necesidad de consagrar expresamente las garantías de los consumidores en la Constitución Política Chilena

De acuerdo a lo señalado con anterioridad es que se puede sostener que nuestro sistema constitucional, si bien no contiene normas que tengan por objeto tutelar de manera exclusiva los derechos del sujeto más débil de la relación de consumo, sí contempla otras garantías que —al proteger a la comunidad en general— producen el mismo efecto.

Por otra parte, cabe señalar que, incluso si se quisiera incluir en la Constitución la protección de sujetos desfavorecidos, existen otros aún más vulnerables, que merecerían una protección constitucional previa. Es lo que ocurriría, por ejemplo, con los menores, los discapacitados y los adultos mayores.

Así las cosas, una eventual reforma constitucional que tenga por objeto incluir, dentro del texto de nuestra Carta Fundamental, la tutela de los consumidores de manera expresa, no solo resultaría injustificada, sino que además, podría generar efectos adversos para la economía nacional, al dar mayor rigidez —en ocasiones, de forma inconveniente— tanto a nuestro sistema económico como a la propia protección de los usuarios.

Conclusión

a) El Derecho Comparado sí ha consagrado la protección constitucional de los derechos de los consumidores, particularmente mediante la utilización de dos técnicas normativas: mencionar las garantías de los usuarios como derechos fundamentales o bien incluir su tutela a propósito del sistema económico.

b) La Constitución Política de la República de Chile no consagra de manera expresa los derechos de los consumidores, sin perjuicio de que sus garantías básicas sí sean posibles de desprender del Catálogo de Derechos Fundamentales que ella contiene.

c) En nuestro país se han presentado dos propuestas de reforma constitucional que han pretendido incorporar la tutela constitucional de los consumidores, ninguna de las cuales, hasta el momento, ha devenido en normativa vigente.

d) El Estado Social y Democrático de Derecho se manifiesta y concretiza en la protección del sujeto más débil de la relación de consumo.

e) No resulta necesaria una protección constitucional expresa de los derechos de los consumidores, por cuanto ella ya se desprende de las disposiciones de nuestra Carta Fundamental.

NOTAS

1 "Se denomina 'constitucionalización' al proceso y al resultado de la transformación del Derecho causada por la Constitución" (apud CARBONELL, 2003, p. 163).

2 "El concepto de constitucionalización, como yo lo entiendo, no es un concepto bipolar (verdadero o falso), de forma que un ordenamiento únicamente pueda estar constitucionalizado o no estarlo en absoluto, sin algún punto intermedio. Más bien sostengo que la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento" (GUASTINI, 2003, p. 50).

3 De acuerdo con Guastini (2003, p. 50 y ss.), son condiciones de constitucionalización las siguientes: la existencia de una Constitución rígida; la garantía jurisdiccional de la Constitución; la fuerza vinculante de la Constitución; la sobreinterpretación de la Constitución; la aplicación directa de las normas constitucionales; la interpretación de las leyes de acuerdo a la Constitución; y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

4 El llamado constitucionalismo fuerte o liberal —a diferencia del clásico—, según Comanducci (apud CARBONELL, 2003, p. 77), es aquel que no sólo limita el poder político, sino que, además, establece los derechos fundamentales del hombre.

5 Se entiende por Derecho Constitucional Dogmático: "Aquella parte o sector del ordenamiento constitucional referido a la dignidad humana, los derechos fundamentales y sus garantías, como asimismo, a los deberes constitucionales asignadores de tareas del Estado en favor de la persona" (CELIS DANZINGER, 2011, p. 119).

6 Estos derechos surgen a partir de las Revoluciones Liberales —principalmente, la francesa— a modo de rebelión en contra del orden político imperante. Se trata de garantías que imponen al Estado un deber de respeto. Entre ellas encontramos el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, al voto, a ser electo, etc.

7 Estos derechos surgen, en general, a partir de la Revolución Industrial e imponen al Estado una obligación de hacer, esto es, de proporcionar su satisfacción mediante el establecimiento de un sistema asistencialista. Son ejemplos de estas garantías: el derecho al trabajo, a un salario justo, a la libre asociación, a la seguridad social, a la cultura, etc.

8 Estos derechos surgen con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, como resultado de la integración recíproca de las naciones y de los grupos que las componen. Se trata de garantías que imponen al Estado obligaciones tanto de hacer como de no hacer. Son ejemplos de ellas: el derecho a la paz, al medio ambiente, a la autodeterminación de los pueblos, a la tutela de grupos vulnerables, etc.

9 Asimismo, se ha señalado que se trata de derechos que presentan algunos rasgos comunes, a saber: no son derechos declarados 'frente al Estado', sino que aparecen también en las relaciones entre particulares; los valores puestos de resalto son la solidaridad y la cooperación; el interés jurídicamente protegido se vincula con necesidades comunes a conjuntos indeterminados de individuos, que sólo pueden ser satisfechas desde una óptima comunitaria; se trata, pues, de 'intereses difusos', que reposan en circunstancias puramente fácticas, frecuentemente genéricas, contingentes y mutables; la preocupación por su defensa es compartida por los Derechos Público y Privado, de manera que puede producirse una 'publicización' del Derecho Privado o una 'privatización' del Derecho Público; sus 'enemigos' son, en muchas ocasiones, titulares de poderes aún más fuertes que el mismo Estado, tales como personas físicas o jurídicas en situación 'de dominación, etc. (HUENCHIMAN, 2004, p. 58 y 59).

10 De acuerdo a Cea Egaña, consiste en: "La incorporación de ese reconocimiento y promoción a los tratados internacionales, sean de alcance universal o regional, configurándose así el Derecho Constitucional internacional o supranacional" (2004, p. 68).

11 Florianópolis, Brasil, 15/12/2000, suscrita por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay.

12 En general las legislaciones han consagrado ciertos derechos de los consumidores, a los cuales han otorgado el calificativo de "básicos". En general, se consagran en la parte preliminar de las leyes de protección de los derechos de los consumidores y provienen, principalmente, del discurso pronunciado por el presidente John Kennedy el día 15 de marzo de 1962 ante el Congreso de Estados Unidos. La importancia de que una garantía sea calificada o no como básica radica en los efectos jurídicos que se derivan de uno u otro caso. En efecto, mientras la doctrina atribuye al consumidor abstracto —todos los ciudadanos, en cuanto personas— los derechos básicos, al consumidor concreto —aquel que efectivamente ha intervenido con el proveedor en un caso particular— se le conceden, de manera adicional, otras prerrogativas, entre las cuales se encuentran las acciones contractuales, la garantía legal, el derecho a retracto, etc. (JARA AMIGO, 1999, p. 62). En nuestro país, los derechos básicos se encuentran consagrados en la primera parte del Art. 3 LPC, que reza: "Son derechos y deberes básicos del consumidor: a) La libre elección del bien o servicio. El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo. b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos; c) El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios; d) La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles; e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea, y f) La educación para un consumo responsable, y el deber de celebrar operaciones de consumo con el comercio establecido". En derecho comparado, en general, se agrega el derecho a la protección de los intereses económicos.

13 Art. 42 Constitución Política de la Nación Argentina: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. / Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. / La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

14 Art. 43 Constitución Política de la Nación Argentina: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o

de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. / Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. / Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. / Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio".

15 Art. 20 CPE Bolivia: "I. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, telecomunicaciones y transporte. II. Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, autárquicas, mixtas, cooperativas o comunitarias. La provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social. III. Los servicios básicos no serán objeto de concesión ni privatización".

16 Constitución Política del Estado de Bolivia: Art. 75 "Las usuarias y los usuarios y las consumidoras y los consumidores gozan de los siguientes derechos: 1. Al suministro de alimentos, fármacos y productos en general, en condiciones de inocuidad, calidad, y cantidad disponible adecuada y suficiente, con prestación eficiente y oportuna del suministro. 2. A la información fidedigna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen"; Art. 76: "I. El Estado garantiza el acceso a un sistema de transporte integral en sus diversas modalidades. La ley determinará que el sistema de transporte sea eficiente y eficaz, y que genere beneficios a los usuarios y a los proveedores".

17 Constitución Política de la República de Ecuador: Art. 52 "Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. / La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor"; Art. 53: "Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación. / El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados"; Art. 54: "Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. / Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas"; Art. 55: "Las personas usuarias y consumidoras podrán constituir asociaciones que promuevan la información y educación sobre sus derechos, y las representen y defiendan ante las autoridades judiciales o administrativas. / Para el ejercicio de este u otros derechos, nadie será obligado a asociarse".

18 Art. 51 Constitución Española: "1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. / 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. / 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales".

19 Art. 5.º Constitución de la República Federal de Brasil: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

20 Art. 65 Constitución Política peruana: "Protección al consumidor. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población".

21 Art. 81 Constitución de la República Portuguesa: "Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: a) Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável; b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal; c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público; d) Promover a coesão económica e social de todo o território nacional, orientando o desenvolvimento no sentido de um crescimento equilibrado de todos os sectores e regiões e eliminando progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo e entre o litoral e o interior; e) Promover a correcção das desigualdades derivadas da insularidade das regiões autónomas e incentivar a sua progressiva integração em espaços económicos mais vastos, no âmbito nacional ou internacional; f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral; g) Desenvolver as relações económicas com todos os povos, salvaguardando sempre a independência nacional e os interesses dos portugueses e da economia do país; h) Eliminar os latifúndios e reordenar o minifúndio; i) Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores; j) Criar os instrumentos jurídicos e técnicos necessários ao planeamento democrático do desenvolvimento económico e social; l) Assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país; m) Adoptar uma política nacional de energia, com preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, promovendo, neste domínio, a cooperação internacional; n) Adoptar uma política nacional da água, com aproveitamento, planeamento e gestão racional dos recursos hídricos".

22 Moción de los diputados señores Burgos, Saffirio, Silva, Tuma, Ascencio y Mella, sobre Reconocimiento constitucional de la libre competencia y de los derechos de los consumidores, Boletín Nº 2.963-07, junio de 2002.

23 Moción de los senadores Espina, Chadwick, García, Tuma y Zaldívar, sobre reforma constitucional, Boletín Nº 7.563-07, abril de 2011.

24 Art. 19 CPR: "La Constitución asegura a todas las personas: Nº 21: El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen".

25 A lo anterior habría que agregar que, según el profesor Cea Egaña, el catálogo de garantías contemplado en el Art. 19 CPR no tendría el carácter de taxativo, de tal manera que sería posible que nuestro ordenamiento jurídico reconociese otros derechos fundamentales que generen los mismos efectos jurídicos. Señala los siguientes argumentos: a) La enumeración del Art. 19 sería abierta, puesto que existirían otras disposiciones —incluso constitucionales— que consagran garantías esenciales. Es lo que ocurriría por ejemplo, con la nacionalidad; b) De acuerdo a la historia fidedigna, se puede desprender que el constituyente reconocía la existencia de otros derechos no contemplados en el Art. 19, en la medida que provengan de la dignidad humana; c) Existen numerosos tratados internacionales que incorporan derechos humanos a nuestro sistema jurídico. En el mismo sentido, señala: "La Declaración de Derechos contenida en el Capítulo III es la más larga y completa de todas las contempladas en las Constituciones chilenas. Sin embargo, esa evolución y enriquecimiento no significan que sea un catálogo cerrado o taxativo, es decir, que no puedan incluirse otros derechos en él, como si fuera razonable propugnar la clausura del progreso humano" (CEA EGAÑA apud PEÑA GONZÁLEZ, 1996, p. 32).

26 Otro concepto: "Cuyo Derecho da a la comunidad política un contenido y una estructura específica" (SANTOS BALLESTEROS, 1973, p. 26).

27 Mensaje de Proyecto N° 187-322, 19.08.1991.

28 Art. 1 inc. 3° CPR: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

29 Art. 1 inc. 4° CPR: "Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la

familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

30 Art. 19 CPR: "La Constitución asegura a todas las personas: N° 8: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. / La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

31 Art. 1 inc. 1º CPR: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

32 CPR: Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas: 2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias; Nº 3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos […]".

33 Art. 19 N° 10 CPR: "[…] Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles".

34 Fernández Fredes: "[A] diferencia del derecho a la información básica comercial, el de ser educado en materia de consumo no tiene como sujeto pasivo […] al proveedor mismo, sino al Estado, que lo satisface a través del organismo oficial especializado en la materia —el Servicio Nacional del Consumidor— y también por medio del sistema educativo general" (1998, p. 118).

35 CPR: Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas: N° 24 inc. 1: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales".

36 Se trata de una norma novedosa en nuestro sistema jurídico, puesto que —a diferencia del Derecho Común— viene a explicitar el resarcimiento del daño extrapatrimonial, a la manera de otras legislaciones comparadas. En este último sentido: Art. 6 Ley de relaciones de consumo, Uruguay: "Son derechos básicos de los consumidores: […] f) La efectiva prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales".

37 "Sernac con Braún Medical S.A.", Rol 3422-4-2008, JPL San Bernardo, 18.01.2010, Considerando 48, confirmada por la C. Ap. San Miguel, Ing. 187-2010, 17.05.2010. En el mismo sentido, se pronunció el Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta: "En lo que dice relación con el daño moral, éste […] posee una manifestación positiva en la normativa suprema de la Constitución Política de la República, cuyo artículo 19, en su numeral primero, asegura el derecho a la integridad física y psíquica, y el numeral 4º consagra el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia. Bienes de excelencia e ideales por naturaleza que, al amparo del reconocimiento constitucional, deben recibir de parte de los órganos encargados de hacer operante el ordenamiento jurídico, que arranca su origen y validez en la Carta Fundamental, amplio resguardo y protección, incluido el resarcimiento pecuniario, cuando resultan afectados por actos que los lesionan o menoscaban", "Stjepovich González con Universidad de Antofagasta", Rol 36.492-2001, 3 J.L. Antofagasta, 24.05.2002, confirmada por la C. Ap. De Antofagasta, 11.12.2002, se acoge recurso de casación, C.S., Ing. 228-2003, 09.11.2004.

38 Art. 1 inc. 2° CPR: "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos".

39 Art. 23 inc. 1 CPR: "Los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionados en conformidad a la ley".

40 Art. 7 LPC: "Además de las causales de disolución indicadas en el artículo 18 del decreto ley Nº 2.757, de 1979, las organizaciones de consumidores pueden ser disueltas por sentencia judicial o por disposición de la ley, a pesar de la voluntad de sus miembros. / En caso de que el juez, dentro del plazo de tres años, declare temerarias dos o más demandas colectivas interpuestas por una misma Asociación de Consumidores, podrá, a petición de parte, en casos graves y calificados, decretar la disolución de la asociación, por sentencia fundada. / Los directores de las Asociaciones de Consumidores disueltas por sentencia judicial quedarán inhabilitados para formar parte, en calidad de tales, de otras asociaciones de consumidores, durante el período de dos años".

REFERENCIAS

Doctrina y artículos de opinión

CARBONELL, Miguel. "La libertad de asociación y de reunión en México". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006.

CEA EGAÑA, José Luis. "Dignidad, derechos y garantías en el régimen constitucional chileno". PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. *Práctica constitucional y derechos fundamentales*. Santiago: Editorial Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996.

_____. *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, tomo 2.

CELIS DANZINGER, Gabriel Enrique. *Curso de derecho constitucional*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2011.

COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico". In: CARBONELL, Miguel Ed. *Neconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FERNÁNDEZ FREDES, Francisco. "Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones". *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión*, Faculta de Ingeniería y Ciencias Universidad de Chile, vol. 1, n° 2, Santiago, 1998.

_____. *Manual de derecho de protección al consumidor*. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2003.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo". In: CARBONELL, Miguel Ed. *Neconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUASTINI, Riccardo. "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: El caso italiano". In: CARBONELL, Miguel Ed. *Neconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HESSE, Conrado. "Constitución y derecho constitucional". In: BENDA, Ernesto et al. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2001.

HUENCHIMAN, Valeria. "La Constitución Nacional, el consumidor y el usuario". In: STIGLITZ, Gabriel A. *Manual de defensa del consumidor*. Rosario: Editorial Juris, 2004.

JARA AMIGO, Rony. "Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones". In: CORRAL TALCIANI, Hernán (ed.). "Derecho del consumo y protección al consumidor". *Cuadernos de Extensión* n° 3, Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1999.

MEDINA Q., Cecilia; ZALAQUETT D., José. "Prólogo". *Derechos Humanos hoy, Balance internacional*. Santiago: Editorial Catalonia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2008.

PERRET, Louis. "Protección al consumidor: en Canadá y Estados Unidos: principales técnicas". In: CORRAL TALCIANI, Hernán (ed.). *Derecho del consumo y protección al consumidor*. *Cuadernos de Extensión* n° 3, Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1999.

RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia. *Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *El abuso del Derecho*. Bogotá: Editorial Universidad Javeriana, 1973.

VALADÉS, Diego. "La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 103, 2002.

Normativa e instrumentos internacionales

Constitución Política de la República de Chile.

Constitución Política de la Nación Argentina.

Constitución Política del Estado de Bolivia.

Constitución Política de la República de Ecuador.

Constitución Española.

Constitución de la República Federal de Brasil.

Constitución Política de Perú.

Constitución de la República Portuguesa.

"Declaración presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur", Florianópolis, Brasil, 15.12.2000.

Ley 19.496, Chile.

Ley de relaciones de consumo, Uruguay.

Jurisprudencia

"Sernac con Braún Medical S.A.", Rol 3422-4-2008, JPL San Bernardo, 18.01.2010, confirmada por la C. Ap. San Miguel, Ing. 187-2010, 17.05.2010.

"Stjepovich González con Universidad de Antofagasta", Rol 36.492-2001, 3 J.L. Antofagasta, 24.05.2002, confirmada por la C. Ap. De Antofagasta, 11.12.2002, se acoge recurso de casación, C.S., Ing. 228-2003, 09.11.2004.

Proyectos normativos
Mensaje de Proyecto N° 187-322, 19.08.1991.
Moción de los diputados señores Burgos, Saffirio, Silva, Tuma, Ascencio y Mella, sobre Reconocimiento constitucional de la libre competencia y de los derechos de los consumidores, Boletín Nº 2.963-07, junio de 2002.
Moción de los senadores Espina, Chadwick, García, Tuma y Zaldívar, sobre reforma constitucional, Boletín Nº 7.563-07, abril de 2011.

Erika M. Isler Soto

erikaisler@yahoo.es |

Abogada

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile

Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile

Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile

Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile

Profesora de Derecho Civil, Facultad de Derecho y Comunicación Social, Universidad Bernardo O'Higgins

Profesora de Derecho del Consumidor, Universidad Alberto Hurtado

Profesora de Derecho del Consumidor, Universidad Gabriela Mistral

Becaria Conicyt

RECEBIDO EM 19.07.2013 | APROVADO EM 25.08.2014

PONDERAÇÃO DE DIREITOS E PROPORCIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Josué Mastrodi

ON BALANCING RIGHTS AND PROPORTIONALITY OF JUDICIAL DECISIONS

RESUMO

Pesquisa sobre a prevalência de interesses e valores dos grupos sociais mais elevados contra interesses e valores dos grupos sociais subordinados mesmo em decisões judiciais de conflitos aparentemente individuais, que envolvem apenas autor e réu. Os direitos individuais, sobre os quais o Estado moderno foi estruturado, tendem a prevalecer sobre os direitos sociais. Essa prevalência é determinante mesmo no âmbito da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, em que se afirma igual importância a direitos individuais ou sociais e que, pela proporcionalidade, haveria chance de direitos sociais prevalecerem. É até possível afirmar que cada colisão de direitos será decidida de modo proporcional e de forma diferente, mas a proporcionalidade não confere racionalidade ao critério necessário para fundamentar a decisão. A decisão proporcional tem mais relação com o critério escolhido que com os direitos em conflito.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria Geral do Direito; Direitos Fundamentais; Ponderação de direitos; Proporcionalidade; Robert Alexy.

ABSTRACT

Research on the prevalence of interests and values of higher social groups over interests and values of lower social groups even in judicial decisions between two individuals only, author and defendant. Individual rights, by which modern State has been structured, tends to prevail. This prevalence is as well determinant in Robert Alexy's theory of fundamental rights, by which is given same importance either to individual our social rights and, due to proportional balancing, there is chance social rights to win. It is possible to assert that each collision of rights will be decided differently, but proportionality does not attribute rationality to the criterion needed to give ratio decidendum to the decision. The proportional decision is more related to the chosen criterion than to the rights in conflict.

KEYWORDS

General Theory of Law; Theory of Fundamental Rights; Balancing of rights; Proportionality; Robert Alexy.

Introdução

Este artigo foi concebido no final do ano de 2012 no âmbito de um plano de pesquisa que visava basicamente a dois objetivos: em termos teóricos, por meio de análise descritiva feita a partir de revisão bibliográfica, identificar o *caráter fictício* do princípio ou postulado da proporcionalidade, em especial o desenvolvido nos termos da impressionante teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy; e, em termos empíricos,

a partir de análise de acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF), identificar as formas pelas quais o STF soluciona conflitos que envolvem colisão de direitos fundamentais, em especial se tais formas guardam relação com a proporcionalidade de Alexy (tanto no procedimento de identificar os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) quanto na substância (se há ponderação entre direitos, valores e interesses, sem hierarquia necessária entre eles). Pela *quantidade* de acórdãos encontrada na base de dados do STF,[1] este segundo objetivo não se mostrou exequível no curto prazo e, portanto, seus resultados somente serão apresentados em trabalho posterior.

Nesse sentido, este artigo tem por finalidade exclusiva apresentar os resultados obtidos no âmbito da pesquisa teórica, em que se identificou a natureza fictícia do instrumento de solução de conflitos por excelência da teoria dos direitos fundamentais – o princípio ou postulado da proporcionalidade – a partir de uma crítica imanente aos estatutos dessa mesma teoria. Constatou-se que a proporcionalidade não possui elementos inovadores em relação a outros meios de solução de conflitos, tampouco hábeis a resolução de conflitos *reais*. Em que essa forma de solução de conflitos supera as já desenvolvidas pelas teorias tradicionais? Parece-me que a resposta não está na proporcionalidade, mas na estrutura da teoria proposta por Alexy que, ao contrário das demais teorias normativas, não predetermina normas a partir de uma tábua de valores, compreendendo o pluralismo político da atualidade de modo muito mais abrangente (*i.e.*, todos os interesses, valores e direitos, desde que previstos em norma constitucional, devem ser protegidos na maior medida possível).

Não obstante, a teoria de Alexy, em especial por ser de natureza funcionalista, também precisaria superar as demais teorias jurídicas na sua *aplicação*. Como a aplicação depende ineludivelmente da proporcionalidade, esta precisa, a meu ver, de certas precisões em sua definição e em sua utilização. O intérprete tem total liberdade para escolher o critério pelo qual fará a comparação entre os direitos em colisão e a ponderação pela qual decidirá por um direito ou pelo outro; com isso, a proporcionalidade não é a relação otimizada de adequação e necessidade entre os direitos em jogo, mas a relação entre o critério adotado para se decidir e a decisão efetivamente tomada, correndo-se o risco de esta decisão não guardar relação alguma com os direitos em conflito, já que o critério escolhido pode servir mais para justificar a decisão tomada que para mensurar os direitos em jogo e estabelecer quanto de cada um deverá ser protegido em cada caso concreto.

A proporcionalidade foi inicialmente desenvolvida no âmbito do Tribunal Administrativo Prussiano entre os anos de 1882 a 1914, como forma de controle dos atos da Administração Pública (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010), justamente pela verificação da existência de proporção entre o motivo (critério de ação) e a finalidade pública a ser atingida (realização efetiva da decisão tomada). Não havia, em sua origem, discussão entre direitos individuais ou sociais em conflito, sua função era

identificar em que medida seria lícito à Administração Pública interferir na esfera privada dos administrados. Em Alexy, a proporcionalidade é ampliada e serve como base para comparação e aplicação ponderada de direitos e interesses em conflito; porém, ao menos segundo o ponto de vista apresentado neste artigo, a proporcionalidade da Teoria dos Direitos Fundamentais continua a relacionar a decisão tomada com o critério utilizado para se decidir, embora afirme tratar-se de efetiva ponderação entre os direitos em colisão.

Estruturo este artigo do seguinte modo: no item 1, a seguir, trato da transformação dos conflitos reais em conflitos jurídicos, da forma como as teorias jurídicas buscam resolver o conflito real pela solução dada ao conflito jurídico e da forma como isso se dá no âmbito da teoria dos direitos fundamentais. No item 2, trato dos caracteres que conferem à proporcionalidade natureza de um postulado, e não a de um princípio, isto é, trata-se de um pressuposto teórico, fundamento de toda a teoria de Robert Alexy, sem correspondência no mundo real ou mesmo no sistema normativo. Trata-se de uma ferramenta teórica imprescindível para a ponderação de direitos, mas essa ponderação se dá por força do elemento ficcional da teoria (o postulado da proporcionalidade) e não por um dado da realidade. Ao final, teço considerações sobre as formas de a proporcionalidade, ainda que entendida como ficção, relacionar a decisão com os direitos em conflito e estes com a realidade fática.

Não pretendo analisar exaustivamente a teoria de Robert Alexy, em especial por já ser amplamente divulgada e conhecida, por já possuir comentadores e críticos da mais alta qualidade (ALEXY, 2001 e 2002; KLATT; EISTER, 2012; KUMM, 2004; MÖLLER, 2007 e 2012; SILVA, 2011; TSAKYRAKIS, 2009), e também porque o espaço deste artigo não permitiria tal intento. No entanto, algumas de suas características serão delineadas na medida em que isso se apresentar necessário para o desenvolvimento deste trabalho.

1 Lutas sociais, cristalização das relações de poder na forma de direitos. A tradução das lutas na forma de conflitos judiciais

Os conflitos reais podem ser decididos por meio de força física ou poder econômico. Esses conflitos envolvem a luta por bens ou posições sociais, disputados pelo valor ou interesse que eles representam. Qualquer bem ou posição possui um valor determinado pelas vantagens que ele proporciona a seu detentor (vantagens estas que não são apenas de ordem econômica, a dimensão que acaba por permitir a atribuição de *valor de troca* ao bem ou posição).

No âmbito da ciência do direito, tanto os autores (pesquisadores) quanto os atores jurisdicionais (em especial, os juízes) partem do pressuposto[2] de que um conflito real deve ser entendido, na arena do discurso, não mais como um conflito, mas como uma discussão que envolve valores e interesses contrapostos. Além disso, a discussão

é transformada em uma colisão de princípios normativos, que é a forma como, dentro do direito, se compreende a discussão para o fim de resolvê-la por meio de uma decisão.[3] Dentro do Estado de Direito, a disputa deve ser decidida não mais pela força das partes, mas por uma decisão de autoridade. Num conflito a ser decidido pelo Estado, o poder econômico ou físico dos litigantes não deve ser considerado em hipótese alguma. O fator determinante da resolução do conflito é a identificação de que uma das partes possui um título que justifique vencer a disputa. Esse título são as posições jurídicas denominadas direitos subjetivos.

Direitos são a cristalização, em normas jurídicas, de valores ou interesses considerados importantes pela sociedade que os positivou. A partir de um determinado contexto histórico, certas condutas são valoradas como boas ou ruins conforme a possibilidade de tais condutas permitirem a satisfação de interesses ou necessidades. Como não é possível que dois interesses sejam satisfeitos ao mesmo tempo com o mesmo recurso, há *disputa* no sentido de se atribuir valor positivo às condutas que levam à satisfação dos interesses contrapostos. Isso não é simplesmente negociado num contrato social em que todos são livres e iguais. Há relações sociais concretas em que pessoas e grupos, por causa de sua posição social concretamente predominante, são capazes de fazer essa predominância prevalecer, também, no estabelecimento das normas jurídicas gerais e abstratas que, ao serem positivadas, são aplicáveis a todos os membros da sociedade, de modo que a estrutura de desigualdade social é transformada em um ordenamento que se apresenta como se fosse justo ou bom de modo universal para todos os membros daquela sociedade. E a ciência do direito acaba por tratar desta estrutura normativa como a *base neutra* de toda relação intersubjetiva, desconsiderando a situação histórica de desigualdade a partir da qual o ordenamento jurídico foi estabelecido e da tábua de valores que ele determina como o padrão social a ser seguido.

Voltando à noção de direito subjetivo, a ciência do direito estabelece que toda pessoa que estiver situada sob a hipótese de uma posição jurídica (seja uma liberdade, pretensão, potestade ou imunidade: KELSEN, 2003, p. 140-145) tem direito a se beneficiar dela. Os direitos subjetivos não são exclusivamente relacionados ao direito de propriedade, mas este direito foi a base sobre a qual a teoria dos direitos subjetivos como posições jurídicas se desenvolveu[4] e que ainda hoje exerce influência prática muito grande sobre essa teoria: direitos subjetivos são, a exemplo de seu direito originário, entendidos como posições exclusivas e excludentes, um direito que confere ao titular a exclusividade de seu benefício.

Essa exclusividade do direito subjetivo – proporcionada, na origem, pela característica *erga omnes* do direito de propriedade e pelo uso do silogismo jurídico em toda e qualquer disputa judicial, pelo qual a subsunção do fato à norma é o que determina se há ou não direito – tem sofrido, nas últimas décadas, uma grande relativização. Seja porque o direito de propriedade não é mais compreendido como absoluto,

mas dependente do exercício de sua função social,[5] seja porque, com o advento do constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais, mais importante que a discussão sobre uma das partes ser titular ou não de um direito subjetivo, importa identificar se ela é titular de um direito fundamental, e em medida maior que o direito fundamental de que a contraparte seja titular.

Direitos fundamentais também se referem a posições jurídicas, porém não são caracterizados pela natureza absoluta e excludente dos direitos subjetivos. Eles visam à proteção de certos atributos de seu titular, em geral relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, que só podem ser limitados pela incidência de outro direito fundamental.

Ora, se um valor ou interesse pode ser caracterizado como norma de caráter constitucional, ele não pode *nem deve* ser desconsiderado. Em termos jurídicos, todo interesse com essa característica possui dignidade, pois tem por base um direito fundamental e, portanto, deve ser protegido. Nesse sentido, numa colisão entre princípios ou entre direitos fundamentais de mesma dignidade constitucional, fica impensável imaginar a eliminação de um princípio em detrimento do outro, pois ambos os princípios devem permanecer, ainda que um prevaleça sobre o outro. Daí os rios de tinta que já se verteram para desenvolver as teorias sobre *ponderação entre princípios* – para que a prevalência de um princípio, quando em conflito com outro, não cause o esvaziamento deste – e sobre proporção ou *proporcionalidade das decisões* que, ao optarem por um dos princípios em conflito, devem aplicar a decisão da forma menos onerosa possível à parte derrotada.

Numa disputa que envolve direitos fundamentais contrapostos, importa, segundo a proeminente teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, a ponderação entre eles, para que ambos sejam implementados na maior medida possível. Essa teoria, baseada em estudos dos julgados do Tribunal Federal Constitucional Alemão, tem sido base para a compreensão de conflitos entre direitos fundamentais em inúmeros países, seja pelos pesquisadores, seja pelos juízes dos tribunais constitucionais, seja pelos juízes de tribunais internacionais.

No Brasil não é diferente. A doutrina de Robert Alexy é referida em inúmeros acórdãos do Supremo Tribunal Federal e, com base nela, têm-se entendido o caráter principiológico das normas que conferem direitos fundamentais, o que impõe sua concretização na maior medida possível; ao contrário das normas que atribuem direitos subjetivos: as conhecidas regras do direito positivo que, segundo a teoria de Alexy, não admitem ponderação, devendo ser aplicadas de forma absoluta (como afirma Ronald Dworkin, numa condição de *tudo ou nada*).

Grosso modo, os direitos subjetivos, previstos em *regras* infraconstitucionais, que antes eram de aplicação absoluta, devem agora ser adjudicados *se* em conformidade com um direito fundamental, previsto em *princípio* constitucional, *e na medida* em que não restrinja outros princípios de maneira indevida. Vivemos a *era da ponderação*.[6] Nesse

sentido, a solução de um conflito real, no âmbito de um Estado de Direito, será solucionado a partir da conformação dos direitos fundamentais contrapostos em jogo, em cada caso concreto. A tábua de valores preestabelecida no ordenamento jurídico deixa de ser critério para estabelecer decisões quando o conflito entre partes envolver direitos fundamentais.

A ponderação entre direitos constitucionais sofre grande crítica dos teóricos morais, em especial por parte dos liberais, que compreendem a estrutura social como aquela formada por um *contrato entre agentes morais kantianos*. Segundo esta compreensão, a ponderação de direitos é algo inviável, seja porque direitos são absolutos (NOZICK, 1991), ou porque são trunfos (DWORKIN, 2001), ou porque possuem uma ordem predeterminada inalterável, com precedência da liberdade sobre a igualdade (RAWLS, 2000). Em artigo que iniciou acalorado debate sobre a ponderação de direitos em conhecido periódico internacional, Tsakyrakis (2009, p. 491) afirma que tratar de ponderação de direitos é o mesmo que parar de tratar da distinção entre o que é certo e errado para tratar do que é adequado e conveniente. Habermas (1997, p. 318) já havia apresentado sérias críticas, nesse mesmo sentido, à possibilidade de relativizar direitos ao se permitir prevalência a interesses ou valores que lhe sejam contrapostos (retira-lhes a força, ou a *primazia estrita conferida a pontos de vista normativos*). Além disso, e por causa disso, Habermas afirma que a ponderação, ao substituir os argumentos normativos pelos funcionalistas, gera o perigo de *juízos irracionais*.

De fato, a teoria dos direitos fundamentais possui a característica de atribuir igual validade a direitos individuais, direitos sociais, interesses públicos etc. (ALEXY, 2003, p. 131-132; 2009 p. 1-2), o que a torna uma teoria *ímpar* na compreensão do objeto da ciência jurídica. Talvez pela primeira vez na história uma estrutura teórica obtém certo êxito em traduzir, para o campo do direito, a organização social pluralista formada como o resultado de uma incessante luta por bens e posições (IHERING, 2010).

Nas teorias normativas tradicionais, baseadas em direitos subjetivos em vez de em direitos fundamentais, dá-se prevalência (quase) absoluta às liberdades públicas, também entendidas como direitos individuais, direitos de primeira dimensão ou direitos a abstenções. A compreensão do que é o Estado moderno e a do que são as relações sociais é tributária da visão de mundo captada pelos filósofos liberais, em especial por Locke, Rousseau e Kant. A liberdade abstrata do indivíduo foi declarada como direito humano *autoevidente* (HUNT, 2009), muito embora, na prática das relações sociais, tal direito era e tem sido aproveitado apenas pelas pessoas que integrassem o grupo econômico dominante.

Nem mesmo as lutas por igualdade (a segunda palavra de ordem do tríptico da revolução francesa), visando a melhores condições de trabalho, e que visavam à afirmação de direitos além da liberdade abstrata, causaram modificação nas teorias tradicionais de direito: as liberdades individuais permaneceram prevalentes em relação a quaisquer novos direitos que se afirmassem. Aliás, quando se apresentaram os direitos

sociais como direitos de segunda geração ou dimensão, as demais teorias normativas afirmaram que isso seria uma hierarquia inalterável[7] simplesmente *assumindo a constatação* de que, na prática das relações sociais, eles já eram relegados à condição de direitos de segunda classe. Os direitos fundamentais de primeira dimensão permanecem sólidos por força de seu entendimento na forma de direitos subjetivos, enquanto os direitos de segunda dimensão, no entanto, por não serem compreendidos desse modo, são mantidos em segundo plano, sempre subordinados aos direitos subjetivos.

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy, sem entrar na discussão sobre as concretas relações históricas que levaram as sociedades a afirmar certos direitos, reconhece que todo princípio normativo – identificado como direito fundamental ou preceito constitucional – representa um valor ou interesse socialmente relevante e que, justamente por sua relevância (pois alçado à condição de direito fundamental), deve ser de algum modo considerado e adjudicado. A teoria de Alexy, desse modo, permite a possibilidade de direitos sociais prevalecerem, ainda que de modo ponderado, sobre os antes absolutos direitos individuais.

Contudo, do fato de a teoria permitir que um direito social supere um direito individual não decorre necessariamente que, na vida real, os conflitos entre direitos individuais e direitos sociais sejam resolvidos em favor da prevalência destes últimos, ainda que de modo ponderado. Toda a estrutura social está montada, há séculos, sobre os pressupostos do liberalismo econômico. Assim, os direitos individuais, por serem considerados primordiais, são os que recebem mais proteção, justamente porque eles representam, no campo do direito, a estrutura econômica de dominação liberal inerente às sociedades ocidentais, e porque dão racionalidade a essa estrutura, permitindo o franco funcionamento do sistema capitalista.[8]

Holmes e Sunstein (1999) já demonstraram que todo direito demanda custo social para sua implementação, e que os custos para garantir os direitos individuais, embora elevadíssimos, não são percebidos porque estão embutidos no custo do aparato estatal (agências reguladoras de proteção aos mercados, serviços de polícia e Poder Judiciário para proteção da propriedade e dos contratos etc.). Ao mesmo tempo em que não sobram muitos recursos públicos para serem aplicados na garantia dos direitos sociais, isso retroalimenta o círculo vicioso da percepção pela qual direitos sociais não são tão importantes assim, ou que sua eficácia se encontra subordinada à proteção prévia dos direitos individuais.

O Supremo Tribunal Federal, que há muito nega a existência de direitos absolutos[9] e já compunha suas decisões a partir de ponderação de direitos, tem adotado o postulado da proporcionalidade nos termos da teoria de Robert Alexy (*cf.*, por exemplo, o voto do ministro Gilmar Mendes na Intervenção Federal 2.195-5/SP). Não obstante, mesmo nos votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, a forma como a proporcionalidade é aplicada para fundamentar suas decisões *difere* do modelo proposto pela teoria; e os votos dos demais ministros que utilizam da ponderação

para decidir em que medida um direito fundamental prevalece sobre o outro não costumam dar indicações de que o modelo alexyano foi seguido.[10]

Tal variedade de formas de se declarar a proporcionalidade de uma decisão indica que esse princípio, máxima ou postulado da teoria de Alexy é tão somente uma *ferramenta doutrinária:*[11] embora importantíssima, não é uma estrutura *necessária* (no sentido lógico): a ponderação entre direitos, valores e interesses pode ser feita por outros meios e até por variações do modelo proposto. Exemplos históricos não faltam, como a *razoabilidade* desenvolvida pela prática jurisprudencial dos tribunais norte-americanos.

Porém, dado o sucesso da teoria de Alexy, toda ponderação acaba por fazer referência à proporcionalidade de sua teoria dos direitos fundamentais, com seus subtestes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A proporcionalidade da teoria de Alexy acaba se apresentando como o *modelo a ser seguido* em todas as práticas de resolução de conflitos entre direitos fundamentais. Todo modelo, toda representação de um objeto por algo diferente desse mesmo objeto é, por definição, fictício.

O problema não está tanto em apresentar a proporcionalidade em (sentido estrito) como a forma pela qual a ponderação se realiza, mas na impossibilidade de haver um critério racional pelo qual se justifique ou legitime a imposição de um sacrifício a uma das partes em benefício de outra pessoa ou do interesse público em geral.[12] Na verdade, o princípio da proporcionalidade permite a escolha de um critério *dentre uma gama de soluções corretas* (SILVA, 2011, p. 293).

Silva afirma que, numa situação dessas em que a escolha pode se dar dentre várias opções igualmente válidas e legítimas, o critério deveria ser determinado pelo *legislador* (SILVA, 2011, p. 300). Porém, na vida real, a proporcionalidade se apresenta como uma ferramenta de utilidade principalmente para juízes e administradores, cada um com seu critério. Talvez seja essa incerteza que o levou a afirmar que ponderação exige percepção refinada, o que requer prática (SILVA, 2011, p. 274 e 301). Espero que a prática conduza à perfeição. Em especial nos conflitos que envolvem, de um lado, direitos individuais e, de outro, direitos sociais, em que o critério adotado, aparentemente na maioria das decisões públicas, tem dado prevalência àqueles em detrimento destes.

2 O postulado da proporcionalidade; problemas no estabelecimento fictício do critério de ponderação

Toda teoria, por força de seu objeto e método, possui pontos fortes e imperfeições, compreendendo seu objeto de forma mais ou menos consistente em um ponto ou em outro. Com a teoria dos direitos fundamentais não é diferente. Sem embargo de suas inegáveis qualidades, ela também possui uma série de problemas, alguns decorrentes de sua (má) aplicação, outros inerentes à própria teoria.

Sobre os problemas que decorreriam de sua *má* aplicação, Möller (2012) redigiu uma densa defesa sobre a proporcionalidade da teoria de Alexy, em que afirma que as

críticas sofridas foram realizadas não sobre a doutrina, mas sobre circunstâncias em que a doutrina foi mal aplicada. Não me estenderei sobre o tema da má aplicação da teoria, que não é objeto deste trabalho, mas o ponto da defesa de Möller parece residir na afirmação de que a teoria dos direitos fundamentais teria uma *essência perfeita* e que o problema estaria apenas na aplicação de *interpretações pouco atrativas da teoria*, como se houvesse uma única interpretação correta da teoria de Alexy, ou como se a teoria de Alexy permitisse encontrar a única interpretação correta de seu objeto, o direito.

Ora, nenhuma teoria social se mostra apta a ser aplicada em sua pureza, de modo que as críticas à aplicação devem, ao menos a meu ver, ser consideradas importante problema teórico. A teoria de Kelsen sofreu – e sofre – críticas por causa de sua pureza metodológica, mas Kelsen tinha por objeto conhecer o *ser* do direito. Alexy, ao buscar a *função* do direito, trata de finalidade e, consequentemente, da aplicação do direito. Não acatar os pontos relativos à impossibilidade de aplicação integral da teoria de Alexy a situações práticas é desprezar o *único* atributo que lhe legitima. De igual modo, afirmar que o problema está na *falta de prática* do aplicador – e não na impossibilidade real de sua aplicação conforme os cânones de Alexy – é o mesmo que afirmar que apenas os verdadeiramente preparados conseguirão resolver perfeitamente os problemas de aplicação da teoria.

Já sobre os problemas *imanentes* da teoria dos direitos fundamentais, pretendo tratar especificamente do seguinte: embora a teoria de Alexy estabeleça testes de adequação, necessidade e de proporcional em sentido estrito, e seja possível identificar níveis fraco, moderado ou forte de restrições aos direitos, de modo a minimizar a discricionariedade do julgador, *não existe nenhum critério* (ou valor de referência) a partir do qual dois direitos fundamentais possam ser objetivamente medidos, comparados ou sopesados. Nem quando os direitos fundamentais em conflito são direitos individuais, tampouco quando o conflito ocorre entre direito individual de um lado e, de outro, direito social.

Na verdade, *presume*-se que a proporcionalidade do método atribui racionalidade à escolha do critério de decisão. O julgador acaba, em cada caso concreto, *criando* um valor de referência – que não existe nem na realidade nem na estrutura ou na substância dos direitos em jogo – para realizar a comparação (e para decidir se a restrição é leve, moderada ou forte), o que *mantém a proporcionalidade nos termos em que ela foi desenvolvida no âmbito do Tribunal Administrativo Prussiano na virada do século XX: como uma relação entre a eleição do critério de comparação e a decisão judicial* (uma relação entre os elementos *motivo* e *finalidade* do ato administrativo objeto de controle judicial), mas não entre a decisão e os direitos em jogo. Ainda que um princípio prevaleça sobre outro, ou ainda que uma decisão seja considerada *proporcional*, o critério de ponderação/proporção *se refere mais à própria decisão judicial que ao conflito em si*.

Segundo as demais teorias normativas, que compreendem e estruturam o direito a partir de uma escala predeterminada de direitos subjetivos, a parte vencedora

do conflito passa a ter o direito de ficar com o bem em disputa, pois o direito subjetivo da parte vencedora lhe confere essa posição jurídica. O direito da outra parte, ainda que identificado como direito subjetivo, permanece válido, mas totalmente ineficaz naquela situação concreta. Contudo, sempre há possibilidade de, em cada caso concreto, a decisão ser apenas parcialmente procedente, de modo a, de alguma forma, considerar algum aspecto fundamental do direito subjetivo da parte sucumbente. Para isso, não é preciso que a decisão se utilize de proporcionalidade. Outros postulados visando à acomodação dos direitos em jogos são possíveis, como a razoabilidade, a proibição do excesso, a equidade etc. Esses postulados, claramente utilizados como instrumentos de solução de controvérsia, são ferramentas postas à disposição pelas várias teorias normativas e que também pertencem mais ao discurso de quem decide o conflito do que aos direitos em conflito. Em regra, porém, um direito subjetivo prevalece, enquanto o outro sucumbe.

Segundo a teoria dos direitos fundamentais, no entanto, a parte vencedora também pode ficar com *todo* o bem objeto do conflito em disputa. Basta que, na decisão, a restrição do *direito A* sobre o *direito B* seja entendida como irrelevante e que a restrição do *direito B* sobre o *direito A* seja considerada forte. Esta definição quanto ao grau de restrição não é inerente a cada direito em jogo, mas depende do critério escolhido pela pessoa ou colegiado que decide o conflito. Algo que depende mais da visão de mundo de quem decide e do contexto histórico e social em que a decisão é aplicada.

Num eventual conflito entre direitos de mesma dimensão, por exemplo, entre dois direitos individuais, a importância social e histórica dada a eles permite, pela proporcionalidade, que ambos sejam considerados de alguma forma no momento da adjudicação. Num conflito entre a liberdade de imprensa de um jornal e a honra de uma pessoa objeto de uma reportagem, sempre é possível ponderar no sentido de permitir a publicação da matéria, desde que esta não lhe seja ofensiva.

No entanto, num conflito entre direitos de dimensões distintas, entre um direito individual e um social, ainda que a proporcionalidade se apresente como forma de solução desse conflito, ainda que a teoria de Robert Alexy identifique tais direitos como fundamentais de igual dignidade, o critério de solução, por ser *externo* à teoria de Alexy, tende a manter os direitos sociais subordinados aos direitos individuais, impedindo que aqueles possam ser protegidos efetivamente contra o grau de restrição que estes lhes causam.

Por exemplo, considere-se uma disputa entre direito individual de propriedade e direito social de moradia (ABREU, 2011). Pela teoria de Alexy, trata-se de direitos fundamentais de mesma dignidade constitucional e que poderiam ser mensurados e sopesados. Ao final, porém, o juiz de uma ação de desapropriação ou de usucapião precisaria decidir quem fica integralmente com o objeto da disputa judicial, não havendo possibilidade jurídica de distribuir o bem proporcionalmente entre as partes, na maior medida possível. Diferentemente das outras teorias normativas, em que o direito

individual possui natureza de direito subjetivo e por este motivo subordina inteiramente o direito social, na teoria de Alexy, há espaço tanto para a vitória completa do direito individual quanto para a do direito social. Aqui, porém, qualquer que seja o resultado, o conflito *não é resolvido por nocaute, mas por pontos*. Afinal, a solução do conflito não se deve dar na base do tudo ou nada, mas de ponderação.

Enfim, a decisão, seja a *proporcional* (que adjudica direitos fundamentais)*, seja a fundamentada em outra teoria qualquer* (que adjudica direitos subjetivos), serve para entregar o bem da vida à parte vencedora. A outra parte, sucumbente, fica sem o que queria na prática, porém *confortada* por saber que permanece com seu direito fundamental (afinal, ele sofre restrição na menor medida possível) para ser utilizado em outras oportunidades. Isso não é em nada diferente do que ocorre no âmbito das demais teorias normativas, em que a parte derrotada também permanece com todos os direitos que o ordenamento jurídico lhe atribui, embora fique sem o bem da vida litigado no caso concreto.

Nesse sentido, nas colisões entre direitos individuais e direitos sociais, constata-se que a proporcionalidade serve para *justificar* e *legitimar* as decisões tomadas nos processos judiciais e nos discursos governamentais, mas não se apresenta hábil a resolver os conflitos reais de modo a superar, por exemplo, o critério de custo e benefício que consequencialistas e utilitaristas utilizam para decidir, numa colisão de direitos, qual deve ser beneficiado e qual deve ser sacrificado. Tampouco supera as teorias deontológicas, que dão prevalência ao direito individual (direito subjetivo) por sua conformação a uma hierarquia de valores prevista na legislação.

De todo modo, para que uma decisão seja proporcional, é preciso que se estabeleça um critério que atue como valor de referência entre os direitos em colisão, para que seja possível compará-los e sopesá-los, e esse critério não é dado pela teoria. Para tornar a situação ainda mais problemática: se esse valor de referência é escolhido aleatoriamente ou com base em preferências do julgador, a decisão é *arbitrária*; se é escolhido com base em fato externo ao direito positivo, é *antidemocrática*. Isso é um problema na medida em que o postulado da proporcionalidade foi desenvolvido justamente para evitar ou mitigar a discricionariedade das decisões estatais! Como as decisões judiciais, por meio da proporcionalidade, tornam-se *políticas* (discricionárias, visando a conveniência e oportunidade da promoção de um direito em vez de outro, com base no critério estabelecido livremente pelo julgador), o princípio normativo prevalecente retira a eficácia das regras normativas vinculadas ao princípio derrotado. Numa estrutura normativa, isso *substitui* a segurança jurídica de uma tábua de valores predeterminada em lei por soluções individualizadas ao sabor dos valores e interesses mais apropriados segundo o critério escolhido pelo juiz.

Segundo os testes da proporcionalidade, a etapa da adequação trata de se saber se o exercício de um direito interfere no exercício de outro; a etapa da necessidade trata de se saber se haveria alguma forma menos onerosa de interferência e, concluída a

análise do caso concreto nesta segunda fase, já se deve ter clara a existência de conflito entre direitos (ou interesses, ou valores constitucionais). Parte-se então para a terceira etapa, a da proporcionalidade em sentido estrito, em que haverá a escolha por um dos direitos, em que se "determina qual dos dois (ou mais) valores em questão terá prioridade nas circunstâncias concretas do caso" (MÖLLER, 2012, p. 715).

Para que a discricionariedade seja legitimada, e que a decisão sobre o conflito se apresente de fato proporcional, é preciso deixar a decisão e passar a discutir a racionalidade do *critério* pelo qual a decisão deve ser feita. O teste da proporcionalidade em sentido estrito é o momento em que se deixa de resolver o *problema real* para se resolver um *jogo de eleição de critérios* que, de algum modo, será utilizado para fundamentar a solução do conflito. Tsakyrakis (2009, p. 474) é cético quanto à proporcionalidade, pois, segundo ele, as razões morais que verdadeiramente decidem o conflito de direitos ficam *ocultas*. Möller (2012, p. 717) afirma que a argumentação moral que estabelece o critério deve ser discutida no momento da proporcionalidade em sentido estrito, e que esta ferramenta auxilia na apresentação de razões aceitáveis de ponderação.

Isso evidencia que, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, o conflito de direitos é decidido por alguma coisa externa à proporcionalidade, e que esta serve para justificar a tomada de decisão por absolutamente *qualquer critério*. Nessa situação, Tsakyrakis *acerta* ao identificar que o critério foi criado apenas para justificar uma *decisão que já foi tomada* antes mesmo de se fazer qualquer ponderação entre os direitos em conflito, mostrando que a proporcionalidade em sentido estrito não auxiliou a resolução do conflito, mas encobriu as razões que levaram o juiz a decidir. A proporcionalidade, neste sentido, está mais para um *argumento de autoridade* (ATIENZA, 2012; COPI, 1978) que para um *argumento racional*.

A questão sobre a mensuração de direitos, valores e interesses e sua consequente ponderação não reside, a meu ver, na incomensurabilidade teórica[13] entre eles (já que o conflito real entre eles determina a necessidade de escolha entre um e outro com base em algum critério), mas justamente *na forma* de se escolher esse critério. Se não há critério para fundamento da decisão, surge a questão da *fundamentação do critério*: seria preciso aplicar os testes de adequação, necessidade e ponderação para *fundamentar a escolha do critério?* Em caso positivo, isso levaria a uma regressão por novas demandas no sentido de se decidir sobre as bases dessa decisão, regressão esta que não terminaria nunca (*regressus in infinitum*). Nesse sentido, parece-me que o fundamento teórico que legitima a proporcionalidade é tão ficcional quanto, por exemplo, a norma fundamental da teoria pura do direito (KELSEN, 1986, p. 328-329).[14]

As *ficções* são criadas exclusivamente como critérios visando à solução de problemas práticos em sociedade. Ao se aceitar os estatutos da teoria dos direitos fundamentais e seu *exitoso* método de ponderação de direitos, ele passa a ser a forma *oficial* de resolução de conflitos em sociedade, o parâmetro pelo qual todos os problemas devem ser resolvidos.

A proporcionalidade foi criada como um meio fictício para a resolução de conflitos, e somente se justifica na medida em que atinge essa finalidade. O parâmetro para decidir proporcionalmente, porém, não é dado pela teoria dos direitos fundamentais. Na verdade, esse parâmetro *não é dado por teoria jurídica alguma*, mas pelas bases de uma certa visão de mundo que o juiz considera válida ou legítima para ponderar os direitos em jogo.[15] Não obstante, e com base em Vaihinger (1952), deve-se ficar claro que *qualquer visão de mundo é ficcional*, pois baseada em certos interesses, valores e vontades – na forma de compreender o mundo, e não no próprio mundo –, que se impõe não só frente ao pensamento e à realidade objetiva, mas também frente aos interesses das demais pessoas e dos grupos sociais.

Considerações finais

Os conflitos reais, caso não houvesse Estado, seriam resolvidos, em última instância, na base da força física das partes em disputa. Com o Estado, são decididos com base em normas jurídicas (e nos valores sociais que dão conteúdo e sentido a elas). Porém o que se deve frisar é que *as normas*, *embora formalmente iguais*, *não possuem essa mesma igualdade em termos materiais*.[16] O que significa dizer que alguns valores e algumas normas são historicamente mais fortes que outros. Por exemplo, é muito difícil encontrar decisões judiciais que deem prevalência ao direito de moradia quando em colisão com o direito de propriedade, e ambos os direitos são direitos fundamentais igualmente constitucionalizados.

Se os direitos fundamentais são dotados de igual validade, sendo formalmente iguais, o que confere prevalência de um sobre o outro em qualquer situação concreta, o que dá a cada direito força normativa maior ou menor em relação aos demais direitos não está dentro do direito, mas fora dele.[17] A eficácia normativa é um dado da realidade social e não da realidade jurídica. Embora o direito e a ciência do direito se apresentem de modo *objetivo e impessoal*, como se todos os direitos fossem igualmente relevantes,[18] o resultado prático acaba dependendo de se saber *qual dos direitos em colisão* se relaciona em maior medida com o padrão normativo da sociedade.[19] A força da norma jurídica depende mais de seu conteúdo (adequação a valores e interesses sociais que estruturam a sociedade) que de sua forma (adequação ao sistema jurídico).

Ao se permitir ao julgador que estabeleça o critério de ponderação, ele tende a escolher um valor ou interesse que lhe seja relevante dentro de *seu* ponto de vista, o que é altamente discricionário, para dizer o mínimo. Ainda que o juiz justifique o critério com base numa *consciência jurídica universal* ou na *prática judicial*,[20] ou que o fundamente em algum argumento de ordem moral, esse dever de fundamentação não é exigência exclusiva da teoria dos direitos fundamentais; ao contrário, neste aspecto (dever de fundamentação), ela *em nada* se distingue das demais teorias de adjudicação.

Se tanto no âmbito da teoria dos direitos fundamentais quanto no das demais teorias, não há elementos para identificação do critério a se decidir, então Kelsen permanece atual, dada sua afirmação de que é possível decidir *de qualquer jeito*, até mesmo de forma contrária à lei.[21] Assim, se há *interesse* pela solução do conflito em favor do *direito A* em contraposição ao *direito B*, basta escolher um critério que beneficie o *direito A* para a decisão que lhe favorece parecer proporcional e parecer que houve uma ponderação racional entre os direitos em colisão.

Este, aliás, é o núcleo da crítica feita por Enrique Haba aos métodos de resolução de conflitos apresentados pela generalidade das teorias jurídicas. Com apoio na doutrina do realista norte-americano Jerome Frank, Haba afirma a existência de um *mito jurídico básico*, a crença de que um jurista bem preparado pode encontrar o direito (a solução de um conflito) simplesmente a partir de sua ação diligente na aplicação de uma teoria esteticamente satisfatória, sistematizadora do direito de modo harmonioso, consistente e uniforme; aí então o direito (ou a solução) "brotará quando agitarmos a varinha mágica de um princípio racionalizador" (apud HABA, 2004, p. 60). Segundo Haba, a função *pragmática* desse mito é camuflar tanto as indeterminações próprias da linguagem jurídica quanto as responsabilidades *pessoais* dos juristas. O princípio racionalizador, sempre dado como pressuposto, nunca porém provado, não passa de um *recurso retórico por excelência* (HABA, 2001).[22]

O que promove a relação entre a decisão e os direitos a ponderar não é, portanto, a proporcionalidade, mas o critério pelo qual a proporcionalidade (em sentido estrito) seria aplicada. É preciso, seja na teoria dos direitos fundamentais, seja em qualquer outra, que os valores e interesses subjacentes[23] sejam evidenciados, de forma a mostrar a identificação do critério com um certo estado de coisas. Aliás, a referência expressa ao estado de coisas sobre o qual os conflitos sociais (e, por consequência, os jurídicos) no estabelecimento de critérios de decisão é a solução sugerida por Haba para evitar o *mito jurídico básico*. Segundo este autor, a interpretação jurídica se refere à prática de realizar um ou outro valor, e ela só pode ser apreciada com alguma nitidez se as características dos valores invocados forem precisamente identificadas e abertamente declarados.[24] Ao se "abrir o jogo" (HABA, 2002, p. 528) para identificar quais os valores que subjazem à escolha do critério, torna-se possível o controle público da racionalidade do critério adotado.

Qual a vantagem, então, da teoria dos direitos fundamentais sobre as demais teorias jurídicas? A meu ver, não é a proporcionalidade, que absolutamente não resolve a questão da eleição do critério da decisão de forma melhor, mais abrangente ou mais profunda que outras teorias. Ela é incapaz, por si só, de justificar a escolha de um critério em detrimento de outro, algo que, qualquer que seja a teoria, deve ser realizado com base na realidade mesma, e não no estreito âmbito da teoria ou do sistema normativo. Nesse sentido, a proporcionalidade se apresenta como a forma estabelecida por Alexy para solução de conflitos no âmbito da teoria dos direitos fundamentais,

porém sem qualquer possibilidade de, por si só, proporcionar a criação de um critério racionalmente justificado para promover sua aplicação.

Isso, contudo, não é motivo para sugerir que a teoria dos direitos fundamentais seja descartada. Ela se trata, como afirmado na Introdução, da primeira estrutura teórica que confere importância a direitos sociais e a interesses públicos, desde que positivados na Constituição, no mesmo patamar dos chamados direitos individuais, próprios de uma estrutura social que serve à manutenção de condições sociais de desigualdade. Não quero com isso afirmar que a teoria dos direitos fundamentais seja a *única* forma de dar força constitucional a direitos sociais e que ela *permitirá* que se faça isso na prática das decisões judiciais, mas que essa característica inerente se apresenta altamente conformada à estrutura social pluralista de nossos dias, permitindo que os mais diversos grupos sociais tenham condições de lutar por certos valores e interesses e vê-los prevalecer. Não há problema algum em se tratar a proporcionalidade como ficção. O problema está em não considerá-la neste aspecto importante de sua natureza.

NOTAS

1 A pesquisa de acórdãos arquivados no banco de dados do STF encontrou *centenas* de decisões colegiadas a partir de buscas com as palavras-chave *direitos fundamentais* (250 acórdãos), *direitos humanos* (328), *direitos sociais* (75), *políticas públicas* (88), *ponderação* (214), *proibição de(o) excesso* (22) e *proporcionalidade* (644). Em muitos desses acórdãos, houve prevalência de direito individual sobre atos legislativos (em especial nas decisões de *habeas corpus*). Já em outros vários, houve a supremacia de um interesse público sobre o direito individual (por exemplo, na Intervenção Federal 2.195-5/SP), o que dá claras indicações de que o STF não decide sempre em favor de direitos individuais, reconhecendo que as situações concretas da vida determinam a necessidade de comparar e ponderar direitos, interesses e valores para que seja possível decidir conflitos. Análises mais aprofundadas estão sendo realizadas para apresentar esses dados com precisão. De todo modo, já foi possível identificar que *em nenhum dos acórdãos constante dessa base de dados* há uma discussão que envolve *claramente* duas partes em que uma seja titular de um direito individual e outra, um direito social. Isso determinou a alteração do plano de pesquisa bienal para ampliar a busca por ações judiciais nos tribunais brasileiros e identificar se há demandas nesse sentido. Intenta-se analisar os votos dos ministros do STF em todos os acórdãos de processos em que haja colisão entre direitos fundamentais e identificar se houve utilização da proporcionalidade para solucionar o conflito em julgamento. O estudo dos acórdãos está se pautando pela elaboração de um relatório com os seguintes pontos: (1) Qual é o número do acórdão? (2) Trata-se de acórdão do Plenário ou de uma turma? (3) Quem é o relator? (4) Quem é o revisor? (5) Quais são os direitos fundamentais em colisão (direito individual / direito social/ valor /interesse)? (6) A proteção dada a um interfere ou impede a proteção dada a outro? De que modo? (7) Qual o fundamento dos votos de cada ministro (ponderação / razoabilidade / proporcionalidade / outro?) (8) Como esse fundamento foi utilizado para resolver o conflito? (9) O fundamento adotado por um ministro foi adotado pelos demais para a apresentação de seu voto? Foi adotado integralmente ou houve adaptações? (10) Qual foi o direito fundamental que prevaleceu? (11) Em que medida

esse direito prevaleceu sobre o outro? (12) Há base jurisprudencial ou doutrinária apresentada no próprio voto para fundamentar o critério utilizado? Em caso positivo, qual?

2 Isso que afirmamos não é novidade. No âmbito do Estado de Direito, a resolução de conflito com emprego de força física pelas partes é ilícito, pois o *monopólio da força física* é atribuído ao Estado como um de seus elementos essenciais. Daí a impossibilidade jurídica de qualquer uma das partes, em regra, usar de sua condição física (ou econômica, ou social, ou política) superior para manter um bem ou posição – ou tomá-lo da outra parte. Eis porque o Estado-juiz transforma o conflito em uma discussão: pois as partes, dentro do Estado, só podem argumentar a legitimidade de sua situação a partir de valores sociais vigentes e justificá-la a partir de normas jurídicas positivadas.

3 É o Estado que deve decidir todo e qualquer conflito que envolva seus cidadãos. Como a todos os cidadãos é conferida, *formalmente*, igual dignidade e consideração, a disputa judicial é entendida como uma disputa entre iguais, que somente teriam de diferente as razões pelas quais estão em conflito. Esta é a *forma jurídica* de resolver um conflito material que, na realidade, não é feito de partes iguais, tampouco ocorre em igualdade de condições. A este respeito, *cf*. Mastrodi (2012, p. 161-165).

4 "O direito subjetivo em sua origem é o âmbito de soberania que cada um possui sobre si mesmo e sobre seus bens, ou seja, um direito de propriedade." (HIERRO, 2000, p. 351-375)

5 Cf. Brasil, STF, ADI 2.213 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/04/2002, Tribunal Pleno, publ. *DJ* 23/04/2004. Há excerto da ementa deste julgado que merece transcrição: "O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. – O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto – enquanto sanção constitucional imponível ao descumprimento da função social da propriedade – reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. – Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade." Cf., ainda, Oliveira e Lacerda (2011).

6 Frase atribuída a T. Alexander Aleinkoff e utilizada por Tsakyrakis (2009, p. 468). Também já se utilizou a frase era da *proporcionalidade* em Contiades e Fotiadou (2012, p. 660).

7 *Cf.*, por exemplo, a ordem lexicográfica dos princípios de justiça de Rawls (2000, p. 333).

8 Nesse sistema, sua racionalidade impõe que haja acumulação de capital, e não sua distribuição, daí o descaso com direitos sociais, relacionados à promoção de políticas públicas e ao uso de recursos escassos em atividades alheias à produção econômica; daí a proteção máxima à propriedade (em especial, dos meios de produção), à liberdade de iniciativa (aos que possuem bens de produção, para produzir) e à liberdade de contratar (aos que não possuem bens de produção, para procurar emprego).

9 O STF também já tem reconhecido direitos sociais como direitos fundamentais e, nesse sentido, passíveis de serem postos em ponderação quando em colisão com direitos individuais. As demandas que envolvem direitos sociais têm chegado ao STF na forma de recursos extraordinários sobre políticas públicas, em que o Estado é instado a promover judicialmente algum direito social, ou em sede de controle concentrado, em que não há propriamente um conflito entre partes. Aliás, foram aqui as mais expressivas afirmações do STF quanto à importância e à fundamentalidade dos direitos sociais (em especial, a ADI 1.458-7 de 1996 e a ADPF 45/2004, ambas relatadas pelo ministro Celso de Mello). A respeito desta pesquisa em andamento, *cf*. nota 1, acima.

10 Pesquisa ainda em andamento, *cf*. nota 1, acima. De todo modo, saliente-se que o próprio Alexy não possui uma fórmula "verdadeira" sobre a "única aplicação correta" de sua teoria. Afinal, valores, interesses, princípios e direitos fundamentais não são matematicamente auferíveis.

11 "Doctrinal tool." *Cf.* Möller (2012, p. 709, 710 e 726).

12 "Ponderação é algo sobre o sacrifício que se pode legitimamente demandar de uma pessoa em benefício de outra ou do público." (MÖLLER, 2012, p. 716)

13 Crítica apresentada por Tsakyrakis (2009) à teoria de Alexy e rebatida, a meu ver, com êxito, por Möller (2012) e Silva (2011).

14 Sobre o estatuto teórico da ficção em geral e da ficção jurídica em particular, *cf.* Vaihinger (1952).

15 Essas considerações são claras, no campo da interpretação jurídica, para autores como Ross: "O juiz é um ser humano. Por trás da decisão tomada encontra-se toda sua personalidade. Mesmo quando a obediência ao direito (a consciência jurídica formal) esteja profundamente enraizada na mente do juiz como postura moral e profissional, ver nesta o único fator ou móvel é aceitar uma ficção. O juiz não é um autômato que de forma mecânica transforma regras e fatos em decisões. É um ser humano que presta cuidadosa atenção em sua tarefa social, tomando decisões que sente ser corretas de acordo com o espírito da tradição jurídica e cultural." (2000, p. 169). "[...] é impossível para o próprio juiz, bem como para os demais, distinguir entre as valorações atribuídas ao legislador [...] Do mesmo modo, toda interpretação jurídica em sentido próprio inclui presunções que tangem aos critérios e valores sociais que motivaram o legislador. Se o juiz, errônea ou acertadamente, identifica suas próprias valorações com as do legislador, os dois tipos de interpretação se fundem em seu espírito." (2000, p. 170) "É imperioso que afirmemos claramente que a interpretação não tem ponto de partida linguístico independente, mas que desde o início é determinada por considerações pragmáticas sob a forma de senso comum." (2000, p. 175).

16 Isso foi tratado em Mastrodi (2012, p. 165): "Reconhecemos a natureza principiológica das normas definidoras de direitos fundamentais e concordamos com a solução teórica, desenvolvida em especial por Dworkin e Alexy, para a ponderação e aplicação de princípios colidentes. Parece-nos, contudo, existir um limite intransponível para essa teoria: ao definir os direitos fundamentais como normas principiológicas, ao lhes conferir igual dignidade normativa (e em geral, igual dignidade constitucional), entende-se que um direito qualquer, tornado eficaz nos dias de hoje (em detrimento de outro), pode ter sua sorte mudada em dias futuros, dando-se prevalência a outro direito, anteriormente ineficaz (por conta da prevalência do primeiro). Os princípios são entendidos sempre caso a caso, nunca de modo amplo.

Na prática, porém, parece que é o atual estado de forças sociais que impõe a eficácia de um direito fundamental em detrimento da eficácia de outro. Certos valores, que expressam certos interesses, delimitados pela existência de certas necessidades, são impostos em maior ou menor medida pelos fatores reais de poder de Lassalle. Ou seja, embora a lógica permita que um direito seja eficaz hoje, mas amanhã não, a prática demonstra que os direitos eficazes são sempre os conformados à estrutura social."

17 *Validade* é qualidade da norma que pertence formalmente ao sistema normativo. Em termos semióticos, trata-se da relação *sintática* dos elementos do sistema entre si e em relação ao próprio sistema. *Eficácia* (no sentido de efetividade) tem a ver com o sentido (*semântica*) que as normas possuem na relação delas com o mundo real, sentido este que não é obtido a partir da sintaxe, e que não é criado *per se*, mas que se constrói pragmaticamente na relação entre mundo jurídico e mundo real (que abarca o mundo jurídico).

18 Importa reafirmar que, em termos sintáticos, sim, todos os direitos e todas as normas jurídicas possuem igual validade, mesma dignidade dentro do sistema normativo (KELSEN, 2003, p. 387-397). O sentido dos direitos e das normas, porém, não é dado pelo sistema, mas obtidos a partir da relação desse sistema normativo com a realidade social.

19 *Cf.* item 1 deste trabalho e, em termos similares, Mastrodi (2012).

20 Que são as bases das duas vertentes mais conhecidas do positivismo realista, a *psicológica* e a *comportamentista* (ROSS, 2000, p. 97-100).

21 Ou "produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa" (KELSEN, 2003, p. 394).

22 Em seguida, o mesmo autor afirma: "Com efeito, dita crença dá conta de algo que, seja como for, é certo que se apresenta assim. Tal presença não só é efeito de certas causas reais, por um lado, como também causam, por outro lado, efeitos subsequentes na própria realidade, pois os que atuam de tal ou qual maneira porque vê assim (crê nisso). Aqui vem

à baila… o teorema de Thomas: 'Se os homens definem [i.e. imaginam] as situações como reais, estas são reais em suas consequências'" (HABA, 2001, p. 192).

23 "O direito está inteiramente a serviço de valores." (HABA, 2002, p. 522)

24 "O jurista realista precisa saber, de forma bem determinada, a que grupos de pessoas e em que 'coisas' deve beneficiar concretamente ao se pôr um valor em prática; como também quais grupos e em que estes serão prejudicados por isso, e quem não seria tocado nem para o bem nem para o mal pela decisão proposta.... Essa discussão não é linguística, tampouco de natureza basicamente valorativo-optativa. Constitui uma questão de fatos. Para abordá-la, é indispensável examinar a realidade social." (HABA, 2002, p. 522)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, João Maurício Martins de. A moradia informal no banco dos réus: discurso normativo e prática judicial. *Revista Direito GV*, v.7, n.2, 2011, p. 391-416.

_____. On constitutional rights to protection. *Legisprudence*, v. 3, n. 1, jul. 2009, p. 1-17.

_____. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, dez. 2003, p. 433-449.

_____. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. 2003, p. 131-140.

_____. *A Theory of Constitutional Rights*. Trad. para o inglês de Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

ALVES, Alaôr Caffé. As raízes sociais da filosofia do direito: uma visão crítica. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004.

ATIENZA, Manuel. O argumento de autoridade no direito. Trad. André Rufino do Vale. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 2, 2012, p. 144-160.

COHEN-ELIYA, Moshe. PORAT, Iddo. American Balancing and German Proportionality: the historical origins. *Int J Constitutional Law,* v. 8, n. 2, 2010, p. 263-286.

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation. *Int J Constitutional Law*, v. 10, n. 3, 2012, p. 660-686.

COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 18. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

HABA, Enrique P. Precomprensiones, racionalidad y métodos en las resoluciones judiciales. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 22, 2004, p. 48-78.

_____. Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial: (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 25, 2002, p. 503-531.

_____. Rehabilitación del no-saber en la actual teoría del derecho: el 'bluff' Dworkin. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 24, 2001, p. 165-201.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Trad. Flavio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HIERRO, Liborio. ¿Qué derechos tenemos? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 23, 2000, p. 351-375.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights:* why liberty depends on taxes. New York: Norton, 1999.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos:* uma história. Trad. Rosaura Eichemberg. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. Agnes Cretella e José Cretella Júnior. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLATT, Matthias; EISTER, Moritz. Proportionality: a benefit to human rights? Remarks on the I CON controversy. *Int J Constitutional Law*, v. 10, n. 3, 2012, p. 687-708.

KUMM, Mathias. Constitutional rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice. A review essay on A Theory of Constitutional Rights, by Robert Alexy. *Int J Constitutional Law*, v. 2, n. 3, 2004, p. 574-596.
MASTRODI, Josué. Sobre o real fundamento dos direitos fundamentais. *Revista Digital de Direito Público*, v. 1, n. 1, 2012, p. 150-187.
_____. Levando o conceito de autopoiese a sério: por que o direito não pode ser compreendido a partir do paradigma de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, ano 16, n. 16, 2011, p. 155-173.
MÖLLER, Kai. Proportionality: Challenging the critics. *Int J Constitutional Law*, v. 10, n. 3, 2012, p. 709-731.
_____. Balancing and the structure of constitutional rights. *Int J Constitutional Law*, v. 5, n. 3, 2007, p. 453-468.
NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
OLIVEIRA, Álvaro Borges de; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. Evolução constitucional da propriedade. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 9, n. 2, 2011. Disponível em: <*http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200018&lng=es&nrm=iso*>. Acesso em: 11 mar. 2013.
RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.
SILVA, Virgilio Afonso da. Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing and rational decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 2, 2011, p. 273-301.
TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault to human rights? *Int J Constitutional Law*, v. 7, n. 3, 2009, p. 468-493.
VAIHINGER, Hans. *The philosophy of 'as if'*. Londres: Routledge, 1952.

Josué Mastrodi

mastrodi@puc-campinas.edu.br |

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo
Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas

RECEBIDO EM 31.07.2013 | APROVADO EM 14.02.2014

"MUTAÇÃO À BRASILEIRA": UMA ANÁLISE EMPÍRICA DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO *

Carlos Victor Nascimento dos Santos

"BRAZILIAN MODE MUTATION": AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE ARTICLE 52, X, OF THE 1988 CONSTITUTION

RESUMO

O objetivo do presente estudo é testar a plausibilidade da tese de que teria ocorrido mutação constitucional no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, especificamente quanto à competência conferida pela Constituição ao Senado Federal para suspender a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional no controle difuso de constitucionalidade. Esse argumento foi empregado pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC. Para analisar a consistência dessa tese, realizou-se uma análise empírica do papel do Senado Federal diante do art. 52, X, da Constituição. Como resultado, defende-se não ser possível dar plausibilidade a esse tipo de argumentação apenas tendo por base jurisprudência, doutrina e argumentação tipicamente constitucional, necessitando de base empírica que o permita atribuir mais solidez e consistência a qualquer argumento de mutação constitucional na ordem jurídica brasileira.

PALAVRAS-CHAVE

Controle difuso de constitucionalidade; Mutação constitucional; Supremo Tribunal Federal; Senado Federal; Separação de poderes.

ABSTRACT

The goal of this study is to assess the soundness of the thesis that the Brazilian system of diffuse judicial review has undergone a "constitutional mutation", specifically regarding the Federal Senate's constitutional prerogative to suspend the enforcement of any law or normative act that has been declared unconstitutional by the Supreme Federal Court by means of concrete review. This "constitutional mutation" argument has been employed by Justice Gilmar Ferreira Mendes in the judgment of the Reclamação 4.335-5/AC by the Brazilian Supreme Federal Court. To assess the consistency of this thesis, this paper does an empirical analysis of the role of the Brazilian Senate in using the powers conferred to it by article 52, X, of the 1988 Constitution. This argument also supports the idea that any instances of constitutional reasoning based on "constitutional mutation" cannot be grounded only on doctrinal and jurisprudential inputs and require empirical analysis in order to be justified.

KEYWORDS

Diffuse judicial review; Constitutional mutation; Supreme Federal Court; Federal Senate; Separation of powers.

Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro vem sofrendo grandes modificações em sua ordem constitucional, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Após o processo de redemocratização no Brasil, fazia-se extremamente necessário criar mecanismos mais efetivos de proteção aos direitos fundamentais. E, pela

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201425

evolução histórico-política da ordem constitucional brasileira, não se poderia desenvolver uma Constituição que não fosse caracterizada como rígida, isto é, uma Constituição que estabelecesse procedimentos mais rígidos à sua modificação, principalmente quanto ao *quorum* de aprovação de suas emendas, no que se refere à adição, supressão ou alteração de suas normas.

No processo de elaboração da Constituição, os constituintes responderam a diversas aspirações da sociedade civil. Foram refletidos na Constituição não só os instrumentos de defesa e efetivação dos direitos fundamentais, mas a delimitação do alcance do que se exige do poder estatal, sendo estabelecidos limites materiais à modificação do texto constitucional.[1] Os referidos limites materiais impostos pelos constituintes não necessariamente levam a um engessamento da Constituição, embora tenham como um dos objetivos evitar modificações temerárias, como a diminuição da garantia aos direitos fundamentais, por exemplo. As novas demandas da sociedade civil sempre terão de ser levadas em consideração, até mesmo para se evitar um hiato entre a Constituição vigente e a realidade da sociedade civil brasileira.

Assim, é possível notar que a Constituição é transformada para acompanhar os processos de mudanças de comportamentos da sociedade, o que não significa que tais mudanças sejam necessariamente feitas com substancial alteração do texto constitucional. Podem-se depreender duas outras possíveis formas de alteração da Constituição: mudanças por interpretação judicial e mutação do texto constitucional. O presente texto abordará a segunda dessas outras formas possíveis, que fora invocada pelo Ministro Gilmar Mendes no voto proferido dos autos da Reclamação 4.335-5/AC.

A mutação constitucional insere-se em um espaço que pressupõe uma progressividade da realidade social, trazendo uma análise praticamente entre o passado – significado e sentido que a norma ganhou no momento de sua criação – e o presente – sentido que a mesma norma traduz diante de nova realidade social. Para compreendê-la, torna-se fundamental um olhar cuidadoso à norma, ao contexto social e político que estava inserida quando foi criada, e a realidade social circundante. Assim, o fenômeno da mutação constitucional deve ser mais bem compreendido como modificações de sentidos dos textos constitucionais, sem qualquer alteração em sua estrutura, *i.e.,* sem revisões ou emendas. Por tal entendimento, pode-se depreender que a mutação denota algumas mudanças de sentidos de texto lógicas e inevitáveis, por conta das constantes transformações da realidade social.

A mutação constitucional, então, consistiria em mudanças de sentido, e não na estrutura das palavras existentes no texto constitucional a partir de um processo de transformações de comportamentos não organizados, difusos, em que não se torna possível a identificação de uma ingerência formal do Poder Constituinte Derivado. Diferentemente da aplicação dos preceitos constitucionais aos casos concretos, na mutação constitucional tem-se um reconhecimento de repetidos comportamentos unidos por uma aceitação implícita, capaz de lhe atribuir caráter geral e abstrato como se

norma fosse (FERRAZ, 1986). Assim, a mudança de sentido de preceitos constitucionais tem por objetivo uma possível adaptação destes aos fatos que se insurgem, de forma espontânea, sem seguir procedimentos formais como no processo de emendas à Constituição.[2]

Apesar dessa abordagem, não é objetivo do presente texto discutir a "mutação constitucional" enquanto conceito, mas o seu reconhecimento na tese sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes. Para ele, o art. 52, X, da Constituição Federal tem, atualmente, sentido de apenas atribuir publicidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em se tratando de controle difuso. Por consequência, haveria uma aproximação das diferentes espécies de controle de constitucionalidade existentes no sistema brasileiro: difuso e abstrato, permitindo, então, que, de acordo com a tese defendida por Gilmar Mendes, as decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, sejam dotadas de efeitos *erga omnes* e vinculantes. Isso porque, no caso a ser analisado, o Ministro lança argumentos no sentido de já existirem mudanças relacionadas principalmente com a competência do Senado Federal frente ao controle difuso de constitucionalidade. Assim, sua posição se apresenta tão somente como o reconhecimento de tais mudanças, que delimitam o âmbito de atuação do Senado no controle difuso.

Para fins de verificação da plausibilidade do referido argumento, que tem um caráter inclusive empírico, será feita uma apreciação da solidez dos argumentos sustentados pelo Ministro Gilmar Mendes na defesa de sua tese jurídica da "mutação constitucional" do art. 52, X, da Constituição. A metodologia utilizada para a construção de tais dados será apresentada no tópico seguinte.

1 Análise empírica dos pressupostos da argumentação do Ministro Gilmar Mendes no voto proferido nos autos da Rcl 4.335-5/AC

Os argumentos lançados pelo Ministro Gilmar Mendes em voto proferido nos autos da Rcl 4.335-5/AC expressam uma aproximação desses dois sistemas de controle de constitucionalidade que coexistem no Brasil – aproximação essa defendida com base na tese de que ocorreu uma mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Por tal raciocínio, o Ministro Gilmar Mendes deduz que o Senado Federal não mais teria a faculdade de suspender a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mas seria dotado apenas da função de atribuir publicidade à decisão proferida por essa Corte. Isto é, se adotada a tese do Ministro Mendes, os efeitos gerados em sede de controle difuso de constitucionalidade alcançariam a todas as pessoas e órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta.

1.1 Apontamentos metodológicos

Na busca pela pesquisa para o desenvolvimento do presente estudo, percebeu-se a necessidade de coleta de alguns dados essenciais à compreensão da matéria em análise. Para ser possível identificar se o Senado Federal utilizava efetivamente a competência concedida pela Constituição Federal, em seu art. 52, X, foi preciso quantificar o número de acórdãos proferidos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal[3] e o de resoluções expedidas pelo Senado, suspendendo a execução de leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Plenário do STF, no período de 1989 a 2009 (ano da última base de dados possível de análise). Há que se destacar que, para fins de facilitação da pesquisa, foram analisados os acórdãos que declararam inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, ocorridas no controle difuso, somente por meio de recurso extraordinário, sabendo-se que é possível também que ocorram em sede de outros instrumentos processuais, como mandado de segurança, *habeas corpus* etc.

A coleta de dados se deu nos sítios do Supremo Tribunal Federal – bem como por meio de sua Secretaria de Informática, Coordenadoria de Acórdãos e Secretaria de Apoio aos Julgamentos – e do Senado Federal. Além desses, também se coletaram dados da revista *Análise Justiça* (2006), demonstrando uma radiografia do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

No primeiro momento, buscou-se o número de resoluções expedidas pelo Senado Federal, de 1988 a 2009. Dentre todas elas, por meio da simples leitura de cada uma, foram separadas somente aquelas que suspendiam eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Plenário do STF em sede de recurso extraordinário, desde que o acórdão tivesse sido enviado ao Senado pelo STF. Por meio dessa análise, foi possível obter o número de resoluções em que o Senado Federal fazia uso da competência atribuída pelo art. 52, X, da Constituição Federal, no dado período.

Posteriormente, utilizou-se uma base de dados, feita pelo pesquisador Pablo Cerdeira, da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro, a partir de um *spider*[4] desenvolvido para buscar e compilar dados do Supremo Tribunal Federal. Além disso, foram consultadas a Secretaria de Informática, Coordenadoria de Acórdãos e Secretaria de Apoio aos Julgamentos, todas do STF, a fim de perceber traços comuns entre as informações por elas fornecidas e os elementos extraídos da base de dados. Nela, estão inclusas tanto as decisões monocráticas quanto os acórdãos proferidos por Turmas e Plenário do STF, no período de 1990 a 2009. De todos os recursos extraordinários existentes na base de dados, separaram-se os que foram providos, quer seja total ou parcialmente, dos não providos. E, mesmo em relação aos que foram julgados parcialmente, foram separados os que tiveram declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e, posteriormente, foram enviados ao Senado para o exercício da competência conferida pelo art. 52, X, da CF. Dos recursos extraordinários que foram providos, total ou parcialmente, foi feita uma coleta

acerca do número de recursos extraordinários julgados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, onde houve comunicação da decisão do STF ao Senado Federal.

A partir desse dado, buscou-se analisar a relação entre a quantidade de acórdãos do STF, proferidos em sede de recurso extraordinário, em que havia comunicação com o Senado Federal, para o exercício da competência conferida pelo art. 52, X, da Constituição Federal, e o número de resoluções expedidas pelo Senado em que fazia uso efetivo de tal competência.

Se, por um lado, os dados mostraram que o Supremo Tribunal Federal cumpre com um de seus papéis institucionais, inclusive previsto em seu Regimento Interno,[5] como o de comunicar as decisões tomadas no controle difuso de constitucionalidade ao Senado Federal, e este não fizer uso da competência que lhe confere o art. 52, X, da Constituição Federal, será plausível argumentar que estamos diante de uma mutação constitucional.

Por outro lado, se a análise dos dados revelar que o Senado faz um uso mínimo de sua competência, suspendendo total ou parcialmente ao menos algumas das decisões proferidas pelo Plenário do STF e comunicadas ao Senado Federal, os argumentos suscitados pelo Ministro Gilmar Mendes serão enfraquecidos. De fato, se verificarmos que o Senado tem cumprido com a competência que a Constituição Federal lhe confere, não estariam preenchidos os elementos necessários à identificação de uma autêntica mutação constitucional, restando enfraquecida uma premissa importante do argumento desenvolvido pelo Ministro Gilmar Mendes.

Por fim, pode ser que, na análise dos dados, faltem elementos necessários para qualquer conclusão sólida. Mas, mesmo nesta hipótese, os dados já terão chamado a atenção para uma importante questão: não há falar em autêntica mutação constitucional de forma intuitiva, ou por meio de argumentação constitucional puramente doutrinária ou conceitual. É preciso fazer a análise dos elementos que a caracterizam, que a justificam para, somente após esse processo, ser possível discutir se se verifica ou não a manifestação de tal fenômeno.

1.2 Dados referentes às resoluções expedidas pelo Senado Federal

Para que possamos investigar se o Senado tem usado a competência prevista no art. 52, X, da Constituição, devemos averiguar: a) quantos recursos extraordinários foram decididos com declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do STF (Coluna 1); b) quantas dessas decisões em sede de recurso extraordinário resultaram em comunicações ao Senado, instando-o a utilizar sua competência prevista no art.52, X (Coluna 2); c) por fim, quantas dessas comunicações resultaram em suspensões, por parte do Senado, da execução das leis objeto das comunicações feitas pelo STF.

Partindo da linha investigativa desenhada, o trabalho ora desenvolvido iniciou sua pesquisa com base nos dados disponibilizados pelo sítio do Supremo Tribunal Federal. Assim, da referida base de dados, onde se pôde verificar a existência de 470.239

recursos extraordinários, distribuídos entre 1988 a 2010, o presente trabalho se utilizou da análise de 372.961 deles, compreendidos no período de 1989 a 2009, por ser o quantitativo disponível na base de dados do *spider* desenvolvido pelo pesquisador da Fundação Getulio Vargas. Entre os recursos analisados, isto é, dos 372.961, estão todos aqueles decididos monocraticamente, por Turmas ou pelo Plenário do STF.

Dos 372.961 recursos extraordinários constantes na base de dados, 97.130 foram providos, total ou parcialmente, de forma monocrática, por Turma ou Plenário, e 5.192 foram não providos. Desses 97.130 recursos extraordinários, identificaram-se apenas 165 em que houve comunicação com o Senado. Contudo, em nem todas essas comunicações estava em jogo a suspensão de leis declaradas inconstitucionais pelo STF, isto é, nem todas as 165 ocorrências de comunicação ao Senado de decisões do STF em sede de RE representavam oportunidades para o Senado utilizar a competência prevista no art. 52, X, da Constituição. Por isso, procedeu-se a uma análise individual de conteúdo dos 165 recursos, com base na qual foram extraídos 136 que foram providos total ou parcialmente, declarando inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e que foram comunicados ao Senado para uso efetivo de sua competência. Esses 136 recursos extraordinários estão compreendidos no período de 1990 a 2008, sendo analisados, individualmente, por meio de todos os dados acessíveis a eles no sítio do Supremo Tribunal Federal.[6]

O número de apenas 136 recursos extraordinários, providos pelo Plenário, em que houve efetiva comunicação do STF com o Senado Federal para fins do constante no art. 52, X, é um dado fundamental para a análise dos argumentos lançados pelo Ministro Gilmar Mendes. Isso porque, se considerarmos que o Senado Federal faz pouco uso da expedição de resoluções para suspender a eficácia de leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo STF, é possível que tal competência não seja importante no desenho institucional brasileiro, o que fortaleceria o argumento quanto à índole meramente histórica da atribuição de tal competência ao Senado, conforme o defendido pelo Ministro Gilmar, no voto proferido nos autos da Rcl 4.335-5/AC.

O número de apenas 136 recursos providos, total ou parcialmente, em que houve comunicação da decisão ao Senado revela a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio da sua postura, principalmente em relação ao mandamento de seu Regimento Interno, não estar efetivamente comunicando suas decisões ao Senado. Esses 136 representam apenas 0,1% dos 97.130 recursos extraordinários que foram providos, total ou parcialmente, pelo Plenário do STF, e que deveriam ter a sua decisão comunicada ao Senado. Tal questão poderá ser mais bem compreendida adiante.

1.3 Dados referentes ao número de recursos extraordinários decididos pelo Plenário do STF, com comunicação feita ao Senado Federal

Mesmo com os dados descritos, faltava ainda a análise de outro importante dado: o número de resoluções expedidas pelo Senado, fazendo o uso do art. 52, X, da

Constituição Federal. Sem o referido dado, não seria possível confrontar o número de resoluções expedidas pelo Senado com o número de recursos extraordinários em que o Plenário do STF fez o controle difuso de normas, declarando a inconstitucionalidade de leis ou ato normativos, e que comunicou tais decisões ao Senado Federal. Para obtenção desse importante dado, responsável também pela construção e atribuição de sentido à pesquisa ora realizada, utilizaram-se como base de dados as resoluções expedidas pelo Senado, de 1988 a 2008, isto é, todas as constantes em seu sítio. Assim, todas as resoluções foram individualmente analisadas, para separar aquelas em que se fazia uso efetivo da competência concedida pela Constituição Federal, constante no art. 52, X, obtendo-se, assim, os seguintes dados:

TABELA 1 – **RESOLUÇÕES EXPEDIDAS PELO SENADO FEDERAL**

ANO	TOTAL DE RESOLUÇÕES EXPEDIDAS PELO SENADO	RESOLUÇÕES EXPEDIDAS EM RAZÃO DO ART. 52, X, DA CF	RESOLUÇÕES EXPEDIDAS EM RAZÃO DO ART. 52, X, DA CF, POR DECISÃO DEFINITIVA DO STF EM RE
1989	106	3	2
1990	88	4	4
1991	91	4	4
1992	101	0	0
1993	150	3	3
1994	97	0	0
1995	76	12	11
1996	111	6	4
1997	136	3	1
1998	112	0	0
1999	81	11	11
2000	77	0	0
2001	43	0	0
2002	66	0	0
2003	22	0	0
2004	22	0	0

2005	68	43	35
2006	71	8	6
2007	49	15	13
2008	49	4	1
TOTAL	1616	110	95

Fonte: *site* do Senado Federal.

Levando-se em consideração as informações extraídas pelos gráficos, pode-se perceber que há momentos em que ocorre um significativo aumento na expedição de resoluções, como no período 2005-2007, em que foram expedidas 54 resoluções pelo Senado, fazendo uso da competência conferida pelo art. 52, X, da Constituição Federal, em sede de recurso extraordinário. O que equivale a aproximadamente 57% do total de resoluções expedidas no período 1989-2008 em que o Senado faz uso de tal competência.

De acordo com informações extraídas anteriormente, foram expedidas 68 resoluções durante todo o ano de 2005,[7] dentre as quais 43 se referem ao uso efetivo do art. 52, X, da Constituição Federal, o que representa aproximadamente 63% de todas as resoluções expedidas durante o ano de 2005. Na ocorrência de momentos de "picos", conforme restou demonstrado, é possível depreender que há momentos em que a referida competência se torna efetivamente importante e utilizada, ainda que por motivos desconhecidos, ou que se justifica em razão da inexistência de expedição de resoluções fazendo o uso da competência do art. 52, X, da Constituição Federal nos cinco anos anteriores.

De acordo com as informações extraídas acima, é possível argumentar que há algum tipo de ação estratégica do Senado não só na expedição de suas resoluções, mas no uso efetivo da competência constitucional anteriormente citada. Principalmente, se considerarmos que o Senado Federal esteja modificando a sua forma de atuação ao expedir quantidade menor de resoluções ao longo dos anos, embora se identifique um aumento de suas expedições no que se refere ao uso da competência do art. 52, X, da Constituição Federal. Independentemente dos motivos estratégicos por trás desse padrão de comportamento por parte do Senado, é importante destacar que a instituição tem usado, em grande número, a competência do art. 52, X, se comparado ao número de comunicações das decisões feitas pelo STF.

De fato, embora o número de resoluções expedidas pelo Senado Federal, fazendo uso da competência que lhe confere o art. 52, X, da Constituição Federal, possa ser considerado baixo, em um período de cerca de 20 anos, Há que se destacar que é um

significativo número se comparado com o número de comunicações feitas pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque, perfazendo a soma das resoluções expedidas pelo Senado, fazendo uso da competência conferida pelo art. 52, X, da Constituição Federal, demonstradas na Tabela 1, é possível obtermos um total de 95 resoluções, enquanto foi possível a identificação de apenas 136 comunicações das decisões do Supremo Tribunal Federal ao Senado.

Dessa forma, tem-se que não é prática reiterada do Senado Federal deixar de expedir resoluções suspendendo eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional, consoante o dado analisado anteriormente. Assim, *das 136 comunicações feitas ao Senado pelo STF, conforme demonstrado anteriormente, em 95 delas o Senado expediu resolução suspendendo a eficácia da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Plenário do STF, o que equivale a aproximadamente 70% das comunicações feitas.* Isto é, das decisões comunicadas pelo STF ao Senado Federal, o Senado se manifesta expedindo resoluções em aproximadamente 70% das vezes, O que demonstra não ser prática efetiva do Senado Federal a ausência de manifestação quando provocado pelo STF. O que surpreende é o baixo número de comunicações feitas pelo STF ao Senado com base nos números analisados[8] (97.130 recursos extraordinários providos total ou parcialmente), podendo ter ocorrido por diversos motivos, entre os quais o não envio pelo gabinete dos Ministros, falha na Secretaria de Apoio aos Julgamentos, Coordenadoria dos Acórdãos, isto é, por questões estruturais ou outros motivos até então desconhecidos. Enfim, este conceito aduzido denota, sobretudo, não estarem plenamente atendidos os requisitos necessários para se defender uma autêntica mutação constitucional *in casu*.

Para justificar a argumentação do Ministro Gilmar Mendes, se fazia necessário que o entendimento lançado por ele acerca do art. 52, X, da Constituição Federal fosse corroborado pela prática das instituições envolvidas. Isto é, o Senado teria de fazer um uso nulo ou insignificante da competência concedida a ele pela Constituição Federal, não sendo esta a hipótese na pesquisa aqui apresentada. O reconhecimento do fenômeno da mutação constitucional precisa necessariamente de uma análise prática, ou seja, precisa da análise das ocorrências de fatos corriqueiros de sentido diverso ao exposto pelo texto constitucional. Frise-se: é a partir dos fatos, dos comportamentos reiterados que há uma mudança de sentido do texto constitucional, e não por métodos interpretativos do texto normativo. Se assim for, não há um fenômeno – o reconhecimento de práticas reiteradas –, mas uma mudança de interpretação do texto constitucional em razão de elementos subjetivos do intérprete.

Assim, *não há que se falar em mutação constitucional do disposto no art. 52, X, da Constituição Federal,* ao qual o Ministro Gilmar Mendes defende, nos autos da Rcl 4.335-5/AC, ter o sentido atual de dar mera publicidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, assumindo ser desnecessária a concessão da competência atribuída pelo dispositivo ora em comento, e a justificando por razões meramente históricas. E, conforme

se verificou, embora seja possível argumentar no sentido das raízes históricas da tal competência, não parece se tratar aqui de autêntica mutação constitucional.

2 Implicações da tese jurídica que atribui novo sentido ao art. 52, X, da Constituição

Após décadas de separação entre os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, surge um entendimento do Ministro Gilmar Mendes no sentido de aproximá-los. No ordenamento jurídico brasileiro, o controle de constitucionalidade é passível de aplicação de forma difusa ou concentrada. O controle concentrado e abstrato de constitucionalidade é caracterizado pela análise da lei em tese, feita por meio de instrumento processual específico. Quando realizada junto ao Supremo Tribunal Federal, os instrumentos processuais hábeis são a ação direta de inconstitucionalidade (genérica), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva,[9] a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceitos fundamentais.[10] Os efeitos de tal decisão são considerados *erga omnes* e vinculantes, o que importa dizer que se estendem a todas as pessoas e têm efeito vinculante.[11]

Diferentemente da espécie de controle acima, o controle difuso se caracteriza pela análise da lei aplicada ao caso concreto, podendo ser feito por diversos instrumentos processuais, como no recurso extraordinário, por exemplo. A (in)constitucionalidade é arguida como causa de pedir, sendo discutida apenas na fundamentação. A decisão a seu respeito não faz coisa julgada material, isto é, não transita em julgado. Essa espécie de controle pode ser feita tanto pelos Magistrados de primeira instância como nos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais e Superiores, desde que realizada de forma incidente. Os efeitos de tais decisões são *inter partes* e não vinculantes a quem não integra a lide, isto é, são estendidos apenas àqueles que integram a demanda e não tem por obrigação vincular à sua decisão os órgãos do Poder Judiciário. Para que assim seja, faz-se necessária a intervenção do Senado Federal, fazendo uso da competência que lhe é conferida pelo art. 52, X,[12] da Constituição Federal.

Ressalvadas as peculiaridades de cada espécie de controle, a tese jurídica lançada pelo Ministro Gilmar Mendes no voto proferido nos autos da Rcl 4.335-5/AC tem como objetivo aproximar essas formas de controle de constitucionalidade. De forma que, verificada a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, por exemplo, os efeitos de tal julgamento seriam *erga omnes* e vinculantes. Dentre os argumentos de que se utiliza para alcançar tal entendimento, o de maior desenvolvimento técnico e relevância argumentativa em seu voto foi o de que estamos diante do que o Ministro Mendes acredita ser uma "autêntica mutação constitucional" do art. 52, X, da Constituição Federal. Para o Ministro Gilmar Mendes, tal dispositivo revela outro sentido: o de mera

atribuição de publicidade às decisões do Supremo pelo Senado Federal,[13] não precisando nem sequer suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

2.1 Possíveis efeitos da "abstrativização do controle difuso de constitucionalidade"

Há que se destacar que, embora não seja objeto do presente estudo, faz-se necessário comentar brevemente o impacto que a tese do Ministro Gilmar Mendes pode ter caso seja aceita. Isso porque o estudo realizado trata-se especificamente das condições necessárias ao reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional, e não dos efeitos da admissibilidade da tese defendida pelo Ministro Gilmar no voto proferido na Rcl 4.335-5/AC.

Assim, partindo do pressuposto de não mais existir necessidade de expedição de resoluções que suspendam a eficácia das leis ou atos normativos declarados inconstitucionais, poderiam se discutir os mais variados efeitos jurídicos. Um deles seria o da inutilização da súmula vinculante. As súmulas são orientações de julgamentos aos Tribunais e Juízes, dentro da sua competência de atuação. As súmulas do Supremo Tribunal Federal se aplicam a todos os órgãos do Poder Judiciário, por se considerar que o STF é o órgão da máxima hierarquia no Poder Judiciário brasileiro. E, no ano de 2004, a Emenda Constitucional n. 45 permitiu, em seu art. 103-A,[14] ao Supremo Tribunal Federal a edição de súmulas que não só dessem orientações de julgamento, mas que vinculassem todos os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, em se tratando de decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade, e não se expedindo resolução do Senado Federal suspendendo a execução das leis ou atos normativos declarados inconstitucionais, haveria clara necessidade de que o próprio Supremo Tribunal Federal editasse súmula que orientasse os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública no tratamento de questões por ele já decididas. E a súmula sendo vinculante, conforme disposto no art. 103-A da Constituição Federal, não orienta um julgamento, mas o vincula. Isto é, não se admite entendimento contrário ao estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal e fixado em súmula vinculante. Apesar da necessidade de edição de súmula vinculante na hipótese dos autos da Rcl 4.335-5/AC, a tese jurídica desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes, por consequência, a dispensa, tornando-a desnecessária, uma vez que a própria decisão do Plenário do STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade, dotaria de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. E mais, uma decisão do Plenário do STF por seis votos a cinco poderia se equivaler a uma súmula vinculante, que possui *quorum* consideravelmente maior, o que apenas corrobora a sua inutilização (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2011).

Igualmente ao objetivo da súmula vinculante, como pode ser notado no art. 103-A, § 1º, da Constituição Federal, a atribuição de eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões

do STF em controle difuso pode objetivar a diminuição da incidência de processos e recursos com questões idênticas. No entanto, é possível que tal objetivo não se efetive na prática, porque um dos possíveis efeitos jurídicos, caso prospere a tese jurídica defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, seria a possibilidade de se propor Reclamação[15] perante o STF em relação à não observância, pelos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, do entendimento da Corte Constitucional brasileira sobre questões decididas inclusive pelo seu Plenário em sede de controle difuso de constitucionalidade (DIDIER JR., 2006).

Mesmo sabendo que o Supremo Tribunal Federal pode manipular os efeitos de suas decisões, inclusive em controle difuso de constitucionalidade, o STF precisará adotar a cautela necessária na tomada de uma decisão como a dos autos da Rcl 4.335-5/AC, principalmente sobre os efeitos *ex tunc* (efeitos retroativos) ou *ex nunc* (efeitos a partir da data da decisão tomada) de sua decisão; porque, aberta a possibilidade de proposição de reclamações em situações como a descrita acima, será possível imaginar significativo aumento de suas proposições dada a nova importância atribuída às decisões tomadas no controle difuso de constitucionalidade.

Na possibilidade de a tese jurídica do Ministro Gilmar Mendes se tornar admissível pelo Supremo Tribunal Federal, pode ser que o número de interposição de recursos extraordinários aumente consideravelmente, o que vai exigir maior rigor do próprio STF nos filtros a que o recurso extraordinário precisa, necessariamente, passar, como a repercussão geral. Isto é, uma decisão como a que o Supremo Tribunal Federal irá tomar nos autos da Rcl 4.335-5/AC repercutirá também, em parte, na sua estrutura organizacional, se considerarmos que terá de se reunir para decidir meios ainda mais restritos de se admitir o recurso extraordinário, dado o seu novo desenho e importância no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.[16]

Além das questões já suscitadas, é capaz ainda da dispensa da atuação do Senado Federal em razão de o art. 52, X, da Constituição Federal, representar enorme supressão de competência do Senado pelo STF. Por consequência, estar-se-ia violando o princípio da separação de poderes, principalmente se considerarmos se o STF está adquirindo para si uma competência pertencente a órgão do Poder Legislativo.

Enfim, essas questões podem representar uma mudança radical da estrutura do controle de constitucionalidade de normas no Brasil,[17] que preserva durante anos a separabilidade entre o controle difuso e o abstrato e concentrado de constitucionalidade. Tal constatação pode ensejar ainda a diversos outros efeitos jurídicos,[18] mas o mais importante do presente tópico é a demonstração de como uma mudança tão radical na estrutura do controle de constitucionalidade no Brasil, a partir dos efeitos jurídicos do defendido pelo Ministro Gilmar Mendes na Rcl 4.335-5/AC, pode possibilitar à defesa da hipótese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Se tal reconhecimento ensejar em mudanças tão radicais, em qualquer que seja o âmbito de análise da mutação constitucional, ele deve ser questionado. A apresentação de tais questões

se faz relevante principalmente à demonstração de que deve ser considerada uma condição necessária ao reconhecimento de uma autêntica mutação constitucional à análise dos possíveis efeitos jurídicos de sua admissibilidade, em que qualquer mudança considerável na regulação da vida social pode servir também de limite à sua incidência. Caso prevaleça, o entendimento do Ministro Gilmar Mendes representaria uma revolução nas estruturas do controle de constitucionalidade brasileiro e na separação de poderes.

Considerações finais

Conforme fica demonstrado no presente estudo, os Ministros do Supremo Tribunal Federal às vezes utilizam o seu poder de interpretar a Constituição para alterar as estruturas do controle de constitucionalidade existentes no Brasil, como o fez o Ministro Gilmar Mendes no voto proferido nos autos da Rcl 4.335-5/AC. Ora, sendo o controle de constitucionalidade a forma mais importante e visível de exercício do poder do Judiciário sobre os demais poderes, havendo transformações em suas estruturas, por consequência, também existirá na separação de poderes no Brasil.

No caso aqui analisado, a argumentação do Ministro Gilmar Mendes, ao defender a mutação do art. 52, X, da Constituição Federal, afeta, mesmo que minimamente, a separação de poderes no Brasil. Considerando que não estariam preenchidas as condições necessárias para se falar em autêntica mutação constitucional e que o Senado federal vem cumprindo com a competência que o art. 52, X, da Constituição Federal lhe concede, a competência privativa do Senado lhe estaria sendo suprimida e, ao revés, transferida ao próprio Supremo Tribunal Federal.

Conforme foi exposto anteriormente, dos 97.130 recursos extraordinários providos, total ou parcialmente, pelo Plenário do STF, apenas em 136 houve efetiva comunicação de suas decisões ao Senado Federal, mesmo com o art. 178 do Regimento Interno do STF considerando tal postura como um dever. Isto é, dos recursos extraordinários analisados e providos, total ou parcialmente, apenas 0,1% teve sua decisão comunicada ao Senado. Na verdade, o próprio Supremo Tribunal Federal não está cumprindo com o seu Regimento Interno, ao qual deveria comunicar tais decisões ao Senado. Tal postura nos permite indagar se a argumentação utilizada ao se defender a desnecessidade de expedição de resolução pelo Senado, para suspender eficácia de norma declarada inconstitucional no controle difuso, não seria uma forma de o STF inutilizar a competência conferida pelo art. 52, X, da Constituição. Isso porque as expedições de resoluções por parte do Senado para o uso efetivo do art. 52, X, da Constituição ocorrem a partir da comunicação das decisões do STF ao Senado Federal. A partir do momento em que tais comunicações não são feitas, o Senado fica impossibilitado de fazer uso da sua competência constitucional.

A argumentação acima descrita pode ser ainda mais plausível ao se verificar o percentual das resoluções expedidas pelo Senado Federal, a partir das comunicações

feitas pelo STF. De acordo com os dados coletados, das 136 comunicações feitas pelo STF ao Senado Federal, este expediu 95 resoluções suspendendo a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional, o que equivale a aproximadamente 70% de todas as comunicações feitas. Considerando tal dado, pode não fazer sentido a argumentação de que a competência conferida ao Senado no art. 52, X, da Constituição possui índole meramente histórica ou que não faça uso efetivo de tal competência.

A partir desse tipo de análise, percebeu-se que o STF utiliza sempre os meios que lhe são legítimos, isto é, da sua jurisprudência e argumentação tipicamente constitucional, para ampliar de forma significativa os seus poderes e forma de atuação. Principalmente, por meio das mais variadas teses jurídicas lançadas na ordem jurídica brasileira. Por exemplo, no caso proposto, foi demonstrado como um simples argumento de alegação de mutação de determinado dispositivo constitucional é capaz de gerar as mais diversas transformações no sistema de controle de constitucionalidade do Brasil e, por consequência, na separação de poderes.

O uso ilegítimo da mutação constitucional pode gerar como possível consequência a possibilidade de os Ministros do Supremo Tribunal Federal estarem reformando silenciosamente a Constituição Federal por meio de interpretação e argumentação. Isto é, o Supremo Tribunal Federal estaria modificando, por meio de sua própria decisão, o arranjo institucional que lhe fora disposto na Constituição de 1988. E quando o direito e as instituições se transformam por meio de interpretações judiciais, tais mudanças jurídicas devem ser discutidas por se tratarem de mudanças feitas por órgãos não legislativos. Como o acúmulo das funções de autoridade com exercício de poder deveriam ser restritos aos órgãos representativos, submetidos a um controle de ordem democrática, a discussão acerca da nova postura do Supremo Tribunal Federal faz-se fundamental à compreensão do novo cenário jurídico e político ao qual estamos inseridos. Por estarmos diante de um momento histórico em que a promulgação da Constituição completou pouco mais de vinte e cinco anos, o debate que tramita em seu entorno continua relacionado ao princípio democrático, mas sob um novo enfoque: o do enfraquecimento de algumas instituições democráticas em detrimento da atuação fortalecida de outras, nos remetendo a uma nova estrutura da democracia constitucional brasileira.

NOTAS

* O texto foi produzido a partir de pesquisa realizada, sob a orientação do Prof. Diego Werneck Arguelhes, no âmbito da FGV Direito Rio. A pesquisa completa está disponível no vol. 1 da Coleção Jovem Jurista – Revista da FGV Direito Rio que apresenta coletânea dos melhores trabalhos de conclusão de curso de cada ano –, em: SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Mutação constitucional do controle difuso no Brasil? Uma análise do papel do Senado diante do art. 52, X, da Constituição. In: Coleção Jovem Jurista, v. 1. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, 2010, p.151-202.

1 São considerados limites materiais à modificação do texto constitucional:
"Art. 60. [...]
§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I – a forma federativa de Estado;
II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
III – a separação dos Poderes;
IV – os direitos e garantias individuais".

2 As normas constitucionais deverão observar, assim, o novo sentido de seu texto normativo para terem a sua aplicabilidade aos casos concretos. Isso não importa dizer que são normas de eficácia contida, sob a alegação de que dependem de uma complementação, via de regra legislação infraconstitucional, para serem completamente eficazes. Com a mutação constitucional, a norma constitucional mantém o seu *status* de norma de eficácia plena, contida ou limitada, transformando-se apenas o sentido que uma palavra possuía no texto normativo, mas mantendo-se os efeitos, quanto à sua aplicabilidade, anteriores à mutação constitucional realizada (BULOS, 1996, 34-43).

3 Foi estudado o número de acórdãos proferidos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal porque somente estes são enviados ao Senado Federal para o exercício da competência que lhes concede o art. 52, X, da Constituição Federal, além da defesa do Ministro Gilmar Mendes de que os acórdãos proferidos pelo Plenário do STF não precisariam de nova análise da sua questão constitucional, uma vez que ele próprio já o havia analisado.

4 O *spider* é um *software* que utiliza a coleta e filtragem de dados da internet, de campos selecionados pelo usuário, como *sites* etc., a fim de agregar informações de forma organizada para que o usuário de seu *software* possa ter acesso. *In casu*, o pesquisador da Fundação Getulio Vargas fez a sua coleta e filtragem de dados somente no *site* do Supremo Tribunal Federal, agregando e organizando as informações de forma a acessá-las de forma mais simplificada. Ver artigo disponível em: <http://www.ibm.com/developerworks/br/library/l-spider/>. Acesso em: 3 maio 2010.

5 BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_fevereiro_2010.pdf>. Acesso em 13 mar. 2010:
"Art. 178. *Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade*, na forma prevista nos arts. 176 e 177, *far-se-á comunicação,* logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, *depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal*, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição" (grifou-se).
Vale lembrar que o dispositivo da Constituição a que o dispositivo acima se refere é, atualmente, o art. 52, X.

6 Vale lembrar que, mesmo em relação aos que foram julgados parcialmente, separaram-se os que tiveram declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e, posteriormente, foram enviados ao Senado para o exercício da competência conferida pelo art.52, X, da Constituição Federal.

7 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/pdf/Resolucoes/2005.pdf>. Acesso em 5 maio 2010.

8 Vale ressaltar que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em sua versão mais atualizada (fev. 2010), dispõe em seu art. 178 sobre a obrigatoriedade da Corte Constitucional em enviar as decisões definitivas que proferirem em sede de controle difuso de constitucionalidade ao Senado Federal. Lembrando que o dispositivo a que o art. 178 se refere, atualmente é o art. 52, X, da Constituição Federal. Vejamos:
"Art. 176. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, esta dual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral.
§ 1º Feita a argüição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independente de acórdão, depois de ouvido o Procurador-Geral.

§ 2º De igual modo procederão o Presidente do Tribunal e os das Turmas, se a inconstitucionalidade for alegada em processo de sua competência.

Art. 177. O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa.

Art. 178. *Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade,* na forma prevista nos arts. 176 e 177, *far-se-á comunicação,* logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, *depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal*, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição" (grifou-se).

(BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_fevereiro_2010.pdf>. Acesso em 13 mar. 2010)

9 A ação direta de inconstitucionalidade interventiva surgiu com a Emenda Constitucional n. 45, que acrescentou o inciso III ao art. 36 da Constituição Federal, e se apresenta como um dos pressupostos à decretação da intervenção, vejamos:

"Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

[...]

III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal".

De acordo com Clémerson Merlin Cléve, a ADI interventiva deve ser entendida como o "[...] procedimento fincado a meio caminho entre a fiscalização da lei *in thesi* e aquela realizada *in casu*. Trata-se, pois, de uma variante da fiscalização concreta realizada por meio da ação direta" (CLÉVE, 1993, p. 125).

10 É possível também realizar tal controle perante os Tribunais de Justiça, por meio da representação de inconstitucionalidade, em razão do princípio da simetria. A inconstitucionalidade é arguida no pedido, ao qual deve integrar o dispositivo do acórdão, estando ele revestido pela coisa julgada material.

11 Art. 102, § 2º, da CF: "§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

12 Art. 52, X, da CF: "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

13 Em relação a essa competência do Senado Federal, apesar de atualmente já se ter posição majoritária a respeito, muita controvérsia já surgiu a seu respeito. Ocorrendo o evento que enseje a aplicação do art. 52, X, *deverá* o Senado Federal suspender a execução da lei, ou tão somente *poderá* fazê-lo? Alguns autores como Alfredo Buzaid e Celso Ribeiro Bastos (ambos citados por Paulo Brossard [1976]) defendiam a atividade vinculada do Senado, razão pela qual deveriam suspender a execução de lei ou ato normativo diante da incidência do art. 52, X, da Constituição, sob a alegação de que teriam o dever de examinar a ocorrência dos pressupostos constitucionais à declaração de inconstitucionalidade das normas.

No entanto, diversamente da hipótese de que o Senado deve suspender a eficácia de lei ou ato normativo, diante da hipótese do art. 52, X, da Constituição, predomina o entendimento do caráter político-discricionário da competência atribuída ao Senado pelo art. 52, X, da Constituição (BARROSO, 2006). E a inexistência de sanção ao Senado em caso da não utilização de tal competência é um dos principais argumentos sustentados pela doutrina majoritária para justificar tal discricionarismo político.

Além disso, o próprio Senado Federal, desde a Res. n. 13/91, que acrescentou o inciso II ao art. 91 do seu Regimento Interno, afirma a possibilidade de se deliberar a respeito do evento previsto no art. 52, X, da Constituição, confirmando o entendimento do caráter político-discricionário do dispositivo. Vejamos:

"Art. 91. Às comissões, no âmbito de suas atribuições, cabe, dispensada a competência do Plenário, nos termos do art. 58, § 2º da Constituição, discutir e votar:

[...]

II – projetos de resolução que versem sobre a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". (Obs.: o art. da Constituição a qual o artigo se refere é o atualmente art. 52, X, da Constituição Federal.)

Assim, resta claro que o Senado adota a posição de que a competência atribuída pelo dispositivo constitucional é político-discricionária.

14 "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços

dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".

15 "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I – processar e julgar, originariamente:
[…]
l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;"

16 Há de se acrescentar ainda a possibilidade de responsabilização civil do Estado baseado na declaração de normas inconstitucionais (PINTO, 2008, p. 189-190). Tal evento ocorre quando o cidadão é lesado por normas jurídicas que, após produzirem seus regulares efeitos, são declaradas inconstitucionais *in abstracto* pelo Supremo Tribunal Federal. A título de exemplo, poderia o Estado criar lei que limitasse a observância da capacidade contributiva do contribuinte do Imposto de Renda (IR) e o fizesse pagar IR consideravelmente mais alto. Além da lesão à sua fonte de renda e do sustento de sua família, vários danos podem lhe ser causados, como a impossibilidade de abertura de plano de saúde de familiares seus que necessitam com urgência da medida, por exemplo. Com a declaração da inconstitucionalidade de tal lei, *in abstracto*, poderia o cidadão deste exemplo requerer judicialmente a responsabilização civil do Estado baseado na declaração de inconstitucionalidade da lei.

No mesmo sentido, a equiparação entre os efeitos da decisão proferida pelo STF, nos controles abstrato e difuso de constitucionalidade, pode aumentar consideravelmente as demandas em face do Estado por responsabilização civil baseado na declaração de normas inconstitucionais. Isso porque não é difícil a percepção de que existem muito mais normas declaradas inconstitucionais incidentalmente do que *in abstracto*. Tal postura poderia gerar enorme prejuízo à Administração Pública, podendo o Estado ser comumente processado e obrigado a ressarcir o cidadão por conta do dano injusto por ele causado ao editar normas que levassem os cidadãos a incorrer em determinado dano.

17 Vale destacar que a equiparação entre os efeitos da decisão, proferida pelo STF, no controle difuso e abstrato de constitucionalidade nos leva à percepção de mais um efeito jurídico que não será profundamente abordado neste estudo: o da possibilidade de, caso a tese jurídica do Ministro Gilmar Mendes aqui discutida se consagre vencedora, um clube de futebol utilizando do recurso extraordinário, por exemplo, julgado pelo Plenário do STF, mesmo fazendo o controle incidental de normas, consiga a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculante à decisão. Tal situação se assemelharia à hipótese de um não legitimado pelo art. 103 da Constituição Federal fazer controle abstrato de constitucionalidade, porém em via difusa. Logo, poderíamos considerar tal evento como a criação de uma espécie de "Adin individual", ou considerar o surgimento de uma espécie de "controle abstrato de constitucionalidade em via difusa", também por isso a denominada "abstrativização do controle difuso de constitucionalidade".

18 É interessante destacar que outro importante efeito jurídico é o da possibilidade do controle difuso de constitucionalidade gerar efeitos equiparáveis aos do controle abstrato. Aceita a tese jurídica do Ministro Gilmar Mendes, em que aproxima o controle difuso do concentrado e abstrato de constitucionalidade, a decisão em sede de recurso extraordinário ou *habeas corpus*, terá os seus efeitos mais próximos dos gerados em controle abstrato de constitucionalidade.

Coincidência ou não, durante o discurso proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na sabatina feita pelo Senado Federal sobre a sua indicação para Ministro do Supremo Tribunal Federal, no dia 15 de maio de 2002, fora defendido por ele uma tendência de aproximação dessas diferentes espécies de controle. Vejamos trecho de tal discurso: "Tal jurisdição, exatamente por prestar a toda a coletividade, deve estar sujeita à disciplina específica e singular no que toca às formas de sua provocação e à repercussão de suas decisões. Em particular, a transcendência destina-se a racionalizar a provocação da jurisdição constitucional de modo a assegurar a intervenção do Supremo Tribunal Federal seja preservada para aquelas hipóteses em que se verifica controvérsia constitucional verdadeiramente relevante e de alcance geral.

Tal disciplina, combinada com a ampliação da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, haverá de assegurar a mais adequada socialização da prestação da jurisdição constitucional de nossa Excelsa Corte, pois não apenas qualificará

o interesse público em sua manifestação, como também *assegurará a tendência e eficácia universal do que decidir*" (grifou-se). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-24/imagens-historia-dia-gilmar-mendes-foi-sabatinado>. Acesso em: 14 maio 2010.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANÁLISE JUSTIÇA. São Paulo: Análise Editorial, n. 1, ano 1, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, abr.-jun. 1976.

BULOS. Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 129, jan.-mar. 1996.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição.* Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição:* mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

MAZZOTTI, Alda Judith Alves; GEWANDSZNAJDER, Fernando. *O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*. 2. ed. São Paulo: Thomson, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:* estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 179, jul.-set., 2008.

PINTO, Helena Elias. Responsabilidade civil do Estado por omissão – Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Lumen Juris* Editora: Rio de Janeiro, 2008.

STRECK, Lênio Luís; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à "brasileira". *Revista DIREITO GV*, São Paulo, n. 2, ano 4, jul.-dez., 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DIREITO GV*, São Paulo, n. 8, 2009.

Carlos Victor Nascimento dos Santos

carlosvictor@oi.com.br |

Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense do Rio de Janeiro

Bacharel em Direito pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas

RECEBIDO EM 20.09.2013 | APROVADO EM 16.05.2014

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS AO TRATAR DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS *

Claudia Rosane Roesler e Paulo Alves Santos

LEGAL ARGUMENT USED BY BRAZILIAN COURTS TO DEAL WITH HOMOAFFECTIVE UNIONS

RESUMO

Este artigo versa sobre a argumentação desenvolvida pelos tribunais brasileiros, sobretudo a corte constitucional, ao lidar com questões relativas às uniões homoafetivas. Inicialmente, realizou-se uma análise das decisões judiciais proferidas nos conflitos que envolvem o tema em âmbito estadual, observando os posicionamentos adotados pelos tribunais de justiça e os argumentos utilizados por eles para justificar suas posturas. Os dados colhidos foram sistematizados e apresentados de forma descritiva, situando o posicionamento das correntes interpretativas que se desenvolveram a partir da controvérsia em debate. Em seguida, avaliou-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.277, a fim de determinar como os argumentos suscitados no debate nacional foram, ou não, enfrentados pela Corte Suprema e o grau de solidez da fundamentação apresentada para o acórdão prolatado.

PALAVRAS-CHAVE

Uniões homoafetivas; Argumentação Jurídica; Judiciário Brasileiro; ADI 4.277; Entidades Familiares.

ABSTRACT

This article proposes an analysis of the arguments developed by the Brazilian courts, especially the Constitutional Court, while dealing with issues relating to homoaffective unions. Initially, we carried out an analysis of judicial decisions made in conflicts involving the issue at the state level, noting the positions adopted by the courts and the arguments used by them to justify their positions. The collected data were organized and presented in a descriptive manner, placing the position of interpretive trends that have developed around the controversy. Then it is evaluated the decision of the Supreme Court in the trial of ADI 4.277, in order to determine how the arguments raised in the national debate were, or not, faced by the Supreme Court and the degree of robustness of the reasons given for the judgment.

KEYWORDS

Homoaffective unions; Legal Argumentation; Brazilian Judiciary; ADI 4.277.

1 A UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As relações familiares geram diversas implicações no âmbito dos direitos personalíssimos e patrimoniais, razão pela qual recebem especial atenção normativa. O complexo dessas relações encontra amparo no direito de família, que se dedica ao estudo e à tutela dos efeitos jurídicos advindos das entidades familiares.

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201426

A atuação do legislador brasileiro, firme na tradição romano-canônica, sempre se pautou pela supremacia do modelo familiar heteronormativo instituído pelo casamento. Contudo, ao longo de nossa história jurídica, esta perspectiva vem sendo rompida, sobretudo em razão da pressão advinda da dinâmica das relações sociais.

A esse respeito, a Constituição Brasileira de 1988 inseriu no ordenamento normativo pátrio, de forma inovadora, um modelo familiar flexível, conferindo tratamento legislativo às chamadas "uniões estáveis". O novo texto constitucional dispôs:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> [...]
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988)

Ao regular este dispositivo da Constituição, o Código Civil brasileiro erigiu como requisitos para a configuração da união estável a convivência *pública*, *contínua*, *duradoura* e estabelecida com o *objetivo de constituir família* entre *um homem e uma mulher* (BRASIL, 2002).

A publicidade exige que a constituição da união estável seja fato incontroverso e notório perante sociedade, não podendo ser mantido em segredo. A continuidade se relaciona a uma estabilidade de convivência que é intrínseca a este modelo familiar, embora não haja a exigência de prazo mínimo para sua configuração. O objetivo de constituir família requer dos companheiros um "firme propósito" de conferir àquele relacionamento um grau de compromisso compatível com a responsabilidade inerente aos institutos familiares. Por fim, a diversidade de sexos é elemento diretamente relacionado à tradicional opção do direito brasileiro (GONÇALVES, 2009).

Esses são requisitos objetivos e subjetivos que permitem diferenciar uma mera relação eventual, ou uma relação duradoura despida de seriedade, daquela união que o Estado reconhece como entidade familiar. Além disso, a lei não autoriza a existência de união estável entre pessoas impedidas para o casamento, pois a parte final da norma constitucional direciona a atividade legislativa no sentido de facilitar a conversão daquela para este.

Contudo, os limites da união estável aparecem bastante sinuosos em casos nos quais a aplicação da lei vigente não ocorre de maneira tão clara. Os critérios escolhidos pela lei tornam bastante árdua a tarefa do intérprete em reconhecer se há publicidade suficiente, se entre os companheiros havia ânimo de constituir família ou se o tempo de relacionamento é satisfatório ou não.

É dentro desses casos limítrofes que se insere a temática da possibilidade de existência de uma união estável homoafetiva. Embora tenha sido explicitado pela Constituição que esta entidade familiar ocorreria entre "homem e mulher", forte corrente

interpretativa tem considerado que este dispositivo deve ser problematizado e compreendido de forma mais ampla, à luz do princípio constitucional da igualdade.

Este estudo se dedica à análise do comportamento da jurisprudência brasileira diante dessa controvérsia e à avaliação das razões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal na busca pela solução dessa disputa hermenêutica. No contexto da análise, procuraremos compreender os diversos argumentos formulados na tentativa de solucionar a questão, ao passo que, ao avaliarmos a decisão da Suprema Corte, buscaremos determinar o nível de coerência da decisão e investigar o grau de solidez dos fundamentos apresentados. O trabalho parte, assim, de uma distinção proposta por Manuel Atienza (2013) entre analisar e avaliar uma argumentação, compreendendo que a primeira fase de todo o trabalho de discussão das decisões judiciais deve ser centrado na compreensão de sua estrutura argumentativa, enquanto a segunda parte (e em sequência à primeira), é destinada à sua valoração.[1]

2 Análise da jurisprudência dos tribunais brasileiros

A discussão acerca do tratamento jurídico a ser conferido às uniões entre pessoas do mesmo sexo assumiu contornos diversos em cada país no qual essa questão foi suscitada. Desde as respostas mais inclusivas até a negação de qualquer proteção jurídica, os Estados tiveram de designar qual a posição que essas relações teriam em seus ordenamentos jurídicos.[2]

No Brasil, embora haja legislação dispersa sobre o assunto,[3] a construção do regime jurídico aplicável às famílias homoafetivas se deu principalmente pela via jurisprudencial. Assim, compreender a forma como os tribunais brasileiros enfrentaram esta controvérsia significa conhecer o próprio desdobramento da inserção deste instituto no direito pátrio.

Por essa razão, esta pesquisa propôs, inicialmente, a realização de uma análise dos argumentos utilizados nos debates acerca das uniões homoafetivas travadas nos tribunais estaduais e do Distrito Federal. Com essa investigação, objetiva-se apreender o estágio de desenvolvimento em que se encontrava a jurisprudência brasileira sobre o tema no período anterior à decisão do Supremo Tribunal Federal, que apreciou a questão na via do controle abstrato de constitucionalidade.

O método utilizado para diagnosticar o comportamento dos órgãos judicantes foi a análise individualizada de julgamentos emanados dos tribunais que compõem a segunda instância da jurisdição comum. Esses resultados foram obtidos por meio de buscas nas páginas eletrônicas que as cortes mantêm na internet e os acórdãos encontrados foram submetidos a uma apreciação de sua estrutura argumentativa, com base modelo proposto por Stephen Toulmin (2001).

O termo empregado para efetuar a busca foi "união homoafetiva". De fato, a despeito de outras denominações que as uniões entre pessoas do mesmo sexo tenham

recebido, esta expressão, cunhada pela desembargadora gaúcha Maria Berenice Dias (2000), foi rapidamente assimilada na prática jurídica e mostra-se tecnicamente mais apropriada à discussão que se trava na esfera do direito de família contemporâneo, no qual o afeto possui lugar de destaque.

O período a ser pesquisado foi fixado sobre duas balizas: a necessidade de um lapso temporal suficiente para observar o desenrolar do comportamento do tribunal e a existência de um substrato legislativo comum e estável sobre a temática. Dessa forma, tomou-se como marco inicial a entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil atual) e como termo final o último dia do ano anterior àquele no qual o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 4.277, cujo resultado possui efeito vinculante.[4] Portanto, foram analisados resultados de 11/01/2003 a 31/12/2010.

Além disso, somados aos critérios já delineados, foram utilizados critérios de seleção material dos julgamentos a serem considerados na pesquisa. O objetivo deste filtro de relevância consistia em retirar do rol de decisões aquelas em que: a) a temática das uniões homoafetivas tenha sido versada de forma paralela ou incidental, sem qualquer reflexo na razão de decidir do julgamento; b) a discussão sobre matéria fática impossibilitou a discussão acerca do regime jurídico das uniões homoafetivas; c) acórdão de embargos de declaração que apenas reafirmavam o que já havia sido decidido pelo tribunal, tendo em vista que a decisão desses recursos compõe o próprio acórdão principal.[5]

Com base nesses parâmetros, a busca inicial nos *sites* dos tribunais retornou 325 resultados. Após a aplicação do filtro material, 139 resultados foram considerados irrelevantes e descartados, de forma que a amostra definitiva para a análise ficou composta de 186 resultados, cuja distribuição geográfica pode ser observada nos seguintes gráficos:

GRÁFICO 1 – **PERCENTUAL DE DECISÕES RELEVANTES E IRRELEVANTES**

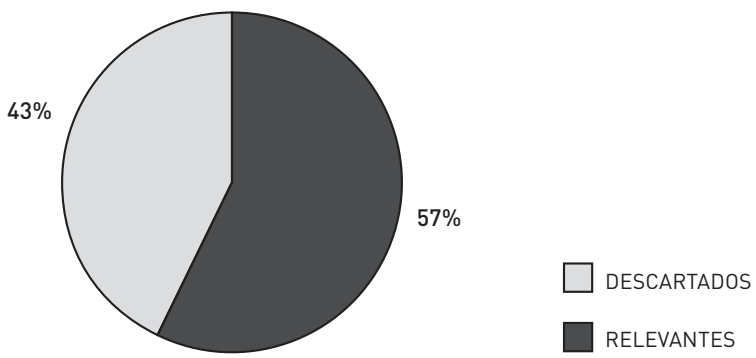
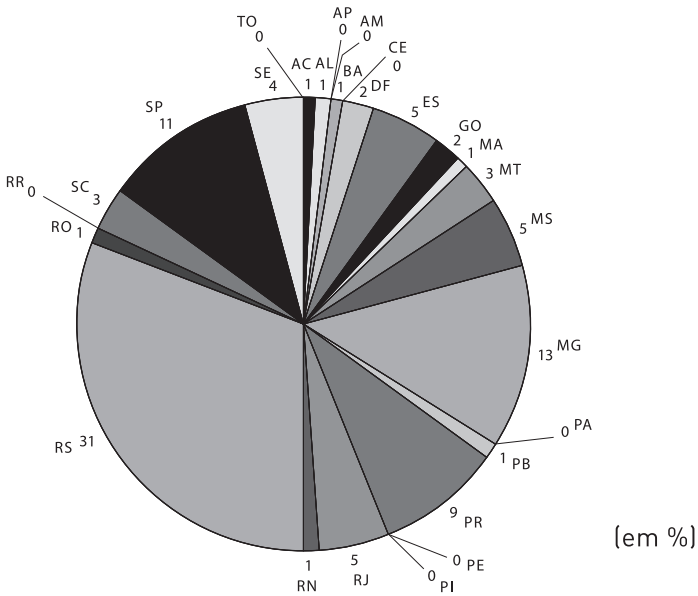


GRÁFICO 2 – **QUANTIDADE DE DECISÕES RELEVANTES POR ESTADO**



Como se vê, há uma acentuada diferença entre o número de casos julgados pelos estados federados. Enquanto alguns tribunais analisaram a controvérsia em diversas oportunidades, existem outros, como o Tribunal de Justiça do Tocantins, que jamais foram instados a se manifestar.

Para justificar esta disparidade, deve-se levar em consideração, além das diferenças populacionais e da dificuldade de acesso à justiça que se apresenta de forma mais frequente em alguns locais, o nível de informação disponível e o grau de influência exercida pelo preconceito em cada unidade federativa. De fato, ingressar com uma ação judicial buscando conferir efeitos jurídicos a uma relação homoafetiva pode significar enfrentar uma série de tabus, cuja força é diferenciada nas diversas regiões do país.

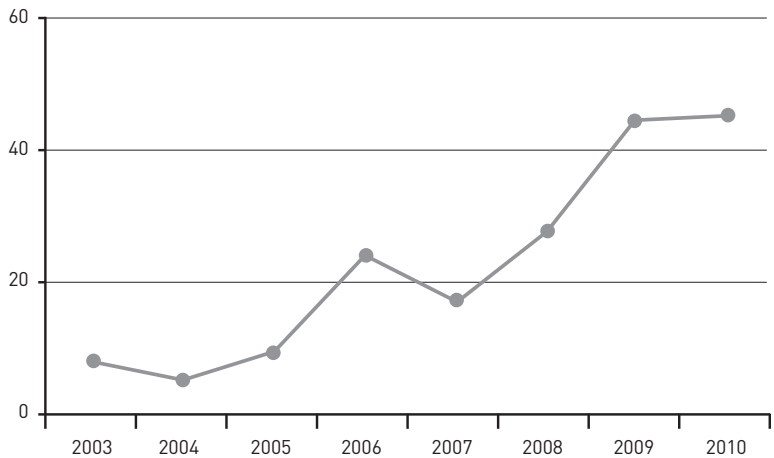
Ademais, como a pesquisa abrange decisões tomadas no segundo grau de jurisdição, o número de recursos que sobe aos tribunais pode variar conforme a maior ou menor tranquilidade com que essas questões são enfrentadas na primeira instância.

Nesse ponto, é importante destacar que esses recursos, em geral, são manejados: a) pelo próprio casal homoafetivo, que se volta contra a sentença que rejeita a possibilidade de equiparação com a união estável; b) por um dos companheiros homoafetivos ou pelos herdeiros de um dos companheiros falecidos, nos pedidos de dissolução

da união homoafetiva nos moldes da união estável; e c) pelo Ministério Público, que atuou tanto em um sentido quanto no outro.

Apesar dessas dificuldades, o número de casos no decorrer do período abrangido pela pesquisa aumentou consideravelmente. No ano de 2003, foram apenas sete registros de julgamentos que envolveram a questão, ao passo que em 2010 a matéria foi pautada 45 vezes. A evolução da quantidade de julgados ao longo do tempo pode ser verificada no gráfico a seguir:

GRÁFICO 3 – **QUANTIDADE DE DECISÕES RELEVANTES NO DECORRER DO PERÍODO DE PESQUISA**



Percebe-se que, enquanto a corrente que defendia a equiparação encontrava lugar em alguns tribunais pioneiros, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o número de pessoas que se interessavam em mover ações nesse sentido era atraído pela possibilidade de procedência da ação. Dessa forma, a aceitação da união homoafetiva como entidade familiar passava de teoria completamente impossível para a condição de questão juridicamente controversa, o que permitia o efetivo debate sobre o tema e encorajava um número maior de litigantes.

A esse respeito, deve-se notar a quantidade de julgamentos nos quais a corte estadual se limitava a afirmar a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da união homoafetiva como união estável, determinando ao juízo da causa que realizasse nova análise da questão. Tais decisões afastavam a sentença de extinção da ação sem resolução do mérito, afirmando ser admissível, em tese, o pedido formulado pelos casais

homossexuais. Contudo, o fato de ser possível não significava que, no mérito, essa fosse a solução jurídica a ser adotada.

De fato, ao julgar dessa forma, os tribunais apenas afirmavam o dever de o juiz analisar a tese apresentada, por que ele não poderia deixar de pronunciar o direito afirmando a existência de lacuna na lei. A esse respeito, ressaltou o Desembargador Elias Camilo, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Assim, *in casu*, cumpre ressaltar que, em que pese não ter nosso ordenamento jurídico pátrio consagrado, expressamente, as uniões homoafetivas, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo, inexiste, também, qualquer vedação no sentido de não poder tal união surtir efeitos civis, o que, por evidente, não pode ser tido como ausência de direito, em especial considerando-se que, nos casos em que verificada a omissão da lei, mostra-se possível a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, nos termos do disposto nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC.
> [...]
> Desta forma, vê-se que, inexistindo no ordenamento positivo brasileiro qualquer proibição expressa de reconhecimento de união homoafetiva e concessão de efeitos civis à esta, *in casu*, o pedido mostra-se, sob uma visão abstrata, suscetível de acolhimento ou rejeição, merecendo, portanto, reforma a sentença de primeiro grau que indeferiu a inicial por carência de ação.
> Por tais razões de decidir, dou provimento ao recurso para, cassando a sentença impugnada, determinar o regular processamento do feito.[6]

Em verdade, a doutrina considera juridicamente impossível apenas o pedido expressamente vedado pelo ordenamento jurídico, pois nos demais casos o juiz poderá valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito para solucionar a lide.[7]

Todavia, a conclusão de que a discussão acerca das uniões homoafetivas é juridicamente possível não é pacífica. Há quem, por outra perspectiva, enxergue no silêncio do constituinte uma vedação implícita ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar equiparada à união estável, conforme ressaltou a Desembargadora Maria do Rocio, do Tribunal de Justiça catarinense:

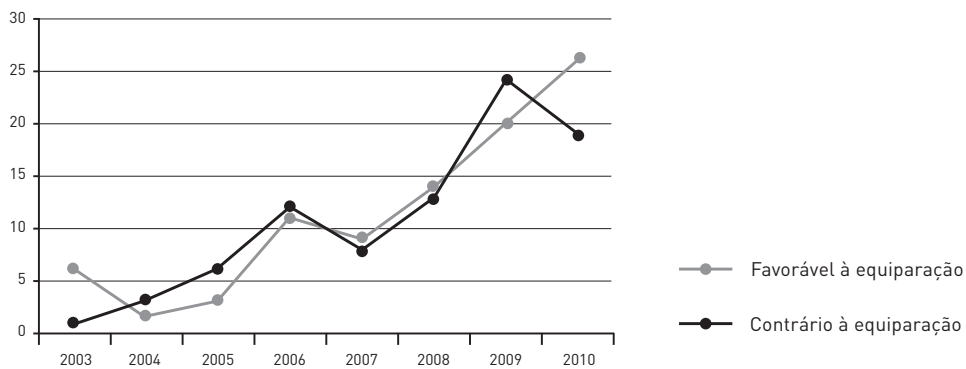
> Trata-se de *actio* por meio da qual a apelante pretende o reconhecimento de união homoafetiva. Todavia, tal pretensão não se mostra juridicamente possível, uma vez que a legislação em vigor não a ampara.
> A propósito, observe-se que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal estabelece que "*para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável*

> *entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*"
> [...]
> Verifica-se, portanto, que o conteúdo das mencionadas normas estabelecem expressamente como um dos requisitos à configuração da união estável e seu reconhecimento como entidade familiar a convivência entre homem e mulher, ou seja, deve haver a diversidade de sexos. Afasta-se, desta forma, qualquer possibilidade de se reconhecer tal instituto em relação às pessoas do mesmo sexo, *o que caracteriza o pedido exordial como juridicamente impossível*, não se podendo aplicar a analogia na hipótese, como pretende a apelante (grifos acrescidos).[8]

Essa divergência de entendimentos acerca de uma questão meramente preliminar é um prelúdio do conflito de jurisprudência sobre o mérito da controvérsia. Constatou-se, sem muito esforço, a inexistência de uma solução pacificada sobre o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas. As conclusões a que chegaram os diversos tribunais foram diametralmente opostas, sendo comum haver, em um mesmo órgão julgador, decisões em sentidos opostos sucedendo-se no tempo.

Ao final, verificou-se que, de todos os acórdãos analisados, 56% admitiam a equiparação entre as uniões estáveis e as uniões homoafetivas de alguma forma.[9] Os demais, 44%, rechaçavam esta tese. No decorrer do período pesquisado, é impossível identificar uma jurisprudência dominante e estável, conforme se infere do gráfico a seguir, que mostra o desenrolar das decisões no tempo:

GRÁFICO 4 – **QUANTIDADE DE DECISÕES FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS NO DECORRER DO PERÍODO DE PESQUISA**



Entretanto, no meio do embate jurisprudencial, há tribunais que se destacaram pelo posicionamento firme em um sentido ou em outro. Essas cortes transformaram-se em referências para as demais, liderando verdadeiros "blocos" em defesa de cada uma das teses.

Um exemplo é o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que nas nove vezes em que decidiu a questão manifestou-se contrário à possibilidade de equiparação entre a união estável e a união homoafetiva. Já no final de 2010, apenas alguns meses antes de o Supremo Tribunal Federal pacificar a questão em sentido contrário, a Corte distrital mantinha sua posição de que a união homoafetiva não poderia receber tratamento analógico à união estável, contrariando, inclusive, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> Ocorre que, de acordo as normas insculpidas nos artigos, 226, § 3º, da Constituição Federal e o artigo 1.723 do Código Civil, *é inviável o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo*, pois esta só poderia ser constituída por pessoas de sexo diferente. Assim, dispõe os citados dispositivos:
> [...]
> Com efeito, não obstante o entendimento que vem sendo consolidado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de autorizar a adoção por pessoas que vivem em união homoafetiva, certo é que, diante da *ausência de permissão constitucional ou legal* para se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, fica inviabilizada a adoção conjunta da menor pelas demandantes, ora agravantes. (Voto vencedor do Des, João Batista Teixeira, AGI 2010.00.2.006328-2, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 27/10/2010, grifos acrescidos)

De outro lado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apenas no ano de 2006, proferiu seis decisões favoráveis à equiparação. Os primeiros acórdãos do Tribunal a conferir tratamento analógico às uniões homoafetivas podem ser encontrados já no primeiro ano abrangido pela delimitação temporal da pesquisa (2003), por exemplo:

> As entidades familiares referidas na Constituição não encerram uma relação hermética, fechada ou clausulada e nela se podem incluir outras que preencham determinados requisitos.
> [...]
> O objeto de norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram, já que antes, a proteção se voltava para a paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento com um bem em si mesmo.

> Destarte, o *caput* do art. 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo lícito excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e notoriedade, sendo as famílias ali arroladas meramente exemplificativas, embora as mais comuns.
> As demais comunidades se acham implícitas, pois se cuida de conceito constitucional amplo e indeterminado, a que a experiência de vida há de concretizar, conduzindo à tipicidade aberta, adaptável, dúctil, interpretação que se reforça quando o preceito constitucional usa o termo "também", contido no artigo 226, 4º, que significa "da mesma forma", "outrossim", exprimindo-se uma ideia de inclusão destas unidades, sem afastar-se outras não previstas.
> *Assim, pode-se concluir que, mesmo sem lei que as regule, as uniões homoeróticas são reconhecidas pela Constituição como verdadeiras entidades familiares, para alguns como entidades distintas, em vista de sua natureza e para outros, onde ainda me filio, como verdadeiras uniões estáveis*. (Voto Vencedor do Des. José Carlos Teixeira, Apelação 70005488812, 7ª Câmara Cível, data de julgamento: 25/06/2003, grifos acrescidos)

Todavia, embora os precedentes desses dois tribunais sejam reproduzidos em boa parte das decisões investigadas, é necessário observar que no âmbito interno das Cortes inexiste consenso absoluto sobre questão.

No Distrito Federal, em todos os julgamentos que participou, a Desembargadora Nídia Corrêa defendeu arduamente a tese contrária àquela majoritária em seu tribunal. Em seus votos, ela destacava que, em sua concepção, "deixar de reconhecer a existência de união estável entre duas pessoas, simplesmente por serem do mesmo sexo, atenta contra os princípios da dignidade da pessoa humana, por se tratar de uma conduta discriminatória e preconceituosa".[10]

No caso do Rio Grande do Sul, a questão da divergência é ainda mais emblemática. Em 2009, foram três decisões contrárias e três favoráveis à equiparação. Dessas seis decisões, cinco emanaram do mesmo órgão julgador.

No cerne dessa disputa interpretativa estão os diversos argumentos acolhidos pelos julgadores para justificar suas posições acerca do correto tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas. A partir da classificação proposta por Neil MacCormick (2008), passamos a fazer uma análise dessas assertivas.

Inicialmente, percebe-se em ambos os lados a tentativa de alcançar a "vontade da Constituição". Entretanto, enquanto a corrente contrária defende que este objetivo pode ser alcançado a partir da literalidade da lei, os defensores da equiparação afirmam que este propósito deve ser buscado por meio de uma interpretação sistemática e principiológica do texto constitucional.

Assim, o argumento literal, na forma frequentemente encontrada na jurisprudência

brasileira sobre o assunto, sustenta que a expressão utilizada na norma é clara, não havendo necessidade de maiores considerações a esse respeito. Por esse viés, ao explicitar o termo "entre *homem* e *mulher*", o constituinte originário não o fez em vão, mas com o objetivo de impedir a extensão deste instituto a qualquer arranjo que não preenchesse esta exigência específica.

Ocorre, nesse ponto, uma intersecção entre o argumento teleológico e o literal. Conforme se verificou no curso desta pesquisa, as espécies argumentativas geralmente não se apresentam de forma pura. Há, na verdade, argumentações híbridas, formadas por argumentos que partem de perspectivas diferentes, o que demonstra a complexidade da atividade argumentativa empreendida.

No caso em análise, o argumento literalista é usado, na verdade, como suporte para uma argumentação teleológica. Esta argumentação literal-teleológica é recorrente e fundamenta-se na ideia de que a lei não utiliza palavras inúteis. Portanto, se foram usadas determinadas palavras na formulação do texto normativo, a norma que dele se extrai deve valorizar os termos literais utilizados, pois eles foram escolhidos pelo legislador com um objetivo específico. Caso contrário, a lei haveria utilizado termos distintos, com o fim de alcançar objetivos diversos.

Este entendimento pode ser ilustrativamente representado pelo seguinte trecho jurisprudencial:

> À luz do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, a união estável, para efeito de proteção do Estado, é aquela havida entre homem e mulher como entidade familiar.
> [...]
> A diversidade de sexo continua a ser requisito fundamental tanto para a celebração do casamento, quanto para o reconhecimento da união estável, razão pela qual não se pode conceber a mesma natureza jurídica desses institutos às relações homoafetivas.
> Não se trata, no entanto, de mera omissão legislativa passível de interpretação analógica extensiva. O dispositivo constitucional, ao declarar expressamente a proteção do Estado apenas à união estável existente entre homem e mulher, excluiu dessa proteção as relações havidas entre pessoas do mesmo sexo, *caso contrário, as teria expressamente contemplado, conforme o fez com as relações heterossexuais*.
> *Não pode o julgador ir além do que quis o legislador*. (Voto vencedor do Desembargador Célio César. TJMG, Apelação 1.0024.07.764088-6/001, j. 04/12/2008, grifos acrescidos)

Em outra vertente, o argumento sistêmico se uniu à argumentação por princípios, a fim de afastar o entendimento literal que surge à primeira vista.

De fato, na busca pela melhor interpretação possível, os princípios do sistema jurídico desempenham um papel fundamental. Eles são, por definição, elementos que permitem a exata compreensão das regras, conferindo-lhes um sentido harmônico (SUNDFELD, 2005). É exatamente nesse critério que os argumentos favoráveis à equiparação entre as uniões estáveis heteroafetivas e homoafetivas se tornam mais densos, justamente pelo fato de os princípios serem normas que não apresentam em sua estrutura situações fáticas determinadas de aplicação (DWORKIN, 2010).

A partir dessa perspectiva, assume-se o ordenamento jurídico constitucional como um sistema uno e coeso, cujas ideias centrais residem nos princípios (SUNDFELD, 2005). Assim, o verdadeiro sentido da expressão utilizada pelo legislador somente pode ser averiguado dentro do contexto em que a norma está inserida, invocando-se, sempre que necessário, os princípios do sistema normativo como instrumento de compatibilização ou, em último caso, exclusão da regra incompatível.

Como resultado, segundo os defensores da equiparação, não se poderia conceber que um texto constitucional que possui caráter inclusivo e abrangente em matéria de família fosse utilizado para negar direitos às uniões homoafetivas.

Pelo contrário, a harmonização deste dispositivo específico da Constituição com as demais disposições constitucionais, à luz dos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade humana, revelaria que o texto constitucional constitui, por si só, fundamento jurídico suficiente para equiparar às uniões homoafetivas às uniões estáveis.

Este posicionamento é adotado no seguinte julgamento:

> A Constituição Federal proclama o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à intimidade (art. 5º, *caput*) e prevê como objetivo fundamental, a promoção do bem de todos, "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV). Dispõe, ainda, que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (art. 5º, XLI). Portanto, sua intenção é a promoção do bem dos cidadãos, que são livres para ser, rechaçando qualquer forma de exclusão social ou tratamento desigual.
>
> Outrossim, a Carta Maior é a norma hipotética fundamental validante do ordenamento jurídico, da qual a dignidade da pessoa humana é princípio basilar vinculado umbilicalmente aos direitos fundamentais. Portanto, tal princípio é norma fundante, orientadora e condicional, tanto para a própria existência, como para a aplicação do direito, envolvendo o universo jurídico como um todo. Esta norma atua como qualidade inerente, logo indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo.
>
> [...]

> Por conseguinte, a Constituição da República, calcada no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, se encarrega de salvaguardar os interesses das uniões homoafetivas. Qualquer entendimento em sentido contrário é que seria inconstitucional. E quanto à tutela específica dessas relações, aplica-se analogicamente a legislação infraconstitucional atinente às uniões estáveis. (Voto vencedor da Desembargadora Maria Berenice Dias. TJRS, Apelação 70012836755, data de julgamento: 21/12/2005)

No campo da argumentação por analogia, as correntes interpretativas divergiram sobre qual instituto mais se aproximava às relações homoafetivas. Aqueles que se opuseram à equiparação dessas relações às uniões estáveis justificavam que os relacionamentos homoafetivos, embora estivessem fora do âmbito do direito de família, encontravam respaldo jurídico na legislação obrigacional. Dessa forma, a união homoafetiva deveria ser tutelada em analogia com as sociedades de fato. Nesse sentido:

> Certo é que, a inexistência de regime jurídico próprio a disciplinar a parceria homossexual há de levar, *pelo emprego da analogia*, à aplicação das normas que integram o *direito das obrigações*.
> Assim o afirmo porque aspectos comuns fundamentais aproximam-na da *sociedade de fato*: a) não constitui elemento relevante a circunstância de serem os conviventes do mesmo sexo; b) deve haver união de esforços pessoais e/ou materiais, para a obtenção de fim comum e; c) é mister a mútua cooperação dos parceiros. (Voto vencedor da Des. Diva Lucy. TJDFT, AGI 2008.00.2.012928-9, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 18/03/2009, grifos acrescidos)

Contudo, o pensamento diverso repele de forma veemente esta interpretação. Segundo os julgadores que se alinham a esse entendimento, o traço que identifica tanto a união estável quanto a união homoafetiva é o vínculo personalíssimo que se forma entre as pessoas que participam desses institutos. Esse vínculo possui natureza comum em todas as entidades familiares e se manifesta por meio do exercício da afetividade entre os componentes da família. Portanto, tal realidade não guardaria qualquer semelhança com o ânimo associativo de uma organização com fins lucrativos, sendo mais adequada sua analogia com os institutos do direito de família.

Há, ainda, a abordagem da questão pelo prisma da harmonização contextual (MACCORMICK, 2008). Esta estratégia argumentativa, por sua vez, consiste na submissão do conceito jurídico em debate a um esquema normativo mais amplo, com o objetivo de verificar, dentro de um conjunto de regras relacionadas, qual interpretação melhor se adequaria dentro do todo legislativo.

Partindo desse ponto de vista, os defensores da união estável homoafetiva argumentam que o direito civil-constitucional, na forma concebida após a Constituição de 1988, possui uma série de disposições que vedam a utilização da orientação sexual dos indivíduos como critério de diferenciação para fins jurídicos. Nesse sentido, é comum invocar como referência regras relacionadas à igualdade jurídica dos cônjuges, a existência de modelos familiares não vinculados a relacionamentos heteroafetivos e a primazia dos princípios da afetividade e do livre planejamento familiar dentro da legislação pertinente ao direito de família.

Com base nesse espeque, os intérpretes que se filiam à corrente mais progressista consideram estar suficientemente demonstrado que qualquer interpretação que negue às relações homoafetivas o caráter familiar certamente implicará desarmonia com restante das normas referentes à matéria.

Este argumento foi especialmente reforçado após a edição da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que inovou ao apresentar um conceito de família que não mais se baseia na enumeração dos tipos familiares, mas nos elementos constitutivos presentes em qualquer entidade familiar. Preceitua o referido diploma normativo:

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
> [...]
> II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por *laços naturais*, por *afinidade* ou por *vontade expressa;*
> [...]
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo *independem* de orientação sexual. (Grifos acrescidos)

Contudo, os que se opõem ao entendimento de que a união homoafetiva constitui entidade familiar asseveram que as disposições da Lei Maria da Penha são específicas e não podem ser entendidas como regra geral do sistema. Ademais, afirmam que, ao determinar que a lei facilite a conversão da união estável em casamento, não seria possível estender os seus efeitos à união homoafetiva, pois igualmente não seria possível, de acordo com as demais normas do ordenamento, o casamento homoafetivo.

Assim, postulam no sentido de que a atuação do Legislativo seria elemento imprescindível para que a união homoafetiva alcançasse o *status* jurídico de entidade familiar, pois a extensão do conceito de união estável pela via jurisprudencial provocaria anomalias no sistema e implicaria uma perda na objetividade conceitual deste instituto. Sobre a imprescindibilidade da atuação legiferante, exemplificativamente:

> A heterossexualidade é a essência do casamento. Tanto que a melhor doutrina entende ser ato inexistente a união que se oficialize entre pessoas do mesmo sexo. O mesmo entendimento aplica-se à união estável, logo, *enquanto não houver lei que reconheça tal direito*, não pode o julgador, cuja tarefa é aplicar a norma posta, ignorar os limites legais para tutelá-lo.
> [...]
> Não há, em nosso ordenamento jurídico, amparo legal à união estável homoafetiva, o que impossibilita ao Judiciário acatá-la, *sob pena de funcionar com o legislador positivo*, em afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes. (Voto vencido do Des. Francisco Vicente. Apelação 0153073-17.2008.8.26.0000, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 11ª Câmara de Direito Público, data de julgamento: 27/04/2009, grifos acrescidos)

Após esta breve análise, em que identificamos as principais controvérsias suscitadas nos debates realizados pelos tribunais estaduais brasileiros, consideramos estar suficientemente descrita a situação em que se encontrava a jurisprudência pátria sobre as uniões homoafetivas no período anterior ao julgamento da ADI 4.177, pelo que podemos passar a avaliar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da referida ação.

3 Avaliação da decisão do Supremo Tribunal Federal

A discussão relativa às uniões homoafetivas chegou ao Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, por meio da ADI 3.300,[11] proposta pela Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo. Naquela ação, questionava-se a interpretação ordinariamente adotada pelos tribunais brasileiros acerca da Lei das Uniões Estáveis (Lei n. 9.278/96), na qual somente se incluía os relacionamentos heteroafetivos. Contudo, o Código Civil de 2002 revogou o ato normativo impugnado, pelo que a ação foi extinta sem resolução do mérito em razão da perda superveniente do objeto.

Contudo, a matéria foi novamente suscitada por ocasião da ADPF 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em face do Estatuto dos Servidores Civis do estado e das decisões proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas, que negavam às uniões homoafetivas os direitos pacificamente reconhecidos aos casais em união estável. Subsidiariamente, o autor pleiteou o recebimento da ADPF como ADI, a fim de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, conversão que foi promovida pelo relator.

Por fim, o Procurador-Geral da República propôs nova ADPF, que ao ser analisada pelo Ministro Gilmar Mendes, no exercício da presidência do tribunal, foi convertida na ADI 4.277. Na referida ação, a Procuradoria requereu que o Supremo Tribunal Federal declarasse: "a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre

pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo".

As duas últimas ações de controle abstrato de constitucionalidade foram reunidas sobre a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto e julgadas em conjunto pelo Plenário da Corte Constitucional nos dias 4 e 5 de maio de 2011.

Inicialmente é preciso enfrentar os óbices que normalmente se invocam contra a possibilidade de a Corte Constitucional enfrentar matéria de tamanha densidade e relevância social. Em regra, os opositores da tramitação do tema pela via judicial reclamam que o Poder Judiciário não poderia escrever direitos fundamentais, substituindo a vontade do poder constituinte originário, que optou por não regular o assunto em debate e deixá-lo sob a análise do legislador ordinário.

Essa questão foi especialmente enfrentada no julgamento, sendo possível encontrar a síntese da conclusão emanada do Supremo Tribunal Federal neste trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes:

> Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que *melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema*, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Mas é verdade, também, que o quadro que se tem, como já foi aqui escrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias que não valem, que não devem ser aqui rememoradas, nós conseguimos então identificar.
> É evidente, também, me parece, que aqui nós não estamos a falar apenas, Senhor Presidente, da falta de uma disciplina que permita o desenvolvimento de uma política pública. *Nós estamos a falar, realmente, de direitos fundamentais básicos.* (Grifos acrescidos)

Em verdade, há dois argumentos principais invocados para justificar o papel da Corte no processo decisório da questão em análise.

O primeiro deles surge a partir da constatação de que o problema colocado em julgamento refere-se a uma questão principiológica. Como sabido, os princípios constitucionais ocupam papel de destaque no mundo jurídico e não possuem condições determinadas para sua aplicação. Dessa forma, a matéria submetida à análise da Corte consiste justamente em, a partir de determinada situação fática, reconhecer se os princípios invocados são ali aplicáveis.

Em verdade, discutir a aplicação de princípios é a tarefa que assume maior grau de importância nas Cortes Constitucionais ao redor do mundo, configurando-se como verdadeira questão de direito. Nesse aspecto, depreende-se do voto da Ministra Cármen

Lúcia, fazendo referência a Bobbio, cuja discussão não se pauta pela conquista de novos direitos, mas pela efetivação de direitos já conquistados.

Em segundo lugar, a não atuação do legislador é identificada como situação causadora de uma proteção insuficiente aos direitos fundamentais dos casais homoafetivos, o que reclama a atuação da Corte. Conforme apontado pelo Ministro Joaquim Barbosa, a inércia legislativa causou um insustentável descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do direito, hipótese na qual "as Corte Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do direito e a sociedade".

Outro aspecto importante no qual o Supremo Tribunal Federal teve de se debruçar foi a discussão acerca da adequada técnica de decisão em controle de constitucionalidade aplicável ao caso.

Evidentemente, a simples declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade não seria suficiente, pelo contrário, geraria efeitos desastrosos.[12] De fato, é nítido que a pretensão dos interessados que suscitaram a atuação da Corte não era ver declarada a inconstitucionalidade do dispositivo do Código Civil que rege as uniões estáveis, mas a de possibilitar que esta norma fosse interpretada de forma abrangente o suficiente para incluir as uniões homoafetivas.[13]

Contudo, o pedido de interpretação conforme a Constituição, formulado nas ações diretas de inconstitucionalidade, encontrou no mínimo dois obstáculos.

Inicialmente, contata-se que o texto infralegal questionado é mera repetição daquilo que consta no próprio texto da Constituição. Assim, sendo certo que jamais se admitiu em nosso sistema jurídico a possibilidade da inconstitucionalidade do texto constitucional originário,[14] o Tribunal estaria realizando, indiretamente, interpretação da Constituição conforme a Constituição.

Por segundo, sabe-se que a interpretação conforme a Constituição parte das interpretações possíveis em um texto com múltiplos sentidos para escolher quais dessas interpretações são, ou não, constitucionais. Contudo, no caso em análise, partiu-se de um texto com linguagem extremamente clara para atribuir-lhe uma interpretação que dificilmente poderia ser considerada entre "sentidos possíveis" da norma.

Ante a esses problemas, a Corte Constitucional necessitou construir argumentativamente uma solução, cujo centro consta no voto do Ministro Gilmar Mendes. Ao analisar a questão, o ministro acentuou a dificuldade técnica da decisão, afirmando que "não é necessário muito esforço hermenêutico para se constatar, de pronto, que o pedido, tal como formulado, poderia suscitar sérios questionamentos quanto aos limites da interpretação conforme a Constituição".

O julgador então avalia que, em muitos casos, o Supremo Tribunal Federal não distingue claramente entre a interpretação conforme a Constituição, limitada negativamente pelos sentidos literais do texto, e a "decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador", buscando, por quaisquer dessas técnicas, solucionar a inconstitucionalidade no caso concreto.

Dessa forma, conclui o Ministro, o papel da Corte Constitucional está se distanciando do dogma do legislador negativo e dirigindo-se à linha jurisprudencial das decisões interpretativas com efeitos aditivos. De toda a sorte, a solução apresentada é incompleta, não sendo possível delimitar com clareza os limites da atuação da Corte ao interpretar a Constituição, seja pela interpretação conforme ou pela interpretação aditiva.

No mérito, os fundamentos adotados exprimiram razoável consenso, havendo, contudo, substancial diferença nas conclusões a que chegaram os julgadores.

O eixo da decisão está na argumentação sistêmico-principiológica. De fato, a Corte acentua o caráter sistêmico da Constituição a fim de evidenciar a contradição existente entre a literalidade do art. 226, § 3º, do texto constitucional e o restante do diploma normativo, sobretudo quando se confere ao referido dispositivo uma interpretação que objetive excluir a possibilidade de existência de um modelo familiar que abrigue as relações homoafetivas. A partir desse contraste, os ministros promovem uma compatibilização hermenêutica, utilizando-se primordialmente dos princípios constitucionais.

O próprio desenvolvimento do instituto familiar, trazido ao debate como argumento histórico pelo Ministro Marco Aurélio,[15] reforça a compreensão de que a atual Constituição da República, que promoveu expressivos avanços no campo da pluralização dos modelos familiares, não poderia tornar-se uma cláusula de barreira para o desenvolvimento de um processo por ela mesmo impulsionado.

Acerca dessa mudança no paradigma familiar, destacou o Ministro Luiz Fux:

> Dessa forma, o conceito constitucional pós-1988 de família despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão-somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, não pode haver compreensão constitucionalmente adequada de família que aceite o amesquinhamento de direitos fundamentais.

É justamente a partir dessa perspectiva que o Supremo Tribunal Federal aplicou ao caso os princípios da igualdade, da liberdade e da não discriminação.

Se, por certo, os princípios são normas que orientam a interpretação das regras do ordenamento, a aplicação da regra em agressão frontal a princípios aos quais ela se subordina gera uma incongruência que deve ser solucionada interpretativamente para correta aplicação do direito ao fato. Este processo, para além da simples subsunção, exige uma construção argumentativa da premissa normativa.

Assim, ante a insegurança jurídica gerada pelas excessivas decisões contraditórias concernentes à matéria, o Supremo Tribunal Federal buscou exercer, além do papel de Corte Constitucional, a função de instância superior do Poder Judiciário responsável pela uniformização da jurisprudência constitucional, conforme o modelo de organização da jurisdição adotado pela Constituição de 1988.

Há, dessa forma, um componente institucional na decisão prolatada, fato confirmado pela eficácia *erga omnes* e pelo efeito vinculante conferido por lei às decisões em controle concentrado de constitucionalidade, como ocorre na hipótese.

Contudo, a despeito da aparente convergência entre o entendimento dos membros do Tribunal, a conclusão alcançada por cada um dos ministros não foi idêntica. As margens amplas que possui o instituto da interpretação conforme à Constituição torna possível uma variedade de soluções com diferenças não muito abordadas, mas que necessitam ser ressaltadas.

Houve consenso entre os julgadores de que as relações homoafetivas são um fato da vida que, sob pena de ofensa a princípios constitucionais, devem ser tuteladas pelo direito por meio da disciplina que rege as relações familiares. Entretanto, no momento de determinar quais normas específicas devem incidir sobre essas relações, surgiu uma significante divergência.

A primeira opinião, que consta do voto relator, defende que a tutela jurídica das uniões homoafetivas deve ser dar "segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva". Segundo esse entendimento, como decorrência direta do julgamento da Suprema Corte, os casais homoafetivos adquiririam direito à totalidade do regime jurídico aplicável à união estável, inclusive quanto às suas consequências, o que inclui a possibilidade de conversão em casamento e a adoção conjunta.

Nessa linha de pensamento, a Corte estaria a promover uma *analogia perfeita*, criando a possibilidade de uma união estável homoafetiva a partir da aplicação direta dos princípios constitucionais. Tratar-se-ia, portanto, de uma mutação no instituto da união estável.

De outro lado, na linha inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, defende-se que o papel da Corte seria o de afastar qualquer interpretação que tente utilizar a Constituição para negar reconhecimento jurídico às uniões homoafetivas. Dessa forma, abrir-se-ia a possibilidade de uma *integração analógica* dessas relações com a união estável "apenas naquilo em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto".

Essa opinião foi corroborada pelos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Esse último, ao proferir seu voto, ressaltou:

> De modo que, na solução da questão posta, a *meu ver e de todos os Ministros da Corte*, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. *Mas nem todas*, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos de equiparação, e equiparação porque não há, na verdade, igualdade, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza

> extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual. (Grifos acrescidos)

A despeito da controvérsia, todos os ministros votaram com o Relator, proclamando-se como resultado do julgamento que "Os ministros desta Casa de Justiça, ainda *por votação unânime*, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união heteroafetiva" (Grifos acrescidos)

A ausência de um debate mais incisivo sobre as divergências laterais provocou a perpetuação da incerteza acerca do correto regime jurídico aplicável às uniões homoafetivas. Embora a decisão da Corte Constitucional determine expressamente a adoção das mesmas regras e das mesmas consequências previstas para a união estável, grande debate se instaurou na doutrina e na jurisprudência acerca do alcance desta decisão.[16]

Portanto, certo é que o Tribunal deveria ter se debruçado melhor sobre o tema, proferindo uma decisão tecnicamente mais precisa e menos vaga. Naquele momento, deveriam ter sido analisadas cada uma das consequências diretas da equiparação entre as uniões homoafetivas e as uniões estáveis, evitando assim a contraditória conclusão de que o julgamento foi unânime, mas divergente.

Ao que tudo indica, a decisão do Supremo Tribunal Federal não foi terminativa, mas apenas um primeiro posicionamento da Corte sobre a matéria, que ainda gerará muitos debates no Pretório Excelso.

Com efeito, observa-se que um novo capítulo deste romance será escrito em breve, no julgamento da ADI 4.966/DF. Nessa ação será discutida a constitucionalidade da Resolução n. 175 do Conselho Nacional de Justiça,[17] que, fundamentando-se na decisão que acabamos de avaliar, tornou obrigatória às autoridades competentes a celebração de *casamento civil* entre pessoas de mesmo sexo.

A Corte, enfim, será provocada a responder, de forma direta, se é possível extrair de seu julgamento anterior a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Esta nova ação está sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que, considerando a relevância da matéria, adotou o procedimento abreviado para o julgamento da controvérsia. É interessante perceber que, ao votar na ADI 4.277, o Ministro Gilmar salientou:

> Neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável, *naquilo que for cabível*,

> nos termos da fundamentação aqui apresentada, *sem me pronunciar sobre outros desdobramentos*. (Grifos acrescidos)

De fato, o julgamento gerou seus naturais desdobramentos e agora a Corte é chamada a se pronunciar de forma mais direta e clara sobre eles. Enquanto isso, o regime jurídico das uniões homoafetivas permanece entre debates e contradições, aguardando que o Supremo Tribunal complete sua decisão e esclareça exatamente o que significa "naquilo que for cabível".

Conclusões

As uniões homoafetivas, embora sejam fatos sociais recorrentes, não recebem no ordenamento jurídico brasileiro qualquer tratamento normativo. Assim, as controvérsias em torno do tema, em consequência da inércia legislativa, provocam grandes discussões no âmbito judicial.

Em um primeiro momento, a posição jurisprudencial negava qualquer efeito jurídico à união homoafetiva, classificando-a como um "nada jurídico". Qualquer pretensão fundada nesse tipo de relação nem sequer era discutida, por considerar-se um pedido juridicamente impossível.

A crescente aprovação social a este tipo de relacionamento, bem como o avanço do princípio da não discriminação, provocou a abertura do direito ao reconhecimento das uniões homoafetivas como relações aptas a gerar efeitos jurídicos. Tendo em vista a falta de regulamentação específica, os tribunais passaram a integrar o ordenamento por meio de processos analógicos.

A partir da interpretação literal dos dispositivos que tratam da família e da concepção tradicional de entidades familiares, as uniões homoafetivas foram tuteladas como sociedades de fato, sendo regidas pela disciplina contratual e sujeitas à jurisdição civil contenciosa.

Na última década, com o impacto da constitucionalização do direito de família e o desenvolvimento de ferramentas teóricas como o princípio da afetividade, houve uma tentativa de deslocar a matéria relativa às uniões homoafetivas para o campo do direito de família por meio da equiparação dessas entidades com a união estável heteroafetiva, tese que encontrou bastante resistência, iniciando um intenso debate argumentativo.

Nesse contexto, os tribunais brasileiros adotaram posicionamentos divergentes uns com os outros, e entre seus próprios julgados, ao decidir sobre a matéria. Da mesma forma, a doutrina possuía defensores em ambos os lados, não havendo qualquer inovação legislativa significativa acerca do tema.

Um intenso debate foi travado entre os defensores do argumento literal, que defendiam uma interpretação estrita das disposições acerca da união estável, e os que se posicionavam por uma argumentação princípio-sistêmica, que com base em princípios

constitucionais como a igualdade e a liberdade atribuíam uma interpretação ampla a tais disposições, a fim de abranger as uniões homoafetivas.

Em ambas as correntes havia um apelo ao argumento teleológico, pois os representantes de cada corrente interpretativa buscavam, uns pela literalidade e outros pela organicidade, encontrar a real intenção da norma constitucional que criou a união estável.

O impasse entre os dois posicionamentos não foi superado pelo decurso do tempo, razão pela qual a Corte Constitucional foi provocada, por meio de uma Ação Direta de Constitucionalidade, a pacificar o entendimento acerca do art. 226, IV, da Constituição Federal.

No julgamento da ADI 4.277, em conjunto com a ADPF 132, o Supremo Tribunal Federal, após enfrentar questões relativas à legitimidade para atuar na matéria, posicionou-se a favor de uma interpretação mais ampla do referido dispositivo, rechaçando expressamente o argumento literal e afastando a analogia da união homoafetiva com uma simples sociedade de fato.

Destaca-se na decisão da Corte Suprema a consolidação de uma nova perspectiva da família e da sua função na sociedade, que se volta para a plena realização dos direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana. Além disso, é nítido no julgamento o entendimento de que o direito à liberdade alberga o direito ao livre planejamento da vida familiar, devendo cada qual constituir sua família da forma que melhor propicie o desenvolvimento de seus membros a partir do afeto mútuo.

Entretanto, no que tange especificamente ao regime legal que deve ser aplicado às uniões homoafetivas, embora o tribunal tenha declarado que o reconhecimento jurídico dessas uniões deveria ser feito com as mesmas regras e consequências da união estável, os desdobramentos dessa conclusão evidenciaram a imprecisão do comando dispositivo da decisão.

De fato, não houve unanimidade para afirmar que o regime jurídico das uniões estáveis é plenamente aplicável às uniões homoafetivas. No entanto, não existe um pronunciamento claro sobre em quais pontos é possível, ou não, aplicar a interpretação analógica. Assim, o tribunal certamente será provocado a esclarecer sua jurisprudência, definindo com maior precisão o verdadeiro sentido e o real alcance de seu julgado.

NOTAS

***** Artigo elaborado em conclusão ao Programa de Iniciação Científica da Universidade de Brasília (ProIC/UnB) – 2013, sob orientação e coautoria de professor.

1 Manuel Atienza assinala que a *análise* de uma decisão objetiva compreender a estrutura dos argumentos utilizados por ela, ao passo que a *avaliação* parte dessa compreensão e busca que se assuma uma postura crítica a respeito dos argumentos adotados: *"el análisis de una argumentación suele ser el paso previo a su evaluación. Necesitamos (o queremos) entender la argumentación que otro ha hecho para así poder evaluarla y adoptar alguna actitud al respecto: aceptar que la decisión así argumentada está justificada, discrepar de la misma y escribir un artículo doctrinal mostrando por qué se trata de una argumentación equivocada, plantear un recurso 'explotando' precisamente los errores argumentativos de la decisión, etc."* (ATIENZA, 2013, p. 484)

2 Acerca do tratamento jurídico atribuído às uniões homoafetivas ao redor do mundo: Atkin (2011).

3 Registre-se que durante a pesquisa foram encontrados atos normativos que tratavam das uniões homoafetivas, sobretudo no que toca aos direitos previdenciários e dos servidores públicos. Porém, no que tange ao direito civil propriamente dito, cuja competência legislativa é constitucionalmente atribuída ao Congresso Nacional, não houve qualquer ação efetiva. *Vide* Lei estadual n. 5.260/2008 do Rio de Janeiro (arts. 14 ss.) e Lei estadual n. 13.549/2009 de São Paulo (art. 5º)

4 Nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, as decisões do Supremo Tribunal Federal, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, possuem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

5 Os embargos declaratórios, por constituírem meio recursal voltado à solução de contradições, omissões ou obscuridades no acórdão embargado, não acrescentam, em regra, nenhum conteúdo novo à decisão. Contudo, na excepcional hipótese de um recurso desse tipo ter sido provido com efeitos modificativos, alterando o resultado da decisão anterior, considerou-se, para efeitos da pesquisa, uma nova decisão.

6 Apelação 4845559-52.2009.8.13.0024, data de julgamento: 25/11/2009.

7 "Encontra-se presente a possibilidade jurídica do pedido quando o ordenamento jurídico *não veda* o exame da matéria por parte do Judiciário. [...] Constitui erro grosseiro argumentar que o pedido do autor é juridicamente impossível porque o direito material não o ampara. Se o direito não ampara a pretensão, o caso é de *improcedência*." (DONIZETTI, 2007, p. 24-25, grifos acrescidos)

8 Apelação 2007.032992-5, data de julgamento: 18/03/2008.

9 Nem sempre os acórdãos são claros na fundamentação que apoiam suas conclusões. Considerou-se a decisão favorável à equiparação sempre que, de alguma forma, o tribunal reconheceu o caráter familiar das uniões homoafetivas e lhes aplicou alguma disposição normativa referente à união estável.

10 Apelação Cível 2008.01.1.129519-6, data de julgamento: 25/08/2010.

11 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3300&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 30/06/2013.

12 Trata-se da técnica básica do controle de constitucionalidade brasileiro, que consiste no reconhecimento da incompatibilidade da norma infraconstitucional frente à Constituição e, por consequência, sua retirada do ordenamento jurídico com efeitos *ex tunc*.

13 A própria petição inicial da ADI 4.277 apresenta de forma clara o pedido de interpretação conforme à Constituição, portanto, sem declaração de nulidade.

14 *Vide* a ADI 4.097, na qual se indeferiu a petição inicial de ação direta em face de norma do texto constitucional originário. O pedido foi julgado juridicamente impossível.

15 Após um apanhado acerca do desenvolvimento histórico do instituto familiar, concluiu o Ministro Marco Aurélio: "O processo evolutivo encontrou ápice na promulgação da Carta de 1988. O Diploma é o marco divisor: antes dele, família era só a matrimonial, com ele, veio a democratização – o reconhecimento jurídico de outras formas familiares".

16 A esse respeito, confira-se o capítulo referente à união estável em Diniz (2012).

17 "Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação." (Resolução n. 175 do CNJ)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
ATKIN, Bill (Org.). *The international survey of family law*. Bristol: Jordan Publishing Limited, 2011.
BRASIL. *Código Civil brasileiro*. Congresso Nacional, 2002.
_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Assembleia Nacional Constituinte, 1988.
DIAS, Maria Berenice. *União homossexual:* o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.
DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direto Civil brasileiro:* Direito de Família. 27. ed. São Paulo Saraiva, 2012. v. 5
DONIZETTI, Elpídio. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro:* Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2009.
LÔBO, Paulo. *Direito Civil:* famílias. São Paulo: Saraiva, 2011.
MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2005.
TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Claudia Rosane Roesler

croesler@unb.br | Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo
Professora adjunta na Universidade de Brasília

Paulo Alves Santos

pauloas-22@hotmail.com | Graduando em Direito na Universidade de Brasília |

RECEBIDO EM 01.10.2013 | APROVADO EM 01.12.2014

DOIS LADOS DA MESMA MOEDA: O TEMPO NO STF

Carlos Henrique Borlido Haddad e Lucas Bacelette Otto Quaresma

TWO SIDES OF THE SAME COIN: THE TIME IN STF

RESUMO

O artigo situa-se no Direito Processual Penal e consiste em pesquisa empírica com objetivo de identificar os critérios utilizados pelo STF para distinguir o excesso de prazo na formação da culpa da razoável duração do processo. Examinaram-se 229 acórdãos proferidos em julgamentos de *habeas corpus* nos anos de 1991/1992, 2001/2002 e 2011/2012 e foram selecionados aqueles em que era possível identificar a duração da prisão provisória. Foi notado aumento do prazo da prisão provisória ao longo dos anos, mas se constatou que o tempo não é o principal fator para separar prazo razoável do excesso de prazo. A gravidade da infração e a complexidade do processo pesam como critérios preponderantes. O STF não adota limites temporais precisos para reconhecer o excesso de prazo e a análise mostra-se casuística a ponto de processos mais longos serem classificados como de duração razoável.

PALAVRAS-CHAVE

Processo penal; STF; prisão; prazo razoável; excesso de prazo.

ABSTRACT

The paper deals with the field of Criminal Procedure and reports empirical research whose goal was to identify the criteria used by the STF to distinguish undue delay vs. reasonable time in criminal cases. A total of 229 habeas corpus decisions were analyzed which had been ruled on during the periods 1991-1992, 2001-2002 and 2011-2012. Cases in which it was possible to determine the length of the detention times were selected for analysis. An increase of time spent in jail over the years was noticed, but it was found that time was not the main factor in distinguishing undue delay or reasonable duration. The complexity of the cases and the gravity of the crimes were preponderant factors. The STF doesn't adopt specific limits to recognize undue delay and the decisions were made in a casuistic way. Therefore, some cases without a decision for many years were classified as cases decided within a reasonable time.

KEYWORDS

Criminal procedure; STF; detention; reasonable time; undue delay.

Introdução

7 anos, 4 meses e 17 dias não é pouco tempo.

O período é superior à duração de todos os mandatos eletivos brasileiros, à exceção do de Senador. O plano de metas de Juscelino Kubitscheck – 50 anos em 5 – também era mais curto e nesse lapso temporal consegue-se graduar nos mais variados cursos superiores, do Direito à Medicina. Corresponde a pouco mais do que a décima

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201427

parte da expectativa de vida do brasileiro, mas sob o olhar do STF foi tachado de razoável. Ao julgar o *Habeas Corpus* n. 109.349,[1] em que se sustentava excesso de prazo na formação da culpa, o tribunal denegou a ordem e expressou que o trâmite processual se dava de maneira razoável, a despeito de o acusado permanecer preso por 7 anos, 4 meses e 17 dias sem julgamento em primeira instância.

As peculiaridades do caso penal analisado talvez expliquem o teor da decisão, mas também fazem surgir a questão em torno do que se conceitua como razoável duração no âmbito processual penal. Como avaliar se a duração do processo, em que o acusado aguarda o julgamento preso, mostrou-se excessiva ou dentro de parâmetros aceitáveis?

Para responder essa pergunta e procurar critérios que diferenciam o excesso de prazo na formação da culpa do prazo razoável, realizou-se pesquisa na jurisprudência do STF com específicos cortes temporais. Escolheram-se as decisões do STF como objeto de investigação porque o tribunal, por ocupar o último posto na hierarquia de instâncias judiciais, examina questões atinentes a processos criminais que contam com maior duração temporal. Foram analisados acórdãos de *habeas corpus* julgados em 1991/1992, 2001/2002 e 2011/2012, com o objetivo de verificar a evolução da percepção do tribunal sobre a aludida diferenciação. O procedimento de coleta de dados foi feito pela ferramenta de pesquisa *on-line* de jurisprudência do site do STF (www.stf.jus.br) e se utilizaram como parâmetros os termos "excesso prazo penal", que abrangiam o tema central investigado, seja para refutar ou confirmar sua ocorrência. Como critério de inclusão, selecionaram-se os bancos de dados de acórdãos e repercussões gerais, o que significa que súmulas e decisões monocráticas foram excluídas da pesquisa.

A amostra total está representada por 229 acórdãos, os quais foram lançados em planilhas do *Microsoft Excel* e classificados de acordo com as seguintes informações: (1) número do processo; (2) nome do relator; (3) termo inicial e final da prisão; (4) tipificação penal; (5) se houve ou não deferimento de liminar; (6) teor do parecer do Ministério Público; (7) número de réus; (8) resultado do julgamento; e (9) argumentação. A principal variável está representada pelo item 3, relacionada ao tempo de duração da prisão processual. Elaboraram-se três planilhas para cada série temporal, a fim de medir as variáveis a intervalos de tempo (BRACARENSE, 2005, p. 33): uma contendo os acórdãos em que a ordem foi concedida, outra com aqueles em que houve denegação e a terceira contendo os números de todos os acórdãos identificados, mas que foram excluídos da composição da pesquisa. Programou-se a planilha para fornecer o exato tempo de permanência na prisão, medido em dias, por meio da elaboração de células que calculavam a duração do encarceramento com base nas datas iniciais e finais extraídas dos julgados. Identificada a duração da prisão em cada processo, escolheu-se como medida de tendência central apenas a média aritmética, calculada pela soma dos valores individuais, dividida pelo número total de processos.

A mediana e a moda, embora pudessem demonstrar a distribuição (as)simétrica da variável principal da pesquisa, não foram adotadas em razão da possibilidade de o pequeno conjunto de dados nos primeiros cortes temporais gerar associações aleatórias não detectadas em conjuntos maiores. Além disso, foi reconhecido que a média aritmética possui as melhores propriedades de um estimador (BRACARENSE, 2005, p. 48).

Os critérios de exclusão do procedimento amostral ativeram-se aos acórdãos que não tratavam de *habeas corpus*, mas de outras ações ou recursos; que não foram conhecidos no que tange à alegação de excesso de prazo, por motivos variados (supressão de instância, aplicação das súmulas 21 e 52 do STJ etc.); aqueles em que, com base nas informações constantes do inteiro teor do acórdão, não se pôde aferir o tempo de prisão do paciente; e ainda os processos em que o paciente não se encontrava preso.

O tamanho final da amostra consolidou-se em 85 acórdãos, que foram efetivamente analisados para aferir o posicionamento do STF acerca dos dois lados da mesma moeda: excesso de prazo na formação da culpa e prazo razoável.

1 Tempo e Processo

Qual é a medida do tempo?

A resposta à questão pode não ser tão singela.

Notoriamente, o tempo é medido pelo movimento dos astros no céu ou pelos ritmos biológicos do corpo humano, a que se liga a ideia de um tempo exterior e homogêneo, no qual nos encontramos imersos e do qual só nos restaria fragmentar o desenvolvimento em períodos fixos. Também pode ser apreendido pelo ângulo da percepção mais imediata, mais subjetiva, em que seria aferido de acordo com a vivência de uma experiência individual (OST, 2005, p. 19-20). A par do tempo como fenômeno físico ou como experiência psíquica, Ost percebe o tempo como produto de construção social, a que denomina temporalização, com poder de sedimentar concepções, valores e culturas. Esse aspecto cultural do tempo torna-se claro quando se observa a existência de diversas formas de contar o tempo (calendários), conforme a história de cada povo, cada qual com seu momento fundador distinto.

Para o autor, a sociedade avança a diversas velocidades e não faz mais do que duas décadas que testemunhamos substancial incremento na velocidade com que as coisas são feitas. O aperfeiçoamento dos sistemas de informática provocou percebida mudança na forma como as pessoas realizam transações financeiras, que vão desde o acesso a contas bancárias via internet, passando pela aquisição *on-line* de produtos até a transferência internacional de recursos. A distribuição de músicas e filmes sofreu profunda alteração. Informações estão disponíveis imediatamente sem origem física precisa. As comunicações globais tornaram-se instantâneas e realizadas por áudio e vídeo. Aparelhos portáteis substituíram dezenas de instrumentos e fazem às vezes de telefone,

agenda, rádio, câmera fotográfica e televisão em único e reduzido corpo. A instantaneidade e a imediatidade da vida moderna reduziram a dimensão da paciência e transformaram a espera em algo indesejado. Na economia globalizada, o sentido de tempo é dado por racionalidade de caráter material, pelo cálculo de custo/benefício e pelas expectativas de lucro com relação a um dado ciclo de rotação dos capitais (FARIA, 1997, p. 306).

No entanto, as mudanças experimentadas pelos processos judiciais possuem caráter apenas marginal. Nos tribunais, o tempo é associado ao garantismo processual, forjado como instrumento de organização social e controle da dinâmica dos processos judiciais. A legislação processual penal continua sendo basicamente regida pelo tempo diferido, isto é, por etapas que se articulam de maneira sucessiva, por fases que se sucedem cronologicamente. A tramitação prevista nas leis de processo e enraizada nas rotinas e cultura judiciária é uma tramitação que tem o seu lastro na cultura do papel, assente em despachos judiciais extensamente fundamentados, em sentenças de várias páginas, que repetem a base instrutória, os fundamentos das partes, extensa doutrina; e em articulados e requerimentos das partes bastante longos, com cansativa repetições de fatos e de argumentação jurídica (SANTOS, 2008, p. 131). Conquanto todos os tribunais mantenham informações disponíveis em ambientes virtuais e alguns já tenham substituído papel por monitor, o processo judicial permanece praticamente o mesmo. O Código de Processo Civil remonta a 1973 e o Código de Processo Penal foi elaborado na década de 1940, com pequena maquilagem no último lustro. Não há dúvida de que a população do século passado possuía outras expectativas de tempo, percepções de eficiência e sentidos de vida. Não seria surpresa que hoje nutrissem esperança em ver resolvido o processo judicial em escasso período de tempo, a reforçar a desconexão entre o ritmo da vida na economia globalizada e o andamento do sistema judicial brasileiro.

Nenhuma das outras responsabilidades na administração de tribunais, tais como a gestão de pessoal, o gerenciamento financeiro e o arquivamento de documentos, é tão direta e estritamente relacionada ao objetivo básico do Poder Judiciário do que a redução do atraso no andamento dos processos (STEELMAN, 2008, p. 1). No âmbito penal, a perpetuação do processo além do tempo necessário para assegurar os direitos fundamentais do acusado converte-se na principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o réu possui (BADARÓ, LOPES JR., 2006, p. 8). Se o processo penal é instrumento de efetivação das garantias constitucionais, no qual se assegura ao acusado mecanismos de proteção contra atos arbitrários por parte do Estado, observa-se que a tutela não se faz completa se a tramitação processual se estende por tempo desarrazoado. Afirmar que a instauração do processo criminal é a certeza que o indivíduo tem de que seus direitos serão respeitados (RANGEL, 2012, p. 505) somente seria exatamente verdadeiro se, no curso da ação penal, não houvesse lentidão excessiva na constatação da culpabilidade.

É universal a tendência das legislações em acelerar o processo, seja estabelecendo limites temporais normativos para a conclusão do julgamento, seja prescrevendo regras que estimulem a obtenção de celeridade. A Constituição Federal de 1988 dispõe que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII). O dispositivo, com similar previsão no art. 111 da Constituição italiana, que assegura a *ragionevole durata*, não se fez acompanhar por regulamentação ordinária correspondente. Ao contrário do país peninsular, onde se editou a *Legge Pinto* (Lei n. 89, de 24 de março de 2001) para tentar solucionar as muitas demandas em que figurava como réu no Tribunal Europeu de Direito Humanos (TEDH), não há norma específica no Brasil que vise a tornar efetiva a disposição constitucional. Segundo Rangel (2012, p. 44), trata-se de norma programática, que não possui instrumentalidade efetiva. Se não há divergências na doutrina sobre o enquadramento do direito ao prazo razoável, que significa o direito a uma justiça tempestiva, o direito ao processo sem dilações indevidas (BADARÓ, LOPES JR, 2006, p. 17), o conceito não é objetivamente fornecido pela lei brasileira e necessita ser construído pelos tribunais.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) trilhou esse caminho ao identificar a mora judicial nas diversas ações que tramitaram nos sistemas judiciários de variados Estados e contribuiu para disseminar parâmetros para definição da razoável duração do processo. A corte possui experiência muito grande a respeito do julgamento de demandas indenizatórias, propostas por cidadãos europeus contra os respectivos países, por atrasos do sistema judicial. Para o TEDH, a noção de dilação processual indevida remete a conceito indeterminado, cujo conteúdo é obtido mediante a aplicação de critérios objetivos às circunstâncias específicas de cada caso (KOEHLER, 2013, p. 91). Os critérios empregados pelo tribunal são: (1) a complexidade do processo; (2) o comportamento da parte lesada; (3) o comportamento das autoridades envolvidas no processo; (4) e o interesse em jogo para o demandante da indenização.

Os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo criminal, sem atropelo de garantias fundamentais, estão calcados no respeito à dignidade do acusado, no interesse probatório, no interesse coletivo no correto funcionamento das instituições e na própria confiança na capacidade da justiça de resolver os assuntos que a ela são levados (BADARÓ, LOPES JR., p. 14, 2006). Os interesses em jogo são relevantes, mas, a despeito disso, não há medida certa para determinar o prazo razoável do processo criminal. A duração prolongada da prisão processual é análoga à perenidade da memória punitiva de que fala Ost (2005, p. 100), em que castigar significa, antes de tudo, recordar. No entanto, não é papel do processo penal castigar o acusado e a indeterminação da prisão cautelar apenas indicia que o processo penal brasileiro peca em ser instrumento para veicular garantias.

Por meio da presente pesquisa, pretende-se apurar quais critérios são adotados pelo STF para identificar a mora do sistema judiciário criminal. Tenciona-se verificar

se existem limites temporais objetivos, estabelecidos pelo tribunal, para a finalização dos processos criminais ou se, a exemplo do TEDH, são utilizados critérios maleáveis para identificar no caso concreto quando o prazo de duração se avulta intolerável.

2 Resultados Quantitativos

A busca no repositório de jurisprudência identificou 165 acórdãos no período mais recente, que compreende o biênio 2011/2012. Do total, apenas 60 interessam ao objeto do trabalho. Destes, em 27 a ordem foi denegada e, em 33, concedida. Os demais que constaram dos resultados na plataforma de pesquisa de jurisprudência do site do STF foram descartados pelas razões expostas anteriormente. No período 2001/2002, o mesmo parâmetro de busca detectou 44 acórdãos, dos quais apenas 18 apresentaram relevância para a pesquisa. Em 14 *habeas corpus* a ordem foi denegada e em 4 ações, concedida. Por fim, no lapso bienal de 1991/1992, localizaram-se 20 acórdãos, embora apenas 7 interessassem à pesquisa, com 3 concessões e 4 denegações da ordem.

2.1 Tipo de crime

As infrações penais pelas quais os pacientes foram processados e que motivaram a alegação de excesso de prazo no STF são basicamente duas: tráfico ilícito de drogas e homicídio qualificado. Peculato, roubo, extorsão mediante sequestro e lavagem de dinheiro também figuram no rol de crimes, mas as infrações previstas no art. 33 da Lei n. 11.343/06 e no art. 121, § 2º, do Código Penal, com ou sem associação criminosa em ambos os casos, despontam em 69% dos *habeas corpus* em que foi possível identificar a capitulação jurídica constante da denúncia.

2.2 Número de réus

Nos 85 processos pesquisados nos três biênios, a multiplicidade de réus constitui a regra. Apenas em 6 ações (menos de 10%), havia um único réu no processo que tramitava nas instâncias inferiores. A quantidade de agentes varia consideravelmente e o HC 69.172/RJ, por exemplo, referia-se a processo em que foram denunciados 190 acusados. O número de 4 agentes, limite mínimo para configuração da quadrilha ou bando, anteriormente à Lei n. 12.850/13, foi o mais recorrente, apesar de não muito expressivo.

2.3 Relator

Houve grande diversidade em torno da atuação dos relatores nos processos em que se discutia o excesso de prazo na formação da culpa. Mas é interessante notar que, nos casos de concessão da ordem, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Marco Aurélio foram relatores, respectivamente, em 9 e 8 dos 33 acórdãos analisados no

biênio 2011/2012. Nos casos de denegação, os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes relataram 6 e 5 dos 27 acórdãos, respectivamente.

2.4 Liminar

É atribuição do relator do *habeas corpus,* em havendo fundamentos que o justifiquem, conceder medidas liminares. Nos 85 processos analisados, foram concedidas 12 medidas liminares, 10 das quais em feitos em que, ao final, ela foi confirmada. Em 2 processos, houve concessão da liminar, mas a ordem foi denegada posteriormente.

2.5 Parecer do Ministério Público

O regimento interno do STF (art. 192, § 2º) prevê a manifestação do Procurador-Geral da República nos processos de *habeas corpus*. Nos casos em que houve denegação da ordem, existe robusta identidade entre o teor do parecer e o resultado do julgamento. Dos 45 *habeas corpus* denegados apenas em 5 houve divergência, com parecer favorável à concessão. Por outro lado, a dissonância amplia-se nos 40 processos em que a ordem foi concedida, porque houve parecer contrário do Procurador-Geral em 23 feitos, o que corresponde a 57,5% dos casos.

2.6 Prazo de formação da culpa

Os dados mais importantes visados e que puderam ser apurados são os referentes à duração do processo criminal, cujo (suposto) excesso deu causa ao ajuizamento das ações de *habeas corpus*. Os resultados foram bem distintos em cada corte temporal com intervalo decenal. No biênio 2011/2012, a diferença da média de tempo em que a ordem foi concedida ou denegada em razão do excesso de prazo foi pouco expressiva. Nos processos em que a ordem foi denegada, a prisão provisória estendeu-se por 1229,40 dias em média; nos casos de deferimento, o prazo médio da prisão processual era de 1245,06 dias.

Os valores próximos da década de 2010 não foram notados no período 2001/2002. Nesta época, houve reconhecimento do excesso de prazo quando a prisão provisória durava 1056,25 dias, mas a ordem foi negada quando o prazo equivalia à média de 750,50 dias.

Por fim, as médias de tempo aferidas foram, pela primeira vez, invertidas: 748,50 dias para os *habeas corpus* em que se denegou a ordem e 435,67 dias de tempo médio de prisão que configurou excesso de prazo na formação da culpa, durante o biênio 1991/1992.

O prazo mais curto de sujeição à prisão processual que caracterizou excesso de prazo foi delineado no HC 82.506/SP, relatora Ministra Ellen Gracie, com duração de 142 dias. Em segundo lugar, posta-se o HC 69.172/RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Neste caso, a ordem foi concedida porque a ré já havia obtido decisão concessiva de liberdade provisória, posteriormente cassada pelo Tribunal de Justiça com

fundamento apenas nas acusações que lhe eram feitas. O prazo da custódia provisória foi de 238 dias. No outro extremo, além do HC 109.349/MG, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, mencionado no início do trabalho e que computava 2692 dias de prisão processual, pode ser citado o HC 98.620/RJ, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, em que, a despeito dos 2371 dias de custódia preventiva, a ordem foi denegada.

3 Resultados Qualitativos

A análise qualitativa considera os critérios empregados pelo STF para aferição do excesso de prazo na formação da culpa nos processos de réus presos. Procurou-se descrever os principais argumentos empregados pelo tribunal para conceder ou denegar a ordem de *habeas corpus*.

Durante o biênio 2011/2012, no qual há maior número de processos, em quase 100% dos casos em que se denegou a ordem, a expressão "complexidade do caso" foi mencionada no corpo do acórdão. Por seu turno, a definição de "complexidade" não é muito clara, mas é possível perceber que os processos em que há mais de um réu classificam-se, quase sempre, como complexos. Não existe definição precisa sobre qual seria o número mínimo de acusados para que o processo fosse considerado complexo e parece bastar a existência de mais de um agente.

Nos 33 *habeas corpus* em que o pedido foi deferido, 14 o foram apenas para que a autoridade coatora (normalmente Ministro Relator de *habeas corpus* no STJ) julgasse o feito que tramitava perante o tribunal superior por extenso lapso temporal. Nesses casos, a fundamentação do voto do ministro relator asseverava que se tratava de "situação excepcional", pois, normalmente, não caberia ao STF influir na pauta de julgamento de outros tribunais.

Nos biênios anteriores, a fundamentação para denegação da ordem é bem similar àquela adotada pelo STF nos julgamentos analisados no período de 2011/2012, principalmente a referência à "complexidade do processo" e o fato de a demora resultar de "comportamento da defesa". Quanto a este último aspecto, é digna de nota a referência a dois acórdãos que denegaram a ordem. No HC 80.855/RJ, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, a ordem foi denegada no tocante à alegação de excesso de prazo, sob fundamento de que o retardamento se devia ao comportamento da defesa que "insistia na oitiva do mesmo número de testemunhas que o MP". Entretanto, ao final, a ordem foi parcialmente concedida, não para relaxar a prisão do paciente, mas tão somente para garantir que a defesa pudesse arrolar a mesma quantidade de testemunhas indicadas pela acusação. Por seu turno, o HC 80.188/RJ tinha como relator o Ministro Marco Aurélio, que foi vencido, e trata de caso bastante peculiar: o impetrante alega excesso de prazo na formação de culpa em favor de paciente que aguardava julgamento em sede de protesto por novo júri. Os debates travados entre os ministros giraram em torno da questão da formação da culpa em caso de protesto

por novo júri, se a admissão do referido recurso conferiria ao réu o *status* anterior à condenação. Apenas o Ministro Marco Aurélio entendeu que prevaleceria a presunção de inocência, mas seus pares defenderam a tese de que, em caso de protesto por novo júri, não retornaria o réu à situação anterior à condenação. Cuidava de ato criminoso que envolveu extrema violência e gerou muita repercussão, conhecido como "Chacina de Vigário Geral", no qual houve mais de 21 homicídios qualificados consumados e outros 4 tentados.

Por fim, nota-se que tanto nos acórdãos de 1991/1992 quanto naqueles de 2001/2002, é comum um argumento definitivo para a denegação da ordem: o fato de o réu já ter sido pronunciado ou sentenciado, sem que tenha havido trânsito em julgado.

4 Análise De Resultados

O confronto e a interpretação dos resultados quantitativos e qualitativos permitem extrair conclusões que não se limitam à definição do limite temporal que dá ensejo ao excesso de prazo. É possível chegar a cinco conclusões: (1) Não há marco temporal para separar o prazo razoável do excesso de prazo; (2) Em algumas ocasiões, o *habeas corpus* é utilizado como catalisador processual; (3) Tanto maior é a duração da prisão processual, quanto mais grave for a infração; (4) O conceito de complexidade do processo é incerto; (5) O comportamento da defesa é sobrevalorizado para justificar a mora jurisdicional.

4.1 Não há marco temporal para separar o prazo razoável do excesso de prazo

Ao contrário do que se supunha, ao se falar de prazo razoável e excesso de prazo, o lapso temporal não é fator preponderante na classificação da duração dos processos criminais. No biênio 2011/2012, a diferença da média de tempo em que a ordem foi concedida ou denegada em razão do excesso de prazo correspondeu a 16 dias (prazo razoável – 1229,40 dias; excesso de prazo – 1245,06 dias). Essa pequena variação temporal dá margem a que prisões processuais com 3 ou 4 anos de duração possam ser consideradas aceitáveis ou inaceitáveis dependendo de circunstâncias outras.

No período 2001/2002, houve reconhecimento do excesso de prazo quando a prisão provisória durava 1056,25 dias, mas a ordem foi negada quando o prazo equivalia a 750,5 dias. O divisor que separa o excesso do razoável foi mais perceptível porque a diferença entre eles se mostra superior a 300 dias. Contudo, por paradoxal que pareça, há inversão de valores no biênio 1991/1992. Considerou-se haver excesso de prazo para as prisões processuais com duração média de 435,67 dias, mas se entendeu razoável aguardar o julgamento preso por 748,5 dias. É certo que o pequeno número de acórdãos localizados no período pode ter contribuído para o resultado contraditório, em que o mais (prisão) significa menos (direito à liberdade) e o menos

significa mais. Em tese, quanto maior for a duração da prisão, mais direito à liberdade haveria, porque mais próximo de se caracterizar o excesso de prazo. Isso talvez se explique em razão do tamanho da amostra, haja vista que, em pequenos conjuntos de dados, é possível achar associações aleatórias que não aparecem nos grandes conjuntos. Todavia, o resultado não destoa muito daquele encontrado no lapso temporal de 2011/2012, com maior número de acórdãos estudados, porque em ambos os períodos há demonstração de que a quantidade de tempo não mantém relação direta com o excesso ou a razoabilidade do prazo.

Nota-se que a caracterização do excesso de prazo demandou maior lapso temporal com o passar dos anos. Na década de 1990, eram suficientes 435,67 dias para configurar excesso de prazo. No biênio 2001/2002, considerou-se que a prisão processual com duração média de 1056,25 consistia em prazo excessivo. Por fim, no período mais recente, somente houve excesso de prazo na formação da culpa quando a prisão provisória alcançou, em média, 1245,06 dias. A maior tolerância com a morosidade processual também pode ser notada nos processos em que houve reconhecimento do trâmite regular das ações penais. Percebe-se a sequência crescente de 748,5 dias, 750,5 dias e 1229,40 dias nos períodos de 1991/1992, 2001/2002 e 2011/2012, respectivamente, referentes aos lapsos temporais tido como aceitáveis para manutenção da prisão provisória. Isso contraria as expectativas de celeridade da sociedade, porque a concepção de tempo no processo penal alargou-se nos últimos anos.

O HC 82.506/SP, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, é uma exceção no conjunto de acórdãos pesquisados porque foi o único em que se utilizou elemento temporal objetivo para apuração do excesso de prazo: o desrespeito ao prazo de 50 dias previsto no art. 390 do CPPM culminou na concessão da ordem.

4.2 Utilização do *habeas corpus* como catalisador processual

O art. 648 do Código de Processo Penal estabelece as hipóteses em que há coação ilegal passível de ser sanada por meio do *habeas corpus:* quando não houver justa causa; quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; quando o processo for manifestamente nulo; e quando extinta a punibilidade.

Em cada uma dessas situações, a ordem será concedida para trancamento da ação penal, reconhecimento de nulidade, extinção da punibilidade ou para conceder ou assegurar liberdade ao paciente. Sem embargo da relevante finalidade do *habeas corpus*, que poderia admitir ampliação das hipóteses de cabimento, não há expressa previsão para que funcione como catalisador processual, isto é, tenha o papel de acelerar o julgamento de ações penais. No mais recente biênio analisado, em que 33 *habeas corpus* foram deferidos, 14 deles tinham por objetivo determinar que a autoridade

coatora julgasse a ação que deu ensejo à impetração. Posto que o STF sustentasse tratar-se de situação excepcional, ela se verificou em quase 50% dos processos em que foi concedida a ordem. O tribunal procurou demonstrar estar agindo com cautela, para não interferir na pauta de julgamento de outros órgãos judiciais, mas essa preocupação reduziu o potencial de correção da ação constitucional. Nos biênios 1991/1992 e 2001/2002, não se notou o emprego dessa estratégia de catalisação processual e sempre que estava configurado o excesso de prazo o tribunal determinava a libertação do paciente. A recente interpretação enfraquece o papel do *habeas corpus* porque, ao mesmo tempo em que prorroga indevidamente a prisão processual, esvazia o encargo dos órgãos judiciais em velar por julgamento em prazo tolerável. O *habeas corpus* deixa de ser usado para alcançar a liberdade, baseado no fundamento de estar preso por mais tempo do que a lei determina, e é empregado como última chance para fazer cessar a ineficiência. A opção mostra-se arriscada porque nem sempre o julgamento pela instância inferior é feito em tempo hábil, o que contribui para prolongar o estado de prisão ilegal do paciente. O HC 109.349/MG é evidente exemplo do risco que se corre. Denegada a ordem em 25/10/11, sendo vencido o Ministro Celso de Mello, o STF expressamente determinou que o juiz de 1º grau adotasse todas as providências necessárias para marcação da sessão do júri para julgamento do paciente. Foi preciso transcorrer o prazo de 1 ano e 10 meses (660 dias) após o julgamento do *habeas corpus* pela Corte Suprema, para que o réu preso fosse efetivamente julgado em primeira instância.[2]

Perde o acusado, que expia prisão por mais tempo do que determina a lei, nos dizeres do art. 648, II, do CPP; perde a sociedade, que fica privada de estímulos para que as instituições judiciárias funcionem com mais eficiência; perde o STF, que enfraquece, em vez de fortalecer, o remédio constitucional.

4.3 Tanto maior é a duração da prisão processual, quanto mais grave for a infração

Constatou-se que a maior parte das infrações pelas quais respondiam os pacientes referia-se a delitos de severa gravidade. Parece truísmo afirmar, mas aqueles que permaneceram presos por maior lapso temporal respondiam pela suposta prática de crimes hediondos ou a eles equiparados, não raro, em concurso material.

Infrações mais graves, cuja gravidade se extrai da pena cominada ou de peculiaridades de sua execução, têm propensão a justificar o decreto de prisão preventiva e a segregação provisória por maior lapso temporal. Os crimes de homicídio doloso, por exemplo, uma vez que estão sujeitos ao procedimento bifásico do tribunal do júri, são julgados com menos rapidez. Logo, aguardar o processo em custódia significa permanecer preso por considerável lapso de tempo.

O mesmo raciocínio não deveria ser aplicado ao delito de tráfico ilícito de drogas, haja vista que o rito previsto na Lei n. 11.343/06 é concentrado e conta com fases

que se sucedem em curtos intervalos. Todavia, a morosidade no trâmite processual, seja em primeira instância, seja nas fases recursais, parece ser imanente ao sistema de justiça brasileiro e é natural que a impugnação, em sucessivas instâncias, por meio do *habeas corpus,* ocorra com frequência.

A percepção da gravidade da infração, aliada à constatação preliminar da baixa relevância dos argumentos do impetrante, talvez expliquem por que motivo, nos casos em que se deu a denegação da ordem, apenas em duas ocasiões houve deferimento de medida liminar.

4.4 O conceito de complexidade do processo é incerto

Se o reconhecimento do excesso de prazo não se baseia no aspecto temporal isoladamente, o tribunal vale-se de outros critérios para a construção do conceito. Como não existe, em regra, limite objetivo de duração dos processos de réu preso, a morosidade é realmente aferida pelo STF considerando-se as peculiaridades dos casos examinados. Como revelado, a quase totalidade dos julgados fez uso da expressão "complexidade do caso", conceito indeterminado cujo conteúdo é preenchido pelo julgamento de cada ação. O número de acusados superior a um consiste em opção decisiva para reputar a causa complexa, conquanto a complexidade não seja afastada quando a denúncia é oferecida contra um único agente.

Não há dúvida de que, quanto maior for o número de acusados, mais lenta tende a ser a evolução do processo. Contudo, o local da residência dos acusados, o fato de um deles estar foragido, se possuem defensores constituídos ou dativos e se são ou não facilmente localizados para citação e interrogatório podem ser preponderantes para avaliar a complexidade do processo.

O STF não despreza essas circunstâncias e, no conjunto de julgados, arrolou diversas causas da morosidade processual. A expedição de cartas precatórias, a quantidade de volumes do processo (sete no caso concreto), o número de acusados, a suspensão processual nos termos do art. 366 do CPP, a natureza dos crimes (mencionada em denúncias por tráfico ilícito de drogas), a existência de organização criminosa, o número de advogados, a tramitação de recursos e o número de crimes foram apontados como fatores que justificam o atraso na conclusão do processo. O art. 390, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal Militar (CPPM), é raro dispositivo que, além de estatuir limite temporal objetivo para conclusão dos processos criminais, prescreve a admissão de justificados acréscimos temporais. Segundo o dispositivo legal, "não será computada naqueles prazos a demora determinada por doença do acusado ou defensor, por questão prejudicial ou por outro motivo de força maior justificado pelo auditor, inclusive a inquirição de testemunhas por precatória ou a realização de exames periciais ou outras diligências necessárias à instrução criminal, dentro dos respectivos prazos". Nem todas as circunstâncias excludentes do excesso de prazo mencionadas pelo STF amoldam-se aos preceitos do CPPM.

Percebe-se que a complexidade diagnosticada nos julgados provém exclusivamente das circunstâncias fáticas da tramitação processual e em nenhum momento é citada dificuldade na aplicação do direito material como causa de retardamento. Admite-se a existência de complexidade jurídica procedimental em razão de diversos fatores, conquanto não tenham sido mencionados entre eles a necessidade de provas periciais, conexão de ações, multiplicidade de incidentes processuais suscitados e a interação entre procedimentos administrativos e judiciais. Mas o surgimento de questões novas e de difícil interpretação, em face da maior densidade jurídica, nunca foi posto como justo motivo de desaceleração processual.

4.5 O comportamento da defesa é sobrevalorizado para justificar a mora jurisdicional

Esta última consideração é bastante controversa, pois se atribui à defesa culpa pela mora na conclusão do processo mesmo quando não lança mão de manobras visivelmente protelatórias. Por vezes, o simples exercício da ampla defesa, como, por exemplo, insistindo na oitiva de determinada testemunha ou requerendo a expedição de cartas precatórias, provoca a superação da alegação de excesso de prazo.

Se não há dúvida de que manobras protelatórias justificam o atraso, o uso excessivo de recursos não gera a mesma consequência, salvo se isso foi reconhecido pelas instâncias recursais (embargos de declaração protelatórios, questões incidentais manifestamente improcedentes, recursos incabíveis etc.).

Não basta que o Judiciário não tenha permanecido inerte, como decidido no HC 81.905/PE, para considerar refutada a alegação de excesso de prazo. Se a defesa não provocou o atraso, não deve o acusado suportar os ônus da demora jurisdicional. Assim como o réu não está obrigado a produzir provas que o incriminem, igualmente está dispensado de cooperar ativamente para acelerar o processo penal. A conduta dilatória do acusado deve ser identificada apenas quando faz uso capcioso dos meios que o ordenamento põe legitimamente à sua disposição. O uso voluntariamente distorcido do direito de defesa não se faz presente, por exemplo, na solicitação de oitiva de testemunhas por cartas precatórias, como decidido no HC 81.634/PR.

O acusado não pode ser penalizado por usar todos os recursos e meios de defesa previstos em lei. Se o Estado oferece vasta gama de recursos e meios de impugnação, não pode coibir o defensor de fazer amplo uso deles, tal como reconhecido no HC 81.149/RJ, em que foi concedida a ordem porque a defesa não pode suportar a demora por ter a sentença de pronúncia sido anulada três vezes.

Por fim, o STF firmou entendimento de que incumbe ao acusado demonstrar que o atraso na conclusão do processo não pode ser imputado a ele. Embora o ônus da prova no processo penal fique a cargo da acusação, no específico caso do *habeas corpus,* atribuiu-se a incumbência de provar ao autor da ação constitucional, a exemplo do que acontece ordinariamente no processo civil. Como não foi possível, no HC

81.780/RJ, identificar se o excesso de prazo decorria de culpa da defesa ou do Judiciário, denegou-se a ordem.

Conclusão

O excesso de prazo na formação da culpa é o reverso da moeda do prazo razoável. O primeiro associa-se ao atraso na prestação jurisdicional, cujo conceito parece evidente e definido: todo lapso de tempo além do necessário para julgar determinado processo. O segundo importa em conduzir os processos em tempo tolerável. Num país em que não se prima por ser reconhecido como fornecedor de prestação jurisdicional eficiente, conseguir a razoável duração do processo merece comemoração.

O STF faz o controle da temporalidade dos processos criminais em que há réus presos, por meio de *habeas corpus*. A diferença em relação ao TEDH reside no fato de que a corte nacional infere o conceito de razoável duração para limitar a extensão da prisão provisória, ao passo que o tribunal europeu avalia o excesso de prazo para fins de fixação de indenização patrimonial.

A principal conclusão da pesquisa contrapõe-se à comum percepção de que o tempo é fator decisivo na análise do que seria aceitável ou inaceitável em termos de duração do processo. Se o lapso temporal transcorrido não é traço distintivo entre prazo razoável e excesso de prazo, por outro lado não desempenha papel mínimo ou desprezível na aferição do aceitável e inaceitável, senão que deve ser avaliado em conjunto com outros fatores. A exemplo da concepção do tempo como instituição social, defendida por Ost, a Corte Suprema parece abandonar o curso do tempo físico e opta por temporalizar o conceito de razoável duração e excesso de prazo com base na complexidade do processo e na gravidade da infração, que, por vezes, possuem mais peso para justificar a manutenção da prisão processual.

A princípio, duas opções teria o STF para distinguir prazo razoável de excesso de prazo: limites temporais objetivos ou análise casuística. O indeterminado conceito de "complexidade do processo", adotado pelo tribunal e elaborado caso a caso, contrapõe-se a marcos temporais que evitariam incerteza. Apresenta aspecto positivo por sopesar muitas circunstâncias em cada processo examinado, de forma a extrair decisão que se amolde às particularidades da situação jurídica de cada acusado. O ponto negativo situa-se nas incoerências que podem ser geradas, em que o tempo deixa de ser fator crucial na medição do excesso de tempo, e na possibilidade constatada de o prazo do excesso ser inferior ou equivalente ao lapso de tempo do razoável.

Por fim, todos os atores processuais devem ter as condutas avaliadas para detectar se contribuíram para a mora do julgamento final. O comportamento da defesa não pode ser sobrevalorizado para justificar a mora jurisdicional, nem legítimas manifestações processuais, realizadas com amparo legal, serem tidas como diligências

protelatórias. A conduta dilatória do acusado deve ser identificada apenas quando faz uso capcioso dos meios que o ordenamento põe legitimamente à sua disposição.

NOTAS

1 BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, HC 109.349/MG, Julgado em 25/10/11, DJe de 6/3/12.

2 JÚRI CONDENA TRÊS A MAIS DE 220 ANOS DE PRISÃO PELA CHACINA DE UNAÍ. G1. 31 ago. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2013/08/juri-condena-tres-por-chacina-em-unai.html>. Acesso em: 26 mar. 2014

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
BRACARENSE, Paulo Afonso. *Estatística aplicada às ciências sociais.* Curitiba: IESDE Brasil S/A, 2012.
FARIA, José Eduardo. O direito num cenário em transformação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 17, jan./mar., 1997.
KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2ª ed. Bahia: Juspodium, 2013.
OST, François. *El tiempo del derecho.* Buenos Aires: Siglo XXI, 2005.
RANGEL, Paulo. *Direito processual penal.* 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
SANTOS, Boaventura de Sousa *et alli*. *Para um novo judiciário:* qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2008.
STEELMAN, David C. *Improving caseflow management: a brief guide*. Williamsburg: National Center for State Courts, 2008.

Carlos Henrique Borlido Haddad

carlos.haddad@trf1.jus.br |

Pós-Doutor pela Universidade de Michigan
Doutor e Mestre em Ciências Penais pela UFMG
Professor Adjunto da UFMG
Juiz Federal

Lucas Bacelette Otto Quaresma

lbquaresma@gmail.com |

Bacharel em Direito pela UFMG
Assessor Jurídico da Procuradoria da República em Minas Gerais

RECIBIDO 14.02.2014 | APROBADO 30.01.2015

EL DESARROLLO ESTRATÉGICO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ISRAEL EN RELACIÓN CON LA OCUPACIÓN MILITAR *

Yaniza Giraldo Restrepo

THE SUPREME COURT OF STRATEGIC DEVELOPMENT IN CONNECTION WITH ISRAEL MILITARY OCCUPATION

RESUMEN

Este artículo analiza la discrecionalidad judicial que tiene el Tribunal Supremo de Israel para decidir sobre temas relativos a la ocupación militar israelí. El objetivo es conocer cómo ha sido esa interpretación teniendo en cuenta el derecho constitucional de Israel. Entonces se ha valido de la historia, la jurisprudencia, los valores del Estado y la moral, ofreciendo una visión integral del derecho constitucional. Se estudiará el papel que juega la cultura dentro del progreso constitucional tomando como referencia la teoría de la legitimidad en la argumentación y haciendo referencia a Peter Häberle sobre las constituciones, sus valores constitucionales como reflejo del desarrollo cultural del Estado. Se analizará el uso de las directrices políticas y el conflicto que surge entre la ley y la política, tomado como una estrategia por parte del Tribunal Supremo de Israel para justificar las acciones dentro de los Territorios Palestinos Ocupados. Entonces, se analiza el papel que tiene éste en su actividad creativa, que no se limita solo al análisis de lo que dice la ley sino a las posibles soluciones que pueden derivarse de la misma.

PALABRAS CLAVE

Desarrollo estratégico; Tribunal Supremo; ocupación militar; Palestina.

ABSTRACT

This article analyzes the judicial discretion that has the Israeli Supreme Court to decide on issues relating to the Israeli military occupation. The goal is to understand how this interpretation has been given the constitutional right of Israel. So has used history, jurisprudence, government securities and morals, offering a comprehensive view of constitutional law. The role of culture within the constitutional progress by reference to the theory of legitimacy in argumentation and referring to Peter Häberle on constitutions, constitutional values reflecting the cultural development of the state will be considered. Use of the policy guidelines and conflict that arises between law and politics, taken as a strategy by the Supreme Court of Israel to justify the actions in the Occupied Palestinian Territories will be analyzed. Then the paper having it in his creative activity not only limited to the analysis of what the law says but possible solutions that may arise from such analyzes.

KEYWORDS

Strategic development; Supreme Court, military occupation, Palestine.

Introducción

El presente trabajo intenta mostrar que la teoría de la interpretación constitucional ha sido vista como ciencia cultural, la cual intenta dar explicación de cómo analizar

DOI: HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201428

una norma o constitución, porque aunque estas expresen las mismas palabras no siempre van a ser interpretadas igualmente y no tienen el mismo significado. Esto viene determinado por las diferentes épocas en las que haya sido promulgada la Constitución y de acuerdo a su lugar de aplicación (HÄBERLE, 2003, p. XXVI). La interpretación puede variar considerablemente cuando se presenta en situaciones de guerra y conflictos armados nacionales e internacionales. Ahora bien, aunque en una democracia es esencial tener en cuenta la Dignidad Humana como máxima expresión del Estado, hay sociedades que han sido denominadas abiertas y en las cuáles esta no es una regla predominante (HÄBERLE, 2003, p. XXVII). Entonces, hacen una adaptación del derecho a la Dignidad Humana correspondiente con el momento constitucional que está viviendo la sociedad y de acuerdo a las necesidades del Estado; esto sin duda es una interpretación cambiante y utilitarista.

En la interpretación de la Constitución existe un elemento temporal y otro espacial. El primero responde a la tradición histórica, como también a lo estipulado en el proceso constituyente. Así, éste tiene en cuenta todas las experiencias propias del Estado para darle una identidad a las instituciones creadas. En relación con el espacial, se refiere a los diferentes momentos culturales que tiene una sociedad, y sirven para la identificación estatal que marca tendencias dentro del mismo. Este proceso cultural tiene en cuenta no solo la tradición histórica de las sociedades sino también el tiempo que se desarrollan. Puede usarse como punto de referencia para otros Estados en su proceso de desarrollo constitucional, tomando experiencias ajenas y añadiendo otros comportamientos constitucionales propios que en última, pueden aportar avances significativos al Estado constitucional. El objetivo de este artículo es analizar los efectos que ha tenido la aplicación del derecho israelí por parte del Tribunal Supremo, como forma de resolver los conflictos que se presentan a causa de la ocupación en los Territorios Ocupados.

La hipótesis es que la doctrina del Tribunal Supremo de Israel en sus sentencias ha legalizado la ocupación, interpretando las normas del derecho internacional e israelí, justificando las acciones del gobierno militar y la situación de ilegalidad del Estado de Israel. Éste ha traspasado los límites de la legalidad, de la efectividad normativa de acuerdo a cada caso, tomando decisiones arbitrarias y justificadas siempre desde la ley (AGAMBEN, 1998, p. 19). Las leyes aplicadas no han sido firmes y han perdido validez al no ser utilizadas de manera general entre la población de los Territorios ocupados, haciendo una distinción entre la población palestina e israelí, beneficiando en la mayoría de los casos al poder ocupante; no hace distinción entre lo violento y lo legal (AGAMBEN, 1998, p. 22). La doctrina del TSI ha cambiado la teoría del derecho respecto a las leyes internacionales aplicadas en situaciones de ocupación, generando una aceptación y legitimación no solo nacional sino internacional frente a las acciones militares en la región palestina, y una normalización que hace aún más difícil la autodeterminación del pueblo palestino y la creación de un Estado. El problema

que presenta esta discrecionalidad judicial es que con la idea de la seguridad jurídica y la confianza en la labor del intérprete judicial, se pueden dar razones y justificaciones, aunque éstas no se ajusten a la realidad y la necesidad social (HABA, 1989, p. 44). En la primera parte se analizará el papel desempeñado por el Tribunal Supremo de Israel en relación con la ocupación militar en Palestina, la aplicación de las Leyes Básicas de Israel que hacen las veces de una Constitución Política. En la segunda parte se explica el activismo judicial del Tribunal Supremo de Israel y los efectos que esto ha tenido en los Territorios Ocupados, como parte de su función principal la de resolver los problema derivados de la ocupación. En la tercera parte se explica cómo el Tribunal Supremo de Israel ha reforzado su papel de intérprete constitucional, frente a las acciones del gobierno militar establecido en los Territorios Ocupados.

1 El Tribunal Supremo de Israel y los territorios ocupados

Para empezar hablar del papel que ha desempeñado el Tribunal Supremo de Israel en los territorios ocupados (en adelante, TSI) es preciso anotar que el Estado de Israel no tiene una Constitución escrita,[1] por tanto, la interpretación constitucional se toma de las Leyes Básicas. Posterior a la creación del Estado de Israel en el año 1948 y al no llegar a un consenso sobre la creación de una Constitución en el sentido "rígido y formal" (SEGAL, 1992, p. 2), se propuso la promulgación por capítulos de los derechos humanos por capítulos tal como se había hecho hasta entonces (BARAK-EREZ, 1994-1995, p. 323-326).[2] Las primeras dos leyes Básicas que se crearon en Israel para proteger los derechos fundamentales fueron: Ley Básica: "Dignidad Humana y Libertad";[3] Ley Básica "Libertad de Ocupación".[4] Esto marca un antes y un después en el sistema constitucional de Israel y por eso se dice que desde 1992 "empezó una nueva era constitucional" (BARAK-EREZ, 1994-1995, p. 323).

Al no existir una constitución en Israel no hay un Tribunal Constitucional, entonces el TSI ha tomado como función propia la interpretación de las Leyes Básicas, cuando tiene que decidir sobre las violaciones a los derechos humanos por parte del gobierno militar de Israel, establecido en los Territorios Ocupados por Israel en 1967 (en adelante TO).[5] Este gobierno militar pertenece a las Fuerzas de Defensa de Israel, y está encargado de mantener el orden y la seguridad de la región ocupada. Por esto, el TSI conoce algunas demandas presentadas por abusos de autoridad y violación de los derechos humanos a la población palestina, porque este gobierno militar hace del Estado de Israel. De conformidad con el derecho internacional cuando hay una ocupación de un territorio, es posible establecer una autoridad militar de la fuerza ocupante, que será la encargada de mantener el orden en la región (ROBERTS, p. 58-62).

Aunque el Estado de Israel es un Estado democrático, que busca mantener el Estado de Derecho, y la protección de los derechos humanos, las decisiones tomadas dentro de los TO son diferentes a las aplicadas dentro de su Estado; en este sentido, se observa

una ambivalencia porque esa protección jurídica no siempre será la misma cuando se trata de dirimir los conflictos que se presentan por causa de la ocupación militar En este sentido, el Juez Aharon Barak (2008, p. 1) determina que la función principal de un Tribunal Constitucional en democracia no es solamente la de corregir los errores cometidos en las sentencias, sino también, la importancia de "cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad y proteger a la democracia".

La competencia del TSI para conocer las demandas por violaciones a los derechos humanos de la población palestina a causa de las acciones del gobierno militar, deriva de la capacidad que tiene este de conocer y juzgar a los funcionarios públicos dentro o fuera de Israel; por eso, puede decidir sobre la legalidad de las acciones militares dentro de los TO, confirmando o anulando las mismas. Una de las principales funciones del TSI es la de resolver los problemas que surjan entre la población y las autoridades del Estado, teniendo como objetivo principal asegurar el "Estado de Derecho" (NETANYAHU, 1993, p. 2; STRASCHNOV, 1998-1999).[6] Por otra parte, crea políticas de protección de los derechos humanos y ejerce el papel de Tribunal Constitucional en ausencia de una Constitución escrita, lo que ha generado críticas por considerar que se excede en sus funciones; esta actividad ha generado propuestas para la separación de sus actividades constitucionales (AHARON, 2003, p. 15)[7]. Ahora bien, si crearan un Tribunal Constitucional podría haber mayor independencia en las decisiones que toman en los temas relacionados con los TO o del mismo gobierno, lo que contribuiría a generar mayor seguridad jurídica en el Estado.

La metodología empleada por el TSI para la interpretación constitucional tiene en cuenta los valores democráticos del Estado, éstos otorgan jurisdicción al mismo para decidir sobre los conflictos que puedan presentarse entre el Estado y las personas. Los valores democráticos sin duda constituyen la base fundamental para la garantía de la justicia (GOMES, 2004, p. 39). Ahora bien, éste recurre a unos valores constitucionales que no están propiamente definidos dentro del Estado pero provienen de unos criterios de interpretación de la ley que no pueden ser tenidos en cuenta literalmente como una interpretación constitucional (DÍAZ, 1997, p. 299).

Como ha destacado Díaz (1997, p. 300), la función principal de la interpretación constitucional tiene en cuenta las disposiciones constitucionales vistas desde una óptica diferente dependiendo del intérprete, por esto, el juez y el legislador pueden llegar a soluciones distintas. Entonces, la función de las normas constitucionales es aclarar la zona de incertidumbre que se puede presentar y constituye la función principal del intérprete constitucional. Que no tiene la "única respuesta correcta" sino que interpretará cuales son las posibles interpretaciones que pueden resultar inadmisibles, es decir "campo de licitud" a otros operadores jurídicos. Así las cosas, el TSI conoce las demandas presentadas por la población residente en los TO sin oposición hasta la fecha del gobierno israelí. La función desempeñada por el TSI no ha tenido precedentes en el derecho internacional y esto ha modificado la teoría del derecho

internacional, dadas las características particulares de ocupación prolongada (EDELMAN, 1994, p. 32).

La tradición jurídica del TSI ha sido recibir las demandas presentadas por la población de Cisjordania y la Franja de Gaza desde su ocupación (1967), no obstante, solo a partir de la promulgación de la Leyes Básicas reafirmó su competencia en relación con la protección de los derechos humanos en los TO (STRASCHNOV, 1998-1999, p. 532-533; HOLZMAN-GAZIT, 2007, p. 35). En la jurisprudencia del TSI se puede observar la influencia del derecho internacional y los tratados ratificados por el Estado, que han servido para dirimir casos difíciles y en ocasiones han beneficiado a la población palestina (KRETZMER, 1996, p. 97).[8]

El activismo del TSI ha sido constante a causa del incumplimiento de las obligaciones del gobierno militar en los TO, el exceso de poderes y la suspensión de los derechos fundamentales dentro de los TO por el Estado de Israel y sus políticas gubernamentales, donde en la mayoría de casos las decisiones no benefician a la población palestina (MCEWEN, 1986). En esta misma línea, el TSI en ocasiones ha tenido que decidir sobre la legalidad de las funciones desempeñadas por el gobierno militar en los TO, conocer sus excesos en sus poderes discrecionales, resolver las demandas presentadas por los ciudadanos palestinos contra las autoridades públicas incluidas las fuerzas de seguridad israelí; las sentencias del TSI constituyen la última estancia.[9]

La función que desempeña el TSI como garante de los derechos fundamentales no solo en el Estado sino fuera del mismo, no es nada contradictorio teniendo en cuenta que el denominado Estado Constitucional desde la teoría de Peter Häberle (2003, p. XXXI), tiene como referencia no solo aquellos Estados con una Constitución escrita, sino que destaca la importancia de proteger los derechos fundamentales inderogables e intransferibles, la separación de poderes, y la ley como el resultado de la expresión popular, así no exista una referencia escrita. No importa el tipo de Constitución existente o la denominación que goce, porque en el constitucionalismo contemporáneo se tiene en cuenta la democracia.

El papel que ha jugado el TSI es determinante para la protección de los derechos fundamentales de los palestinos, porque a pesar de que en el Estado no existe una Constitución escrita, su función ha sido la de un Tribunal Constitucional. Su actividad es cuestionada en Israel porque interviene en temas tan controvertidos como los asentamientos israelíes, los excesos de las Fuerzas de Defensa israelí (en adelante FDI), las ejecuciones extrajudiciales. Sin embargo, en ocasiones el TSI ha hecho caso omiso a las presiones de los diferentes grupos políticos y por el contrario, ha realizado una interpretación evolutiva, tomando no solo lo dispuesto en las Leyes Básicas del Estado, sino haciendo una aproximación a la realidad social palestina. Esto ha sido denominado como "modelo axiológico de la constitución concebida como normas" (POZZOLO, 1998), que utiliza el juez en la interpretación y argumentación, como elemento central del razonamiento para poder decidir. Entonces, no es posible conocer

el sentido de las "Leyes Básicas" si no se tiene en cuenta la justificación de la decisión que realiza el TSI de conformidad con ese modelo axiológico. En la interpretación que hace el TSI del derecho Israelí para un caso concreto en Palestina, y aunque estas representan un límite en el ordenamiento jurídico, le han permitido dar una sustentación jurídico-moral en los TO. No obstante, se trata de una interpretación no siempre sometida al Derecho internacional, sino principalmente al Derecho israelí, lo que da lugar a arbitrariedad en la aplicación normativa en los TO[10] (POZZOLO, 1998, p. 342).

Así las cosas, para evitar problemas de arbitrariedad en la decisión judicial, derivada de la interpretación de las "Leyes Básicas", es necesario tener en cuenta el concepto de "regla de reconocimiento" expuesto por Hart, donde la regla de reconocimiento sí es una norma positiva, pero no es una norma divulgada, sino que es una regla social convencional aceptada implícitamente por los jueces (HART, 2012, p. 97). Para que exista una regla de reconocimiento en un sistema jurídico se requiere que haya un acuerdo general en comunidad acerca de su contenido, aunque no quiere decir que no puedan existir diferencias en situaciones específicas; donde los principios que actúan como normas morales positivas no dan explicación de los tipos normativos, sino el reconocimiento de algunos de ellos. Estos principios son esenciales para justificar cómo un tribunal pasa de una disertación jurídica a la moral, y son la base para la sustentación de las decisiones jurídicas (POZZOLO, 1998, p. 343). Según Pozzolo,

> Es preciso, pues, modificar la regla de reconocimiento y aceptar el hecho de que, en ciertos casos, y dado que los principios son jurídicos, el derecho es considerado válido no en razón de un test de pedigree sino en razón de un test moral, el cual, por definición, no se basa en la génesis de los principios sino en su contenido. (1998, p. 343)

Se entiende que la "regla de reconocimiento" tendría que tener en cuenta los principios y valores que legitiman no solamente el ordenamiento jurídico interno de Israel, sino los principios y valores de la comunidad a la que va dirigida las leyes y también las normas internacionales de *ius cogens*. Dada la situación especial de ocupación y las actividades militares que ahí se desarrollan. Los principios tendrían entonces la función de servir de parámetros de justificación argumentativa para la decisión judicial, no porque estén destinados a favorecer o asegurar una situación de carácter económico, social o política, sino que responden a una exigencia de la justicia, la legalidad o todo aquello relacionado con la moral (DWORKIN, 2012, p. 72).

En este sentido, Shapiro contrario a la teoría de Dworkin, establece que los jueces en realidad no están planteando desacuerdos teóricos, sino que están buscando una justificación para ocultar la verdadera razón y es la de "legislative nature". Esto se da precisamente según Shapiro, porque en un sistema democrático donde existe un

sistema de separación de poderes los jueces solo están obligados aplicar la ley, y resulta peligroso que acepten la discrecionalidad y la modificación de las leyes a través de sus sentencias. Esta es la forma en que por ejemplo, el TSI, podría conservar su legitimidad reconociendo la ley e interpretándola, más no modificando la misma (2007, p. 33). Ahora bien, esta discrecionalidad muestra la potestad legislativa que está ejecutando el TSI, la discreción judicial cumple la norma establecida en las Leyes Básicas, pero esta actuación en ocasiones es arbitraria porque se aplica a una comunidad, en este caso la palestina, que es diferente y no ha tenido participación en la creación de las mismas.

Entonces, en la decisión judicial del TSI en relación con los TO será necesario tener en cuenta los principios jurídicos, porque éstos permiten reducir la arbitrariedad y conducen el acercamiento a la "justicia". El problema de la interpretación de las Leyes Básicas del Estado de Israel, bajo la teoría moral (DWORKIN, 2005), es que hace injustas las decisiones judiciales tomadas en relación con los TO, porque estas responden a los valores judíos del Estado de Israel, son leyes aprobadas para otra comunidad jurídica, con otras condiciones sociales muy diferentes a las de la población de los TO; por ello, es necesaria la concreción conceptual del TSI que asegure la justificación argumentativa. Como ejemplo de las decisiones injustas y tomadas en razón de la moral de las Leyes Básicas, tenemos la sentencia del TSI 10356/02, *Hass v IDF Commander in West Bank*, donde se confirma la decisión del comandante de las FDI en Cisjordania de ampliar la ruta de los peregrinos que conduce hacia la cueva Machpela, permitiendo la expropiación de terrenos de propiedad privada y demoliendo algunos edificios. Los demandantes solicitaron la revisión de esta orden del comandante de las FDI[11] por considerarla ilegal y desproporcionada a la vista de la finalidad para la cual fue hecha. Se fundamentan en el daño a la propiedad privada y al patrimonio arqueológico.

Por otra parte, sostienen los demandantes que en realidad las motivaciones fueron políticas porque se buscaba la continuidad territorial entre Kiryat Arba[12] y la cueva de Machpela, que en el futuro permitirá la expansión de los asentamientos israelíes. Se alegó que no había una conexión entre los ataques que se produjeron en la zona y las medidas previstas, entre las cuales estaban la destrucción de viviendas, pues esta zona había sido declarada previamente zona militar, desalojando a las personas que vivían en ella.[13] A su vez, también argumentaron que la expropiación de la tierra y la demolición de los edificios que se rigen por esta orden es contraria al derecho internacional, que requiere del comandante del área ejercer su autoridad para garantizar el orden y la seguridad en la zona ocupada, en el virtud del art. 43 de la Convención de La Haya de 1907 y al art. 53 del Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949. En éstas se prohíbe la destrucción de las viviendas de los civiles en una zona ocupada a no ser que esto se haga como una acción esencial y necesaria para los procedimientos militares. La orden de movilización también es contraria a la ley internacional que regula la conservación

de los bienes arqueológicos.[14] Ante estos argumentos el Estado de Israel respondió que el único interés en realidad era el de proteger a la población judía contra los ataques terroristas, cuando estos visitaban la ruta de los peregrinos. Que en un análisis de otras opciones a la destrucción de viviendas, se tomó esta última como la opción más adecuada para la protección de la población civil. Así, la legalidad de esta orden fue analizado dentro del marco del derecho internacional, el derecho local y la legislación israelí de la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad.

El TSI en el caso de la cueva de Machpela estableció[15] que los habitantes de la región tienen un derecho constitucional a la libertad de religión y de culto, que aplica tanto para los habitantes árabes y también en el caso de los habitantes judíos que viven allí. Por otra parte, tienen el derecho de libre circulación, a través del cual es posible ejercer el derecho de acceso a los lugares santos. Así las cosas, el derecho de circulación y el acceso a los lugares santos es de carácter constitucional y constituye uno de los derechos humanos básicos. Sin embargo, establece que los derechos de libertad de religión y de culto no son de libertad absoluta, sino relativos, y por eso es necesario hace un equilibrio entre estos y otros derechos y valores que son dignos de protección, incluido el valor de la propiedad privada.

El TSI resuelve que el derecho de una persona a la propiedad no es un derecho absoluto sino relativo porque puede ser vulnerado cuando sea necesario proporcionar el avance de los diferentes derechos constitucionales básicos de los demás.[16] Concluye pues que la ponderación entre los derechos constitucionales en conflicto no es fácil pues se trata de los derechos de la expresión humana a través de la práctica de creencias y de culto religioso, que entran en conflicto con los derechos y los valores relativos a la tierra y la propiedad, que entran en choque con un valor general de la responsabilidad de proteger la vida humana. Así que la decisión tomada por el comandante del área satisface la prueba de constitucionalidad, porque buscó un equilibrio relativo entre estos derechos constitucionales.[17]

Díaz (1997, p. 304-305), explica que dentro de la interpretación constitucional se puede dar una peculiaridad como es la de la politicidad, que viene a incidir dentro de las disposiciones constitucionales como los sujetos que participan dentro de ese proceso constitucional. Entonces, la interpretación constitucional estará inevitablemente vinculada con los grupos de poder político y social que en ocasiones pueden condicionar las decisiones del Tribunal Constitucional o en el caso de Israel, ir en contraposición frente a la política del mismo Estado. Estos cambios del TSI han sido significativos beneficiando en ocasiones a la población palestina, aunque criticados dentro del Estado de Israel al considerar que asume un papel de creador o legislador. Este activismo judicial ha sido importante dentro de los TO porque representa un límite a las acciones del gobierno militar, sin embargo, no es justo ni suficiente porque al decidir teniendo en cuenta el derecho de Israel, es evidente que no siempre va a beneficiar a la población palestina al hacer de juez y parte dentro del conflicto.

A continuación se analizarán los efectos de la actividad judicial del TSI y cuáles son las fuentes del derecho que utiliza para la interpretación constitucional.

2 Activismo Judicial del Tribunal Supremo de Israel

El TSI ha utilizado la interpretación constitucional como un reflejo de la cultura democrática del Estado, teniendo en cuenta las normas Constitucionales en este caso las Leyes Básicas, para su aplicación en la sociedad y en todas las situaciones de conflicto que se presente, como es el caso de los TO (HÄBERLE, 2003, p. XXXIV). La teoría de Häberle (2003, p. XXXV) habla de una sociedad abierta donde todos los integrantes de la sociedad, agentes del Estado, partidos políticos, y todo aquel que hace parte de la misma debe regirse por la norma suprema incluso si dentro de la interpretación se tienen en cuenta "los efectos jurídicos, políticos y morales de los actos de interpretación".

Se puede decir que el TSI ha creado un nuevo derecho a través del establecimiento de normas jurídicas no aceptadas como una Constitución, que han pasado a ser preceptos jurídicos de obligatorio cumplimiento, como si se hablara de unas normas *erga omnes*. Para esto, recurre a la interpretación de las Leyes Básicas, los valores democráticos del Estado de Israel, que le permiten dar resolución a problemas y conflictos normativos. Por tanto, no se limita solamente a un proceso deductivo de las normas sino a su adaptación social (DÍAZ, 1997, p. 327-328).

En consecuencia, el TSI ha tenido un papel decisivo en la interpretación Constitucional porque no solamente ha interpretado las Leyes Básicas, sino que también ha afianzado las mismas dentro del sistema israelí como si fueran una Constitución escrita. En las diferentes sentencias ha ido más allá de estas Leyes Básicas, haciendo una adecuación de las mismas a la situación de los TO (HÄBERLE, 2003, p. XXXIX). La actividad judicial del TSI ha sido criticada por los grupos religiosos a causa de las decisiones que ha tomado en materia religiosa y de Estado (SHETREET, 2002-2003, p. 723-724). Se debe tener en cuenta que en Israel no hay una separación de la religión y el Estado, y esto sin duda limita el desarrollo Constitucional y la actividad de los tribunales. El TSI se ha pronunciado en los casos que afectan la seguridad nacional y en ocasiones, ha cuestionado las medidas tomadas por el gobierno y los excesos de los mismos considerando que no se respetó el principio de proporcionalidad.[18]

El proceso Constitucional que ha vivido el Estado y el activismo del TSI se pueden dividir en dos etapas que marcan un antes y un después en la protección de los derechos fundamentales, demostrando un desarrollo que sin duda ha beneficiado a la población de los TO (DOTAN, 2004, p.190), lo que es denominado como "Revolución Constitucional":

a) Desde la creación del Estado de Israel en 1948 hasta 1970 desarrolló una amplia jurisprudencia de revisión judicial donde se estableció los principios de la regla

del derecho, creando una conciencia de protección de los derechos humanos que servirían posteriormente para promulgar las "Leyes Básicas". Todo este desarrollo se generó al margen de involucrarse en debates políticos o controversias públicas (DOTAN, 2002, p. 93). En este periodo limitó la posibilidad de plantear cuestiones políticas tratando solo temas que estuvieran relacionados entre el individuo y el Estado. Centró su interés en las acciones del Estado lo que evitó que el TSI entrara a dirimir casos de religión y Estado. En este periodo no tomó en cuenta temas jurídicos relacionados con la Política Exterior, acciones militares u otros asuntos que generaran un amplio debate y que consideró inadecuados para una decisión jurídica (BARAK, 2008, p. 104; DOTAN, 2002, p. 94). El TSI tuvo en cuenta dos conceptos: la *justiciabilidad normativa* que establece si existen criterios jurídicos para determinar el conocimiento de una disputa y la *justiciabilidad institucional* que determina si la disputa se resuelve por una Corte Jurisdiccional.

b) Hacia el año 1980 y 1990 (HOLZMAN-GAZIT, 2007, p. 48-49) el TSI tiene mayor interés jurídico por conocer casi todo tipo de casos presentados incluso los de interés individual y que antes eran inadmitidos. Este cambió se dio a partir del caso *Ressler* donde una cuestión de importancia constitucional y de violación del derecho por parte del gobierno, puede ser presentado por cualquier persona ante el TSI[19] algo que refleja su innovación judicial y la aplicabilidad del concepto de justiciabilidad que es desarrollado a partir de la fecha.

De manera que el TSI dejó de ser solamente un organismo encargado de resolver las disputas entre los individuos y el Estado, a ser un garante del Estado de Derecho. En la jurisprudencia del TSI se establece que cualquier acción humana es susceptible de ser analizada por medio de una norma legal dejando atrás el concepto de posible vacío legal (DOTAN, 2002, p. 95). Se puede decir que el TSI recurre a la teoría de la interpretación que habla Alexy (2008), para resolver los diferentes conflictos jurídicos que en principio parecieran no tener solución, entonces, crea un nuevo concepto o hace una ponderación de normas para dar una solución; entonces, las obligaciones legales surgen de la misma ley.

En este sentido, el TSI interpreta y desarrolla la teoría del derecho y el papel de los tribunales nacionales como creadores o transformadores, tomando como fuente el derecho internacional. En los TO ha decidido en temas de violación de los derechos humanos haciendo una ponderación en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (COHEN, 1985-1986). Esto se da porque en la actualidad el juez, y en particular el juez constitucional, gozan de gran discrecionalidad. Así las cosas, lo que puede suceder es que el juez interprete teniendo en cuenta su ideología que puede variar de un caso a otro, sin parámetros que se sostengan como en el *Stare decisis*. Esto muestra cómo el TSI toma una política

propia sin tener en cuenta el papel de los valores y principios ligados a las garantías y derechos fundamentales. Dworkin establece que la decisión judicial se basa en las instituciones jurídicas y la ley, que será aquella decidida anteriormente y por ello, no es posible en un caso difícil dejar libertad al juez para decidir pues no está facultado para crear normas. Entonces, el juez debe buscar principios y criterios claros, sustentados en las teorías que conceptualicen y justifiquen su decisión. (1986, p. 13-15). Hay que tener en cuenta que las acciones del TSI responden a la necesidad de dar una respuesta a las demandas presentadas por la población palestina frente a los abusos de la autoridad militar.

Dworkin en su debate con Hart sustenta que el juez no debería tener discrecionalidad judicial en el momento de la decisión porque en todo caso debe acudir a los principios como parámetro para la interpretación normativa. La directriz política según Dworkin es "un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado", donde se busca mejorar en algunos aspectos económicos, políticos o sociales de la comunidad. El principio es un *estándar que ha de ser observado,* pero no porque intente beneficiar o asegurar que se cumpla una situación económica, política o social sino porque así lo exige la justicia o equidad u otra exigencia de la moral (2012, p. 72).

El TSI ha utilizado el concepto de discrecionalidad judicial para interpretar los casos relacionados con las acciones militares y los servicios de seguridad dentro de los TO,[20] haciendo uso de la opción valorativa y tomando como punto de referencia las Leyes Básicas. Sin lugar a duda, este razonamiento jurídico puede llegar a ser peligroso porque el juez no solo cuenta con la limitación del método empleado y las reglas, sino que tiene en cuenta opciones valorativas en cada caso (DÍAZ, 1997, p. 329-330). La jurisprudencia del TSI se centró en los principios del derecho, la moral, la sociedad, los valores del sistema legal, ganando mayor protagonismo dentro de la sociedad israelí. Todo esto sin duda responde al papel del juez dentro de una sociedad y es la de hacer un análisis de todos los principios y normas, para determinar cuál será la que mejor se adapte a una decisión judicial justa.

El balance establecido por el TSI entre la política y la democracia ha sido denominado como "judicial activism" (NAVOT, 2007, p. 62), ampliamente criticado por ser visto como un *activismo* que genera restricciones, porque otorga al TSI una posición dominante y superior para dirimir cuestiones Constitucionales y vacías que no están claras dentro de las Leyes Básicas (GOLDSTEIN, 1999, p. 62). Este concepto es señalado por Dworkin como "poder creador del juez" donde el juez introduce nuevos derechos para ser aplicados retroactivamente (2012, p. 152), y a pesar de que éste no debe legislar cuando lo haga se pondrá en la posición del legislador y resolverá el caso como lo haría el mismo (DWORKIN, 2012, p. 147). Entonces, el autor llega a la conclusión que en algunos casos nuevos que no cuentan con un precedente judicial, aunque se interpreten las normas no se podrá dar respuesta al problema, siendo inevitable el poder del juez de interpretar y transformar las mismas; esto no

equivale a una decisión sin límites y debe tener en cuenta la racionalidad, la justicia y la eficacia de las normas. (DWORKIN, 2012, p. 80-86).

Ahora bien, cuando se va a decidir en un caso, es necesario tener en cuenta argumentos basados en principios jurídicos, que sirven como estándares diferentes de las normas, donde los principios vienen a tener una posición importante en los argumentos presentados por el juez, cuando fundamenta ciertos derechos y obligaciones jurídicas. En la interpretación judicial cuando los tribunales actúan en algunos casos como delegados del poder legislativo, es inevitable que utilicen argumentos políticos.

En el "Imperio de la Justicia", Dworkin aclara aún más el problema que se presenta en la interpretación de los tribunales y la decisión en los casos difíciles, argumentando que es una tarea básicamente interpretativa, y determina una teoría del Derecho como integridad. Ésta teoría establece que los jueces deben seguir interpretando que el derecho está conformado por un conjunto de principios rectores basados en la justicia, equidad y debido proceso, siendo su función la aplicación de los mismos (2005, p. 164-165). Entonces, esa es la función que supone la teoría de la integridad del derecho como un ideal político y los jueces tomaran sus decisiones teniendo en cuenta el derecho consuetudinario basados en los principios (DWORKIN, 2005, p. 176). En consecuencia, si no se atiende la teoría del derecho como integridad, la decisión del juez puede ser ambigua y es muy arriesgado pensar que la respuesta estará en la moralidad política de una comunidad, impositiva de sus valores a otra que no comparte los mismos y qué tan solo el papel del juez es hacer valer sus derechos y reconocer e interpretar los mismos (de su misma comunidad y no de otra). Entonces, los tribunales deben tener en cuenta una teoría general del actual derecho, que refleje principios coherentes de equidad política, justicia sustantiva y debido proceso (DWORKIN, 2005, p. 284).

Desde otras posturas teóricas, lo mejor sería analizar la regla de reconocimiento que sirve tanto para la adopción y creación de normas en una comunidad, y además, posee un valor interpretativo. En este sentido, el TSI ha conocido diferentes casos donde no existe un precedente judicial, de manera que hace una interpretación de la situación, adoptando con ello una mayor intervención judicial en las decisiones tomadas por el gobierno, el *Knesset* (parlamento israelí) y la administración, en el caso del conflicto palestino-israelí (NETANYAHU, 1993, p. 21-23). El Gobierno de Israel no siempre ha podido hacer frente a los problemas que se plantean en los TO, por esto, a la población no le queda otra alternativa que confiar al TSI la resolución de los casos que han permanecido sin resolver por parte de las autoridades políticas.

El TSI ha determinado que los órganos del Estado están obligados por ley como cualquier otro ciudadano en el Estado, por eso, las acciones militares en los TO pueden ser juzgadas como parte de la regla del derecho, y principio fundamental del Estado. Este principio ha sido desarrollado a través de su jurisprudencia, creando una doctrina que sirve como fundamento para la revisión judicial, donde tiene en cuenta

las funciones del gobierno y la prohibición de excederse en los poderes otorgados a éste por el poder legislativo (DOTAN, 2002, p. 89). La tendencia jurídica es que los tribunales internacionales toman como referencia los principios constitucionales para la interpretación y creación de nuevas normas, partiendo de los valores democráticos establecidos en cada Estado. El riesgo de esto es la subjetividad de los mismos a la hora de crear las técnicas de interpretación y producción de disposiciones que no están contenidas en la Carta Constitucional; lo que puede llegar a generar una arbitrariedad interpretativa. La oposición del gobierno frente al activismo judicial del TSI es porque considera que no es una actividad exclusiva del mismo y por tanto, va en detrimento del poder Ejecutivo (BRUCE, 2010, p. 192). Este rechazo del gobierno puede constituir una amenaza a la independencia judicial del TSI, porque aunque éste tiene una tendencia internacional hacia la protección de los derechos humanos, en Israel no existe una Constitución escrita o unas leyes supraconstitucionales que determinen la competencia del mismo, como garante de los derechos fundamentales (BARZILAI, 1999, p. 16-17; NETANYAHU, 1993, p. 13-15).

En una democracia como la israelí donde no existe una legislación que regule el papel del TSI y su relación judicial con otras ramas del poder público, cuya estructura gubernamental está en constante cambio, hace mucho más necesaria la creación de una Constitución; esta permitiría definir su competencia y la regulación de los valores básicos de la sociedad, teniendo en cuenta la pluralidad por encima de cualquier interés particular (GORDON, 1998). En este sentido, Gavison (2002, p. 19), sostiene que es importante para Israel una Constitución que permita el entendimiento de un marco político común, en el que cada grupo social pueda actuar a pesar de sus desacuerdos y conflictos de intereses. Porque la sociedad israelí está fragmentada y en un conflicto permanente, puede parecer poco necesario el debate constitucional, aunque en realidad podría ser el mejor momento para el mismo. Sería entonces beneficiosa la creación de un proyecto Constitucional que pueda ofrecer la oportunidad para un debate nacional.

No obstante, ante la ausencia de un Tribunal Constitucional, la jurisprudencia del TSI puede servir para legitimar su competencia, porque se ha fundamentado principalmente en el desarrollo y protección de los derechos humanos, complementado con la doctrina internacional. A su vez, como garante del Estado democrático (PEABODY; WELLS, 2010, p. 193), siendo este un principio empleado por el TSI como base para el reconocimiento de los derechos fundamentales (KRETZMER, 2005, p. 44). Ahora bien, el TSI se enfrenta a varios dilemas a la hora de dictar las sentencias. Primero, el conocimiento de diferentes casos relacionados con la política, religión y seguridad nacional, temas muy sensibles dentro de la sociedad israelí. Segundo, tiene que hacer un balance entre la seguridad del Estado al cual pertenece y por otro lado, proteger los derechos humanos en tiempos de crisis (SHETREET, 2002-2003, p. 715). Esto no debería suponer un problema si la doctrina del TSI se basara en lo dispuesto por las leyes

de ocupación beligerante, los valores y principios consagrados por la Comunidad Internacional y las Leyes Básicas si estas se aplican sin distinción de credo, teniendo en cuenta que Israel se denomina un Estado judío y Democrático. La posición que sostiene el autor Harold Hongju (2002, p. 23), es que no solo se debe tener en cuenta lo que prohíben o permiten las leyes sino la esencia para la cual han sido creadas las mismas.

Así las cosas, este margen de discrecionalidad que tiene el TSI puede ser riesgoso porque se podría establecer dentro del Estado, decisiones contrarias a los derechos humanos y en particular, el derecho que tienen los pueblos de autodeterminación. Es decir, que sus preferencias y sensibilidades morales son el reflejo de lo que piensa una sociedad en particular, cuando en un momento determinado, en esa decisión está necesariamente comprometida una comunidad disímil (KOSKENNIEMI, 2008, p. 13). Al ejercer su jurisdicción dentro de los TO no solamente logra normalizar esta situación sino que también, le otorga cierto grado de superioridad para conducir y regularizar algo inaceptable como es la ocupación israelí. Koskenniemi señala que esto puede llegar a poner en peligro la importancia de la moral y la política de la realidad de la ocupación, como la necesidad de poner fin a la misma (KOSKENNIEMI, 2008, p. 13).

Es precisamente lo que hace el TSI en su jurisprudencia, toma decisiones respecto a los conflictos y abusos que se presentan en los TO entre la población y el gobierno militar, pero sin entrar a discutir o criticar el fondo del asunto: la ocupación. Esto es algo que no cuestiona y lo justifica por su posición de Tribunal del Estado que lucha contra el terrorismo. La posición del TSI no es fácil, porque hace de juez y parte dentro del conflicto que se presenta a causa de la ocupación de Israel, no obstante, su activismo judicial puede ser un mecanismo importante en la protección de los derechos humanos de los palestinos. A su vez, al ser un Tribunal de un Estado democrático, es su función la de controlar las acciones militares y los abusos que se puedan cometer a causa de la ocupación militar. El TSI decide sobre temas políticos, religiosos y de seguridad, por tanto, debe tener en cuenta no solo los intereses de su Estado, sino la obligación del mismo de proteger los derechos humanos en cualquier situación, en este caso, las derivadas de la ocupación militar dentro de Palestina.

De ahí la importancia de la teoría de la interpretación (SCHAUER, 1992, p. 739-741), que permite identificar la naturaleza del derecho y la identificación de las disposiciones imperativas que corresponden a la llamada *regla de reconocimiento*. El juez toma el caso, analiza las distintas premisas y las interpreta con las normas correspondientes (MORESO, 1997, p. 190). El TSI ha utilizado la teoría moral (*moral theory*) en su reconocimiento y razonabilidad normativa, sin embargo, no ha resuelto el dilema que se presenta cuando ésta plantea problemas interpretativos porque las normas constitucionales apuntan en una dirección y la teoría moral en otra (SCHAUER, 1992, p. 741).

Es decir, la interpretación es dependiente y no antecedente a la selección de un método de interpretación. Se debe tener en cuenta que hay fuentes de interpretación que no necesariamente son las leyes constitucionales sino que existen otros métodos

de reconocimiento de las normas y no necesariamente son secundarios sino inherentes a la misma (SCHAUER, 1992, p. 742). Para hacer uso de la teoría de la interpretación y escoger cuál método será el empleado, es necesario identificar el caso, saber si la interpretación puede ser útil al mismo y determinar en principio cuales serían las teorías a utilizar. Ésta teoría constitucional sirve al juez constitucional para decidir las fuentes adecuadas en la interpretación constitucional, como también, en el reconocimiento de los casos difíciles (SCHAUER, 1992, p. 746).

El TSI toma como referencia no solo las leyes escritas sino aquellas que reflejan los valores judíos de Israel, es decir, hace una ponderación de valores denominada en lengua inglesa como *balancing*, crea un *contrapeso de valores e intereses constitucionales* decidiendo cuáles serán los derechos que prevalecerán (DÍAZ, 1997, p. 233-234). Según Gavison (2006, p. 211), el papel de los tribunales es la protección de los derechos humanos como base fundamental de su mandato, contra los intereses de la mayoría incluso por encima de cualquier credo. Ahora bien, esa protección de los derechos constitucionales cuando no están claramente incorporados en la ley y su ámbito de aplicación es controvertida, puede ser visto como una adecuación de los tribunales y la aplicación de sus valores sobre los de la mayoría; los tribunales constitucionales son intérpretes pero no creadores de la Constitución (ALBERT, 1969, p. 1263).

La doctrina creada por el TSI en relación con la protección de los derechos civiles y políticos ha cambiado con los años, partiendo de un limitado alcance judicial a una mayor implicación del mismo. En algunas ocasiones ha beneficiado el Estado de Derecho pero en otros ha generado dudas acerca de su legitimidad para intervenir en todo tipo de casos (GAVISON, 2005, p. 18). Se puede señalar que el activismo del TSI se debe a la falta de resolución del gobierno y las evasivas a los problemas derivados de la ocupación, evitando tomar decisiones que son de carácter político o económico (SHETREET, 1990, p. 405-406). El *Knesset* tiene la posibilidad de limitar el alcance del TSI pero hasta la fecha no lo ha hecho, y puede ser porque las decisiones judiciales de éste no limitan la libertad del gobierno o del poder legislativo (GAVISON, 2005, p. 27).

Por consiguiente, se puede decir que la jurisprudencia del TSI se caracteriza por ser activa en la interpretación de las Leyes Básicas, aunque no se puede decir lo mismo acerca de la revisión judicial de la legislación israelí, por su escasa intervención en lo relacionado con los derechos fundamentales. Esto se refleja en sus decisiones, en especial los casos referentes a la seguridad nacional y que entra a ser un paradigma, desplazando cualquier intento de protección de los derechos fundamentales de la población palestina, como justificación de la amenaza contra el Estado israelí. A partir de este principio surge un concepto utilizado por el TSI como es el de la proporcionalidad. A continuación se analizará cuál es la teoría respecto a necesidad del Estado de preservar la seguridad, y cómo se puede hacer un balance entre las necesidades de la población palestina y la protección de la seguridad nacional.

3 Discrecionalidad Judicial y Legitimidad Constitucional

El TSI ha reforzado su papel dentro del Estado como defensor de los derechos humanos e intérprete constitucional frente a las acciones gubernamentales. No obstante, respecto a la política seguida por el gobierno dentro de los TO, no logra tener la fuerza suficiente para frenar las violaciones de los derechos humanos realizadas por el gobierno militar. Así las cosas, la doctrina que sigue es el reflejo de la moral como una forma de proteger los intereses de la población israelí frente a las amenazas a la seguridad. El argumento de la moral justifica en ocasiones la necesidad de causar un mal a la población ocupada con el fin de evitar un mal mayor a la sociedad israelí presente en los TO. Ahora bien, no es fácil adecuar esta doctrina a la ley porque no existe la certeza de saber en qué momento una acción dañina deba ser justificada como necesaria. Este concepto de daño menor no tiene ninguna validez razonable y por el contrario carece de argumentos válidos, aunque existen diferentes teorías morales al respecto (SEGEV, 2005-2006, p. 631).

En este sentido, Dworkin establece que la duda de los jueces no es sobre las disposiciones del derecho, sino la manera en la que ejercerán esa discreción judicial, cómo deben decidir respecto a un caso determinado y si es la mejor manera de hacerlo. El autor argumenta que en realidad lo que se presenta en estos casos es "una ambigüedad en el concepto de discreción" (DWORKIN, 2012, p. 131). Si los jueces tienen que decidir de acuerdo a una norma social que lo exija, no hay duda que la decisión debe ser tomada por un Tribunal Supremo, pero no porque estén en desacuerdo sobre lo que exige el derecho, sino porque no saben la forma en que deben hacer uso de esa discreción (DWORKIN, 2012, p. 131). En el conflicto palestino, el TSI no logra reforzar su posición y legitimidad como defensor de los derechos humanos porque no tiene una jurisprudencia coherente, es decir, estas decisiones no son guiadas siempre por una norma en concreto, sino que son generalmente resueltas por una interpretación de lo menos malo, o lo necesario para la defensa de la seguridad de la población israelí, en la lucha contra las amenazas terroristas.

El autor Segev (2005-2006, p. 632), manifiesta que las acciones ejecutivas y de los Tribunales deben guiarse por reglas que establezcan las normas, para evitar la posible discrecionalidad arbitraria de los funcionarios ejecutivos. Las reglas motivan un pensamiento racional y permiten alcanzar soluciones más justas y razonables. En un caso difícil las decisiones jurídicas de los Tribunales resuelven un conflicto y justifican la resolución del caso, sin embargo, esas decisiones no siempre tienen una justificación válida para el mismo. Esto es lo que ha sido llamado la doctrina de la *justificación legalista* (LYONS, 1998, p. 168).

El TSI ha contribuido al desarrollo del Estado israelí a nivel social, no es una institución política y es visto por algunos sectores sociales como una institución imparcial porque investiga todo tipo de casos sin ninguna discriminación, dictando en ocasiones sentencias que van en contra de las resoluciones del gobierno militar en lo TO

(BARZILAI, 1999, p. 16; 21-25). El TSI en una sentencia destacó: "The Supreme Court is the competent interpreter of the language of the law, as well as its condition at any given time" la función que desempeña dentro del sistema constitucional israelí sirve como una herramienta para hacer cumplir la voluntad del legislador, como representante legítimo de la sociedad.[21]

No obstante, su posición frente a los casos de los TO no deja de ser sesgada, porque solo decide la legalidad o ilegalidad de las acciones militares pero no cuestiona en ningún momento la situación de ocupación territorial en Palestina. En este sentido, Barzilai sostiene que la realidad de los jueces del TSI es diferente porque "... they often side with government policies, and, second, incumbent justices have only seldom and very reluctantly supported nominations of potential dissenting justices" (BARZILAI, 1999, p. 28). Esta visión es el reflejo de algunos grupos políticos nacionales e internacionales, porque argumentan que la función principal del TSI ha sido la de justificar las acciones gubernamentales bajo las disposiciones internacionales (KRETZMER, 1996, p. 95).

La actividad del TSI ha sido distinta, no se puede decir que sea coherente y constante pero en ocasiones sí ha ido en contra de las políticas gubernamentales con el objetivo de buscar la justicia social en los TO (SHAMIR, 1990, p. 795). La jurisprudencia ha contribuido para el desarrollo y empoderamiento constitucional en Israel reforzando el sistema democrático del Estado, proporcionando una administración más equitativa del gobierno (SHETREET, 2001, p. 240). La legitimación judicial concedida al TSI dentro de los TO ha sido criticada por considerarse que las reglas del derecho aplicadas son autoritarias y para nada se corresponde con la revisión judicial. Se puede decir que sus sentencias en general han creado una cultura de legitimación de la ocupación en Palestina, justificado siempre desde el paradigma de la seguridad nacional, pero no procura avances significativos en la retirada de los territorios, ni en el reconocimiento del derecho del pueblo palestino a tener un Estado (MEYDANI, 2006, p. 50).

El TSI ha desarrollado dos conceptos que responden a la justificación de sus decisiones: "*public consensus*", "*public morale*" (BARZILAI, 1999, p. 20). Estos conceptos se desarrollan partiendo de los problemas que son sensibles para la población israelí y de interés para el gobierno militar, como punto central la moral y el deber ser, reconocido desde la necesidad del pueblo judío y sus valores. Por ello, hace un análisis del principio de proporcionalidad de las acciones de las FDI sin establecer una crítica sobre los procedimientos empleados. En términos generales, el TSI goza de legitimidad judicial por parte de la población israelí como palestina, aunque no estén de acuerdo con la efectividad en la protección de los derechos humanos en los TO, generando cuestionamientos entorno a su actividad (KRETZMER, 1996, p. 95).

Algunos miembros del gobierno y políticos piensan que la intervención del TSI en las decisiones sobre la seguridad ha dañado la efectividad de las acciones tomadas

contra la violencia y el terror. En la práctica, poca ha sido el avance del TSI en la protección de los derechos fundamentales de la población palestina porque la mayoría de decisiones termina aceptando la discrecionalidad administrativa de las FDI en el uso de sus poderes en materia de seguridad. De manera que no pierden autonomía ni muchos menos se obstaculiza las decisiones tomadas por las el gobierno militar en aras de la protección general (KRETZMER, 1996, p. 96).

La función desempeñada por TSI no ha sido fácil porque se ha enfrentado no solo con la política del Estado frente a la ocupación y el predominio de la seguridad, sino también a los grupos religiosos. A su vez, con el carácter judío del Estado que tiene implícitos unos valores religiosos como esencia del mismo, lo cual hacen difícil su conciliación aunque han permitido reafirmar su posición frente a las ramas del poder público (SHETREET, 2001, p. 241).

Conclusión

El TSI ha tenido un papel preponderante en el desarrollo del derecho Constitucional israelí, porque en la interpretación ha construido elementos que sirven para la concreción de los principios y los llamado valores dentro del Estado, que son el reflejo de los derechos fundamentales aceptados culturalmente, generando una creación o reinterpretación de normas, integración de las disposiciones normativas; favoreciendo la protección y cumplimiento de los derechos humanos en ausencia de una Carta Constitucional rectora.

El activismo judicial puede suponer una dificultad hermenéutica porque no existen unos parámetros claros respecto a una decisión activa, innovadora, de manera que el concepto de activo puede llegar a ser cambiante precisamente por la actividad interpretativa que no permite a los tribunales tener unos argumentos definidos. Por consiguiente, estos pueden cambiar dependiendo de la situación o los intereses que estén de por medio. Este activismo no tiene una ideología y se puede ejercer tanto de manera conservadora como liberal, en el caso de Israel, ceñida a los parámetros establecidos dentro de la Leyes Básicas, las cuales son parte de la cultura y el reconocimiento del pueblo judío. Esto a simple vista no sería algo malo porque reivindica principios éticos, morales y sociales, aceptados internacionalmente y que hacen parte de la doctrina internacional, sin embargo, sí choca con los intereses del pueblo palestino bajo ocupación, porque pertenecen a un grupo étnico distinto que reivindica otros principios.

Es precisamente esa interpretación del TSI que genera disensos en torno a lo que respecta la ocupación, porque no hace cambios frente a la opresión y violación de los derechos humanos, sino que interpreta las normas constitucionales e internacionales como método para justificar los actos del gobierno militar. Esto es solo un método subsidiario que da respuesta pronta a los conflictos presentes en la región, es decir,

creando una indeterminación jurídica. Para esto ha hecho uso de la moral establecida en las Leyes Básicas del pueblo de Israel, creando un reconocimiento de las normas que aplica, una adecuación con la situación que se presente, intentando proporcionar una verdadera razonabilidad normativa, pero sin resolver el problema entre lo que disponen en esencia las Leyes Básicas y por otro lado, los principios del derecho internacional.

En algunos casos, el TSI ha ido más allá de la moral establecida en las Leyes Básicas, cambiando de manera arbitraria esa moral y los valores de la misma sociedad israelí, en aras de proteger los intereses de Israel en perjuicio de la población de los TO. Estas decisiones del TSI pueden generar un efecto contrario al de la búsqueda de la justicia y la igualdad dentro de los TO, porque no se sabe cuándo una interpretación de la norma pueda resultar ilegal pero necesaria para los intereses del Estado de Israel. Entonces, cuando hace esto, sus decisiones son contrarias y arbitrarias con las normas del derecho internacional.

La función del TSI frente a la ocupación ha sido la de hacer una interpretación de los valores constitucionales del Estado Israelí, frente a las disposiciones internacionales que obligan al Estado en situaciones de ocupación militar. Éste asignó al gobierno militar las funciones de gestor pero no reconoce la acción del mismo como ocupante, eliminando pues la ilegalidad de la ocupación y dejando a las autoridades militares de Israel la capacidad para equilibrar los intereses de las personas de una manera proporcional. Ha equiparado las autoridades ocupantes con los ocupados, lo cual genera una indefensión y una distorsión de la realidad que no permite a la población palestina pronunciarse por lo real, por lo que debe ser, la lucha por su soberanía y el rechazo de la misma por parte de Israel.

NOTAS

***** Este artículo hace parte de la investigación adelantada en la Universidad San Buenaventura de Cali: un análisis hermenéutico —empírico de las condiciones para el conocimiento, interpretación y aplicación del derecho constitucional frente al derecho internacional— análisis de caso del Estado de Israel.

1 La creación de una Constitución para Israel fue decidida desde el Plan de Partición el 29 de noviembre de 1947, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, después de la presentación del informe de la Comité Especial sobre Palestina (UNSCOP) que aprobó la Resolución 181(II) o Plan de Partición. Donde se hace la recomendación de partición de Palestina en Estado árabe, un Estado judío, en unión económica y con la ciudad de Jerusalén bajo mandato

internacional. En esta Resolución 181 de las Naciones Unidas se estipula la adopción de una Constitución escrita para Israel y Palestina.

2 Las Leyes Básicas de Israel fueron promulgadas como una Constitución por capítulos, debido a las dificultades de alcanzar un consenso para crear una Constitución en el Estado de Israel. Para consultar las Leyes Básicas promulgadas hasta la fecha ver: <http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_yesod1.htm> (consulta en: 20 de nov. de 2014).

3 *Basic Law*: Human Dignity and Liberty (1992).

4 *Basic Law*: Freedom of Occupation (1992) y modificada en 1994.

5 Cuando hablamos de los Territorios Ocupados por Israel en 1967, se hace referencia a: Cisjordania y Jerusalén Este, donde se han realizado cambios políticos, económicos, militares y gubernamentales, por parte del gobierno militar establecido en la región ocupada por Israel. En este caso, no se tendrá en cuenta el territorio de Gaza como ocupado, porque fue entregado por Israel de manera unilateral en el año 2005, por el entonces Primer Ministro Ariel Sharon. Con lo cual, hay una indeterminación jurídica sobre su situación actual, sí es un territorio ocupado o independiente.

6 Véase, Basic Law: Judiciary, párr.15 (a). Disponible en Web: <http://www.mfa.gov.il/mfa/aboutisrael/state/law/pages/basic%20laws%20of%20the%20state%20of%20israel.aspx> (consulta: 20 de nov. de 2014). En el caso Ressler, el TSI establece su competencia para conocer de aquellas cuestiones donde un organismo público incumple con la ley. Ver, HCJ 910/86, *Major (Res) Yehuda Ressler v. Minister of Defense*, p. 2. Disponible en Web: <www.court.gov.il> (consulta en: 20 de nov. de 2014).

7 Es importante destacar que hay diversas opiniones en contra de la creación de un Tribunal Constitucional en Israel, una de ella es la del Juez Barak, quien lo ha manifestado tanto por escrito como públicamente. Propuesta que goza de apoyo del Knesset (Parlamento Israelí), aunque hasta la fecha no ha presentado ningún proyecto de ley para cambiar las competencias del TSI.

8 Veáse HCJ 2722/92, *Mohammed Alamarin v. IDF Comander in Gaza Strip*. Disponible en Web: <www.court.gov.il> (consulta: 20 de nov. de 2014). (en este caso, el TSI no permitió al gobierno militar la destrucción de un edificio entero en territorio palestino al considerar que no era una medida razonable).

9 Ver, Basic Law: The Judiciary (28-02-1984). Disponible en Web: <http://www.mfa.gov.il/mfa/aboutisrael/state/law/pages/basic%20laws%20of%20the%20state%20of%20israel.aspx> (consulta en: 20 de nov. de 2014).

10 En este caso se puede consultar las siguientes sentencias del TSI donde aplica el derecho internacional y el israelí, para dar respuesta a la violación de los derechos de la población palestina por parte del gobierno militar: HCJ 8276/05, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Defense*. HCJ 1890/03, *Bethehem Municipality v. Ministry of Defense*. HCJ 5591/02, *Yassin v. Commander of Kziot Military* Párr. 8. HCJ 2150/07, *Abu safiya v. Minister of Defense*, párr. 33.

11 La Cueva Majpelá es un sitio sagrado tanto para judíos como musulmanes, se encuentra ubicada en Cisjordania y se cree que es el sitio de entierro de Abraham y Sara, Isaac y Rebeca, Jacob y Lea. A través de los años, en este lugar se han presentado actos de violencia por parte de miembros de una religión contra otra, causando víctimas. Los sábados y festivos los judíos pasan caminando cerca de la ciudad de Kiryat Arba a la Cueva de Majpelá, porque el uso de los vehículos está prohibida por el judaísmo en estos días. Van a la cueva a través de la ruta de peregrinación, que es un paso estrecho y por tanto, no es amplio para el paso de vehículos de seguridad o de rescate en el caso de un ataque terrorista.

12 Esta ciudad es un asentamiento israelí localizado en Cisjordania.

13 HCJ 10497/02, *Hass v. IDF Commander in West Bank*, párr. 3. Disponible en Web: <www.court.gov.il> (consulta en: 20 de nov. de 2014).

14 Ibídem., párr. 3.

15 Ibídem., párr. 15.

16 Ibídem, párr. 17.

17 La legislación citada fue: Basic Law: Human Dignity and Liberty; Palestine Order in Council, 1922, art. 83. Protection of Holy Places Law, 1967.

18 En la jurisprudencia del TSI se trataron distintos temas relacionados con los actos de los militares en los TO como: seguridad nacional, proporcionalidad, el uso de la tortura durante los interrogatorios, las detenciones administrativas, etc. En algunos casos se pronunció en contra y en otras donde consideró que no podía entrar a dirimir asuntos de competencia y conocimiento exclusivamente militar.

19 HCJ 910/86, *Major (Res.) Yehuda Ressler v. Minister of Defense,* p. 22. Disponible en Web: <www.court.gov.il> (consulta en: 20 de nov. de 2014).

20 Ver las siguientes sentencias: HCJ 680/88, *Meir Chnitzer v. The Chief Military Censor*. Disponible en Web: <www.court.gov.il> (consulta en: 26 de mar. de 2011); HCJ 393/82, *Jamait Askan et al. v. IDF Commander of Judea and Samaria*.

21 HCJ 6821/93, *Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village*, p. 97.

REFERENCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: sovereign power and bare life*. California: Stanford University Press, 1998.
ALBERT, Jeffrey M. *Constitutional Adjudication without a Constitution: the case of Israel*. Harvad Law Review. v. 82, 1969.
ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
BARAK, Aharon. *The Supreme Court as a Constitutional Court*. Mishpat Uminshal. v. 6, 2003 (en hebreo).
_____. *Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una Democracia*. Traducción de Estefanía Vela Barba. México: Suprema Corte Justicia de la Nación, 2008.
BARAK-EREZ, Daphne. *From an unwritten to written constitution: The Israeli challenge in American perspective*. Columbia Human Rights Law Review. v. 26, 1994-1995.
BARZILAI, Gad. *Courts as Hegemonic Institutions: The Israeli Supreme Court in a Comparative Perspective*. Israel Affairs. v. 5, n. 2, 1999.
BRENNAN JR., William J. *The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises*. Israel Yearbook on Human Rights. v. 18, 1988.
BRUCE PEABODY, Thomas H; WELLS Jr.; H. *The politics of judicial independence: Courts, Politics, and the Public*. Baltimore: JHU Press, 2010.
COHEN, Esther Rosalind. *¿Justice for Occupied Territorie? The Israelí High Court of Justice Paradigm*. Columbia Journal of Transnatinonal Law. v. 24, 1985-1986.
COTRAN, Eugene; MALLAT, Chibli (edts.). The Arab-Israeli accords: Legal perspectives. London: Kluwer Law International, 1996.
_____. *Human Rights.* Israel Affairs. v. 11, n. 1, January 2005.
DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
DOTAN, Yoav. *Judicial Rhetoric, Government, Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice during Intifada*. Law & Society Review. v. 33, 1999.
_____. *Judicial Accountability: The High Court of Justice and the Phenomenon of Judicial Hyperactivism*. Israel Affairs, summer, v. 8, n. 4, 2002.
_____. Legalising the Unlegaliseable: Terrorism, Secret Services and Judicial Review in Israel 1970-2001.
HERTOGH, Marc; HALLIDAY, Simon. *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and interdisciplinary Perspectives*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 2005.
_____. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2012.
EDELMAN, Martin. *Courts, Politics, and Culture in Israel*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1994.
GAVISON, Ruth. A *Constitution for Israel: Lessons from the American Experiment*. Azure. v. 12, 2002.
_____. *The Israeli Constitutional Process: Legislative Ambivalence and Judicial Resolute Drive*. The Hebrew University of Jerusalem. Paper n. 380, 2005.
_____. *Legislatures and the Phases and Components of Constitutionalism*. In: BAUMAN, Richard KAHANA, Tsvi. *The* least examined branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
GOLDSTEIN, Stephen. *The Protection of Human Rights by Judges: The Israeli Experience*. In: GIBNEY, Mark; FRANKOWSKI, Stanislaw. *Judicial Protection of Human Rights: myth or reality?* Westport: Greenwood Publising Group, 1999.
GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Dykinson, 2004.
GORDON, Evelyn. Is *It Legitimate to Critize the Supreme Court?* Azure. v. 3, 1998. Disponible en: <http://www.azure.org.il/article.php?id=397>. Consulta en: 20 de nov. de 2014.
HABA, Enrique P. *Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho. El Bluff Dworkin (Retorno al realismo ingenuo y apogeo del efecto-Vicente, lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale)*. DOXA, n. 24, 1989.
HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
HART, Herbert Lionel A. *The Concept of Law*. 3. ed. Oxford: Clarendon Law, 2012.
HERTOGH, Marc; HALLIDAY, Simon. *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and interdisciplinary Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
HOLZMAN-GAZIT, Yifat. *Land Expropriation in Israel: Law, Culture and Society*. England: Ashgate, 2007.
HONGJU KOH, Harold. *The Spirit of the Laws*. Harvard International Law Journal. v. 43, n. 1, 2002.
KOSKENNIEMI, Martti. *¿Occupied zone - A zone of reasonableness?* Israel Law Review. v. 41, 2008.
KRETZMER, David. *Domestic Politics, Law and the Peace Process: A View from Israel*. In:
LYONS, David. *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*. Barcelona: Gedisa, 1998.
MCEWEN, Craig A.; MAIMAN, Richard J. *In search of Legitimacy: Toward an Empirical Analysis*. Law & Policy. v. 8, n. 3, July 1986.
MEYDANI, Assaf; MIZRAHI, Shlomo. *The Politics and Strategies of Defending Human Rights: The Israeli Case*. Israel Law Review. v. 39, 2006.
MORESO, Juan José. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
NAVOT, Suzie. *The Constitutional Law in Israel*. Netherlands: Kluwer Law International, 2007.
NETANYAHU, Shoshana. *The Supreme Court of Israel: A Safeguard of the Rule of Law*. Pace International Law Review. v. 5, n. 1, 1993.
POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. DOXA. v. 21, n. II, 1998.
ROBERTS, Adam. *Prolonged military occupation. The Israeli-occupied territories since 1967*. American Journal International Law. v. 84, 1990.
SCHAUER, Frederick. *The occasions of constitutional interpretation*. Boston University Law Review. v. 72, 1992.
SEGAL, Zeev. *A Constitution without Constitution: The Israeli Experience and the American Impact*. Capital University Law. v. 21, 1992.
SEGEV, Re'em. *Moral justification, administrative power and emergencies*. v. 53. Cleveland State Law Review. 2005-2006.
SHAMIR, Ronen. *Landmark Cases and the Reproduction of the Legitimacy: The case of Israel's Highs Courts of Justice*. Law and Society Review. v. 24, 1990.
SHAPIRO, Scott J. *The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed*. Michigan Law School. n. 77, March 2007.
SHETREET, Shimon. *Developments in Constitutional Law: Selected Topics*. Israel Law Review. v. 24, 1990.
_____. *The Critical Challenge of Judicial Independence in Israel*. In: RUSSELL, Peter H. O'BRIEN, David, M. (edits.). Judicial Independence in the Age of Democracy: critical perspectives from around the world. United States of America: The University Press of Virginia, 2001.
_____. *Resolving the Controversy over the Form and Legitimacy of constitutional Adjudication in Israel: A Blueprint for Redefining the Role of the Supreme Court and the Knesset*. Tulane Law Review. v. 77, 2002-2003.
STRASCHNOV, Amnon. *The Judicial System in Israel*. Tulsa Law Journal. v. 34, 1998-1999.

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO DE ISRAEL

HCJ 393/82, *Jamait Askan et al. v. IDF Commander of Judea and Samaria*.
HCJ 910/86, *Major (Res.) Yehuda Ressler v. Minister of Defense*.

HCJ 680/88, *Meir Chnitzer v. The Chief Military Censor*.
HCJ 2722/92, *Mohammed Alamarin v. IDF Comander in Gaza Strip*.
HCJ 6821/93, *Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village*.
HCJ 10497/02, *Hass v. IDF Commander in West Bank*.
HCJ 5591/02, *Yassin v. Commander of Kziot Military*.
HCJ 1890/03, *Bethehem Municipality v. Ministry of Defense*.
HCJ 8276/05, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Defense*.
HCJ 2150/07, *Abu safiya v. Minister of Defense*.

Yaniza Giraldo Restrepo

ygiraldo1@usbcali.edu.co |

Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid

Máster en derecho público por la Universidad Carlos III de Madrid

Máster en derecho internacional y relaciones internacionales de la Universidad Complutense de Madrid

Docente de tiempo completo de la Universidad de San Buenaventura - Cali

Profesora de derecho internacional público

ANOTAÇÕES

EDITORIAL POLICY

REVISTA DIREITO GV *(DIREITO GV LAW REVIEW) IS A GENERAL JOURNAL THAT PUBLISHES ARTICLES, BOOK REVIEWS AND ESSAYS IN SEVERAL FIELDS OF BRAZILIAN, INTERNATIONAL AND GLOBAL LAW. IT ALSO PUBLISHES PAPERS ON THEORY OF LAW, SOCIOLOGY OF LAW, PHILOSOPHY OF LAW AND HISTORY OF LAW.*

THE JOURNAL IS OPEN TO DIFFERENT THEORETICAL AND METHODOLOGICAL APPROACHES, INCLUDING INTERDISCIPLINARY PAPERS AND ARTICLES THAT FALL INTO THE FIELDS OF LAW & DEVELOPMENT, LAW & SOCIETY AND LAW & ECONOMICS. IT ALSO REVIEWS AND PUBLISHES PAPERS CONCERNED WITH TEACHING TECHNIQUES IN LAW AND LEGAL RESEARCH METHODS.

THE 'BOOK REVIEWS AND ESSAYS' SECTION AIMS TO ATTRACT READERS' ATTENTION TO RELEVANT BRAZILIAN AND FOREIGN BOOKS AND ARTICLES, IN ORDER TO PROVOKE CRITICAL EXCHANGE. BOOKS OF ACADEMIC INTEREST ARE PREFERRED TO THOSE PRIMARILY FOCUSED ON PROFESSIONAL USE. ESSAYS ARE FORMAT-FREE, AND SELECTED FOR THEIR RELEVANCE AND NOVELTY.

REVIEW

EVERY ARTICLE IS REVIEWED BY THE EDITOR-IN-CHIEF (DESK REVIEW) WHO ASSESSES WHETHER OR NOT IT FITS THE JOURNAL'S EDITORIAL POLICY, ITS ACADEMIC CONTRIBUTION AND WHETHER OR NOT IT MEETS THE FORMAL SUBMISSION REQUIREMENTS. THE ARTICLE IS THEN SENT TO TWO ANONYMOUS REFEREES WHO EVALUATE ITS CONTENT AND STYLE IN ACCORDANCE WITH THE PRINCIPLES OF DOUBLE BLIND PEER REVIEW. COMMENTS WILL THEN BE FORWARDED TO THE AUTHOR FOR ACKNOWLEDGMENT, ACCEPTANCE OR IMPROVEMENT. IN THE LATTER CASE, A MODIFIED TEXT CAN BE SENT TO THE JOURNAL TO BE RE-EVALUATED BY THE EDITOR-IN-CHIEF. AUTHORS WILL BE EMAILED ABOUT THE STATUS OF THE EVALUATION PROCESS AND WILL BE ABLE TO ACCESS REFEREES' COMMENTS ON THEIR ARTICLE. EXCEPTIONALLY, THE EDITOR-IN-CHIEF CAN INVITE ARTICLE SUBMISSIONS.

SUBMISSIONS

ARTICLES, BOOK REVIEWS AND ESSAYS MUST BE WRITTEN IN PORTUGUESE, SPANISH OR ENGLISH, AND MUST NOT HAVE BEEN PUBLISHED ELSEWHERE OR BE UNDER CONSIDERATION BY OTHER JOURNALS. THEY CAN BE MAILED ELECTRONICALLY TO ***REVISTADIREITOGV@FGV.BR****, OR MAILED TO* ***CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI*** *AT: RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR, SÃO PAULO - SP, CEP 01330-000 ALONG WITH THE FORM "STATEMENT OF SUBMISSION, NOVELTY AND ORIGINALITY; AUTHORIZATION FOR PUBLICATION AND TRANSFERENCE OF COPYRIGHTS" AVAILABLE AT HTTP://DIREITOSP.FGV.BR/PUBLICACOES/REVISTA/REVISTA-DIREITO-GV. IN THE CASE OF SUBMISSION BY REGULAR MAIL, THE AUTHOR MUST SEND TWO PRINTED COPIES, ONE OF WHICH DOES NOT IDENTIFY THE AUTHOR, AS WELL AS A CD OR DVD WITH THE ARTICLE IN MICROSOFT WORD FORMAT (.DOC).*

WE ASK AUTHORS TO INFORM **REVISTA DIREITO GV** *OF ANY FINANCIAL SUPPORT, PRIVATE OR PUBLIC, AND OF ANY MATTER REGARDING THE ARTICLE THAT COULD CREATE CONFLICTS OF INTEREST.*

ARTICLES *MUST HAVE A MAXIMUM OF 30 PAGES OF 2100 CHARACTERS PER PAGE, INCLUDING SPACES. LONGER PAPERS CAN BE PUBLISHED SUBJECT TO THE EDITOR'S EVALUATION.*

BOOK REVIEWS *MUST HAVE A MAXIMUM OF 10 PAGES OF 2100 CHARACTERS PER PAGE, INCLUDING SPACES, PREFERABLY WITHOUT FOOTNOTES. THEY MUST HAVE A TITLE AND SHOULD NOT BE PRECEDED BY AN ABSTRACT. SUGGESTIONS FOR BOOKS TO BE REVIEWED CAN BE SENT TO THE EDITOR BY EMAIL.* ***ESSAYS*** *MUST HAVE A MAXIMUM OF 15 PAGES OF 2100 CHARACTERS PAGE, INCLUDING SPACES.*

SUBMISSIONS MUST FOLLOW THE GUIDELINES BELOW:

FORMATTING RULES:

TEXT EDITOR: ***MICROSOFT WORD***

MARGINS (LEFT, RIGHT, TOP, BOTTOM): ***3 CM***

PAGE NUMBER: ***RIGHT SIDE, INFERIOR CORNER***

FONT: ***TIMES NEW ROMAN, 12 POINT***

PARAGRAPH: ***ALIGNMENT: JUSTIFIED; DOUBLE SPACING; SPACE BEFORE TEXT: 0; SPACE AFTER TEXT: 12 POINT***

FIRST PAGE OF THE SUBMITTED TEXT MUST HAVE:

- ***TITLE*** *WITH A MAXIMUM OF 8 WORDS, BOLD, IN EITHER PORTUGUESE OR ENGLISH*
- ***ABSTRACT WRITTEN IN PORTUGUESE*** *(OR SPANISH), WITH ABOUT 150 WORDS, LEFT ALIGNED, CONTAINING* ***STUDY FIELD, OBJECTIVES, METHODOLOGY, RESULTS AND CONCLUSIONS***
- *FIVE* ***KEYWORDS*** *IN PORTUGUESE, LEFT ALIGNED*
- ***ABSTRACT WRITTEN IN ENGLISH****, WITH ABOUT 150 WORDS, LEFT ALIGNED, CONTAINING STUDY FIELD, OBJECTIVES, METHODOLOGY, RESULTS AND CONCLUSIONS*
- *FIVE* ***KEYWORDS*** *IN ENGLISH, LEFT ALIGNED*

REFERENCES *MUST BE CITED IN THE BODY OF TEXT, INCLUDING AUTHOR'S LAST NAME, YEAR AND PAGE OF THE PUBLICATION. EXAMPLE: "A CHAMADA 'PANDECTÍSTA' HAVIA SIDO A FORMA PARTICULAR PELA QUAL O DIREITO ROMANO FORA INTEGRADO NO SÉCULO XIX NA ALEMANHA EM PARTICULAR" (LOPES, 2000, P. 225). A COMPLETE BIBLIOGRAPHY MUST BE PRESENTED IN ALPHABETICAL ORDER AT THE END OF THE TEXT.*

NOTES *MUST BE CUT TO THE MINIMUM NEEDED AND PRESENTED AT THE END OF TEXT, SEQUENTIALLY NUMBERED, BEFORE THE BIBLIOGRAPHY.*

DIAGRAMS, GRAPHS AND TABLES *MUST PRESENT TITLE AND SOURCE, AND BE PLACED AT THE END OF TEXT, AFTER THE BIBLIOGRAPHY. THEIR POSITION HAVE TO BE INDICATED IN THE BODY OF THE ARTICLE, AVOIDING REPETITION OF INFORMATION IN BOTH CHART AND TEXT.*

COMPLEMENTARY INFORMATION

IN THE SAME FILE, THE AUTHOR MUST ADD A ***COVER LETTER*** *CONTAINING THE FOLLOWING INFORMATION: TITLE OF THE ARTICLE, FOLLOWED BY AUTHOR'S IDENTIFICATION – FULL NAME, INSTITUTIONAL AFFILIATION, FULL ADDRESS, TELEPHONE AND EMAIL.*

AUTHORS ARE FULLY AND EXCLUSIVELY RESPONSIBLE FOR THEIR ARTICLES.

COPYRIGHTS

REVISTA DIREITO GV *(DIREITO GV LAW REVIEW) HAS THE PATRIMONIAL RIGHTS OF ALL THE ARTICLES PUBLISHED, TRANSLATIONS INCLUDED, EXCEPT WHEN SPECIFIED. FULL REPRODUCTION OF ARTICLES, BOOK REVIEWS AND ESSAYS IS PROHIBITED. CITATION OF PARTS OF THE TEXT WITHOUT PREVIOUS SOLICITATION IS ALLOWED PROVIDED THAT THE SOURCE IS PROPERLY IDENTIFIED.*

LINHA EDITORIAL

A **REVISTA DIREITO GV** é generalista. Publica artigos, resenhas e ensaios inéditos (nacional ou internacionalmente) sobre a dogmática das diversas áreas do Direito nacional, internacional e global, além de trabalhos de pesquisa aplicada e textos de Teoria do Direito, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito e História do Direito.

A Revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares e artigos que se enquadrem nos campos de pesquisa Direito e Desenvolvimento (*Law & Development*), Direito e Sociedade (*Law & Society*) e Direito e Economia (*Law & Economics*). Ademais, recebe trabalhos sobre ensino e pesquisa em Direito.

A seção de resenhas e ensaios tem como objetivo chamar a atenção dos leitores para livros e revistas, nacionais e estrangeiros, relevantes e suscitar discussões críticas sobre eles. As resenhas privilegiam títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios possuem forma livre e são selecionados por sua relevância e novidade.

AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia (*desk review*) realizada pela editora-chefe, verificando sua adequação à linha editorial da Revista, seu potencial para publicação e o atendimento aos requisitos formais de submissão. Após essa avaliação, os artigos aprovados são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *double blind peer review*. Recebidos os pareceres, estes são encaminhados para o autor do artigo a fim de tomar ciência ou para que incorpore as modificações sugeridas. Neste último caso, o texto modificado deverá ser remetido para a Revista. Será novamente avaliado em função das alterações. Os autores serão informados por e-mail sobre o andamento da avaliação e terão acesso a todos os pareceres sobre seu artigo, sem identificação de autoria. Excepcionalmente, haverá convites para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pela Editora.

SUBMISSÃO DE ARTIGOS

Os artigos, resenhas e ensaios enviados devem ser inéditos, escritos em português, espanhol ou inglês e não podem estar sob avaliação em outro periódico. Os autores só poderão submeter um artigo por vez, seja como autor principal ou em coautoria, exceção feita às chamadas de trabalhos temáticas ou dossiês especiais. Os artigos devem ser encaminhados pelo e-mail **revistadireitogv@fgv.br** ou pelo correio (aos cuidados da Editora-chefe **Catarina Helena Cortada Barbieri**, Rua Rocha, 233, 11º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000) juntamente com o "Termo de submissão de artigo, declaração de ineditismo e originalidade, termo de autorização para publicação e cessão dos direitos autorais", disponível em **http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/revista-direito-gv**. Caso o texto seja remetido pelo correio, pede-se que seja em duas cópias impressas, uma delas sem identificação de autoria, além de um CD ou DVD com o artigo em formato Word.

Solicita-se que o autor informe à Revista qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais ou não, e que declare não haver conflito de interesses que comprometa o trabalho apresentado.

Os **artigos** devem ter até 30 laudas de 2100 caracteres com espaços. Textos mais extensos do que o padrão serão publicados, a critério da editora, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem ter até 10 laudas de 2100 caracteres com espaços, de preferência sem notas de rodapé. Devem conter um título e não precisam ser precedidas de resumo. Sugestões de livros a serem resenhados podem ser encaminhadas para o e-mail da Revista. Os **ensaios** devem apresentar até 15 laudas de 2100 caracteres com espaços.

Os artigos deverão ser encaminhados para a Redação com as seguintes características:

Regras de formatação

- Editor de texto: **Microsoft Word**
- Margens: esquerda, direita, superior e inferior de **3 cm**

Paginação: **canto inferior direito**

- Fonte: **Times New Roman, tamanho 12**
- Parágrafo: **alinhamento justificado; espaçamento entre linhas: duplo; espaçamento anterior: 0 ponto; posterior: 12 pontos**

A primeira página do artigo deve conter:

- **Título**, com, no máximo, oito palavras, em negrito (português e inglês)
- **Resumo em português** (ou espanhol), com cerca de 150 palavras, **contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão**
- Cinco **palavras-chave**, alinhamento à esquerda, em português
- **Resumo em inglês**, com cerca de 150 palavras, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusões
- Cinco **palavras-chave**, alinhamento à esquerda, em inglês

Referências devem seguir o sistema de chamada autor-data (ABNT NBR-10520), isto é, as citações devem vir no corpo do texto com indicação do sobrenome, ano e página de publicação. Ex.: "A chamada 'pandectísta' havia sido a forma particular pela qual o direito romano fora integrado no século XIX na Alemanha em particular" (LOPES, 2000, p. 225). As referências bibliográficas completas deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto (ABNT NBR-6023).

Notas devem ser reduzidas ao mínimo necessário e apresentadas ao final do texto, numeradas sequencialmente, antes das referências bibliográficas.

Diagramas, quadros e tabelas devem apresentar título e fonte e ser colocados ao final do texto, após as referências. Sua posição deve ser indicada no próprio texto, constando referência a eles no corpo do artigo. Deve-se evitar a repetição de informações contidas no texto.

Informações complementares

No mesmo arquivo, o autor deverá enviar uma **capa** (página de rosto) contendo as seguintes informações: título do artigo; seguido da identificação do(s) autor(es) – nome completo, instituição à qual está ligado, cargo, endereço para correspondência, telefone e e-mail.

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

DIREITOS AUTORAIS

A **REVISTA DIREITO GV** detém os direitos patrimoniais dos artigos, resenhas e ensaios que publica, inclusive os de tradução. Permitem-se cópias para fins de pesquisa pessoal ou uso acadêmico. A reprodução de artigos, resenhas e ensaios em outra publicação requer autorização expressão da **REVISTA DIREITO GV**, exceto no caso de citação de trechos, que independe de solicitação prévia, desde que identificada sua fonte.

v. 10 n. 2 jul-dez 2014

70 anos de Bretton Woods: balanços e perspectivas

HOW DOES INTERNATIONAL TRADE REGULATION ADDRESSES EXCHANGE RATES MEASURES?
VERA THORSTENSEN E CAROLINA MÜLLER: 379

CIDADANIA, ESTADO E SISTEMA MONETÁRIO INTERNACIONAL
FÁBIO LIMA QUINTAS: 417

UMA PROPOSTA ESQUECIDA – O BANCOR
NICOLE JULIE FOBE: 441

CONTROLES DE CAPITAL: 70 ANOS DE VAI E VEM
BRUNO MEYERHOF SALAMA: 451

O BRASIL E O FMI DESDE BRETTON WOODS: 70 ANOS DE HISTÓRIA
PAULO ROBERTO DE ALMEIDA: 469

Outros temas

A POLÍTICA, O DIREITO E O DESENVOLVIMENTO: UM ESTUDO SOBRE A TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO
SILVIANA L. HENKES: 497

DEMOCRACIA Y FINANCIACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA
DAVID ALMAGRO CASTRO: 535

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES CON ESPECIAL REFERENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO
ERIKA M. ISLER SOTO: 559

PONDERAÇÃO DE DIREITOS E PROPORCIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS
JOSUÉ MASTRODI: 577

"MUTAÇÃO À BRASILEIRA": UMA ANÁLISE EMPÍRICA DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO
CARLOS VICTOR NASCIMENTO DOS SANTOS: 597

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS AO TRATAR DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS
CLAUDIA ROSANE ROESLER E PAULO ALVES SANTOS: 615

DOIS LADOS DA MESMA MOEDA: O TEMPO NO STF
CARLOS HENRIQUE BORLIDO HADDAD E LUCAS BACELETTE OTTO QUARESMA: 639

EL DESARROLLO ESTRATÉGICO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ISRAEL EN RELACIÓN CON LA OCUPACIÓN MILITAR
YANIZA GIRALDO RESTREPO: 655

ISSN 1808 - 2432