

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Outubro-Dezembro/2004 – Ano 41 – N° 164



Guido Mondim, "Os Arcos", 1959. Acervo do Senado Federal.

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 41 • nº 164
outubro/dezembro – 2004

Revista
de
Informação
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade
Presidente do Senado Federal – 1961-1967
Isaac Brown
Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel
Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (61) 311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva e Cláudia Moema de M. Lemos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Raquel P. dos Santos e Sérgio S. Santos

REVISÃO DE PROVAS: Leila Rodrigues Mariano, Maria Vanessa Andrade Sampaio,
Soraya Virgínia Damasceno Fernandes

EDITORÇÃO ELETRÔNICA: Anderson Gonçalves de Oliveira

CAPA: Renzo Viggiano

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

-- Ano 1, n. 1 (mar. 1964) -- . -- Brasília: Senado Federal, Subsecretaria
de Edições Técnicas, 1964-- .

v.

Trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº
11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- , nº 34- , publ. pela
Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria
de Edições Técnicas.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 41 · nº 164 · outubro/dezembro · 2004

Ana Maria D'Ávila Lopes	A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais 7
Jete Jane Fiorati	A <i>lex mercatoria</i> como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em desenvolvimento 17
Maria de Fátima S. Wolkmer	Modernidade: nascimento do sujeito e subjetividade jurídica 31
Alvaro Barreto	A representação das associações profissionais na legislação brasileira (1932-1937) 47
Paulo R. Roque A. Khouri	A proteção do consumidor residente no Brasil nos contratos internacionais 65
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia	Controle concentrado de constitucionalidade: o “Guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt 87
Rodrigo Garcia da Fonseca	O poder econômico no mercado e o seu controle na legislação antitruste 105
Fernando de Barros Filgueiras	Notas críticas sobre o conceito de corrupção: um debate com juristas, sociólogos e economistas 125
Manoel Adam Lacayo Valente	Democracia em Max Weber 149
Valerio de Oliveira Mazzuoli	O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional 157
Antonio Marcelo Jackson F. da Silva	Por que se deve ter e por que não se deve ter a pena de morte: aspectos jurídicos e políticos 179
Roberto Freitas Filho	O ensino jurídico e a mudança do modelo normativo: <i>normas fechadas x normas abertas</i> 191
Gerson dos Santos Sicca	Isonomia tributária e capacidade contributiva no Estado contemporâneo 213
Ana Paula Ribeiro Bigonha e Luiz Henrique Manoel da Costa	A carta de Sesmaria Régia outorgada ao Senado da Câmara de Vila Rica aos 27 de setembro de 1711 237
Eduardo Silva Costa	Em torno da Comunicação Social 271

Laís de Oliveira Penido	Liberdade sindical e de associação e o efetivo reconhecimento do direito a negociação coletiva como direitos fundamentais no trabalho: inserção das normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro 277
Jarbas Maranhão	Valores do Direito e da Política 299
Bruno Galindo	A teoria da constituição no <i>common law</i> : reflexões teóricas sobre o peculiar constitucionalismo britânico 303
Hugo Hortêncio de Aguiar	Palestina: antes e depois de Cristo – Parte II 317
Ricardo dos Santos Júnior	<i>Tag Along</i> : mecanismo de proteção aos acionistas minoritários e de sustentação do mercado de capitais 331
Bruno Felipe da Silva Martin de Arribas	Considerações acerca do direito à imagem como direito da personalidade 347
Maria Auxiliadora Castro e Camargo	Reforma do Judiciário. Tribunal Constitucional e Conselho Nacional de Justiça: controles externos ou internos? 367

Resenha Legislativa

(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)

Fernando Lagares Távora	Seguro rural: nova lei, outras subvenções e poucas certezas 385
Márcio de Oliveira Júnior e Rafael Silveira e Silva	Mudanças no arranjo institucional regulatório: comentários sobre as propostas em tramitação no Congresso Nacional 393

(artigos de contribuição da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal)

Luiz Fernando de Mello Perezino	Política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento: subsídios para a análise do projeto de lei de diretrizes orçamentárias para 2004 413
---------------------------------	--

A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Ana Maria D'Ávila Lopes

Sumário

1. Introdução. 2. O conteúdo essencial na doutrina de Smend. 3. O conteúdo essencial na teoria de Düring. 4. O conteúdo essencial na teoria de Häberle. 5. A relativização dos direitos fundamentais. 6. Conclusões.

1. Introdução

A natureza principiológica (ALEXY, 1993) dos direitos fundamentais, que os caracteriza como semântica e estruturalmente abertos, exige, na maioria das vezes, sua concretização via normas infraconstitucionais. Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando evitar os possíveis excessos que possam ser cometidos no momento de regular os direitos fundamentais (GAVARA DE CARA, 1994, p. 325). Contudo, a existência da garantia do conteúdo essencial não deve ser necessariamente interpretada no sentido de considerar que toda regulação ou limitação legislativa dos direitos fundamentais irá decorrer na sua desnaturalização, pois admite-se a imposição de limites (LOPES, 2001), mas sempre que observem e respeitem o conteúdo essencial do direito fundamental, ou seja, sempre que não o desnaturalizem, situação configurada quando:

- o direito é impraticável;
- o direito não pode ser mais protegido;
- o exercício do direito tem sido dificultado além do razoável.

Ana Maria D'Ávila Lopes é Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Visitante do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Desse modo, verifica-se que o legislador – em matéria de direitos fundamentais – tem duas obrigações: o dever de concretizar o conteúdo normativo desses direitos permitindo a sua real aplicação e o dever de respeitar seu conteúdo essencial.

Justamente como consequência da necessária atividade legislativa para o desenvolvimento dos direitos fundamentais e prevenindo os seus possíveis excessos foi que se tornou indispensável o desenvolvimento de uma garantia que, embora admitindo a limitação dos direitos fundamentais, assegurasse que fossem regulados sem perder as características que os identificam como tais (ABAD, 1992, p. 7). Surgiu, assim, a garantia do conteúdo essencial como mecanismo complementar dos princípios da ponderação dos bens e da proporcionalidade, na defesa dos direitos fundamentais perante os abusos do Poder Legislativo.

Sobre os critérios utilizados para determinar o conteúdo essencial de um direito fundamental, não existe consenso, ou seja, discute-se se deve ser estabelecido segundo uma norma objetiva ou um direito subjetivo. O primeiro critério exige a consideração global do problema, visto que os artigos que contêm os direitos fundamentais são parte de todo o ordenamento jurídico. Assim, admite-se que um direito fundamental possa não ser aplicado a um particular, sem que isso afete o conteúdo essencial, mas sempre que continue vigente para as demais pessoas. Em oposição, quando é considerada a teoria subjetiva, é necessário examinar a gravidade da limitação do direito em relação ao indivíduo afetado, pois é ele, e não a coletividade, o sujeito desse direito fundamental.

O critério que é aceito pela maioria é o subjetivo, que concorda com a teoria dominante sobre os direitos fundamentais, baseada na proteção do particular diante dos interesses estatais, ou seja, que outorga prevalência ao direito subjetivo do indivíduo particular em relação à coletividade.

Por outro lado, a respeito da determinação do conteúdo essencial, distinguem-se basicamente duas teorias:

a) teoria relativa: defende a tese de que o conteúdo de um direito fundamental só pode ser conhecido analisando-se, em cada caso concreto, os valores e interesses em jogo. É esse um conceito relativo porque, segundo as exigências do momento, o conteúdo poderá ser ampliado ou restringido. Sua principal diferença com as teorias absolutas é que, para a teoria relativa, o conteúdo essencial não é uma medida preestabelecida e fixa, na medida em que não é um elemento estável nem uma parte autônoma do direito fundamental, mas possui valor constitutivo, obtido a partir do controle de constitucionalidade das normas;

b) teoria absoluta: é a teoria dominante, que refere que o conteúdo de um direito é sempre o mesmo, sem importarem as circunstâncias de cada caso em particular. Na verdade, é uma posição não radical porque, embora fundada em um critério fixo e predeterminado, a determinação do conteúdo desse critério pode variar segundo as circunstâncias do momento.

A adoção de uma ou de outra teoria implicará relevantes consequências, das quais, talvez, a mais importante refira-se à primazia que irá outorgar-se ao direito fundamental em relação ao interesse estatal. Assim, por um lado, a teoria relativa admite que a limitação de um direito fundamental dependa apenas dos interesses contrapostos das partes em conflito, porém aceita a possibilidade da revogação parcial ou total desse direito no caso da afetação de algum interesse estatal; contrariamente, a teoria absoluta proclama sempre o respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental, o que implica garantir a existência desse direito sempre, ainda que exista um interesse estatal em conflito.

Resta, agora, estabelecer o que se entende por conteúdo essencial. Sobre isso, existem várias teorias, entre as quais mencionaremos as mais importantes e representativas das diversas posições.

2. O conteúdo essencial na doutrina de Smend

A teoria do “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais foi desenvolvida a partir dos estudos de Rudolf SMEND (1970), que proporcionou a base de uma interpretação mais profunda dos direitos fundamentais a partir da sua teoria da integração.

Essa concepção parte da idéia de que o Estado existe e se desenvolve em um processo de contínua renovação, denominada “integração” por Smend (1968, p. 62-105), isto é, atualização ou desenvolvimento contínuo para a realização do Estado. Entre as diversas formas de integração, destacam-se: a) pessoal: dirige-se a propiciar a unidade política das pessoas na medida em que o Estado se realiza por meio delas; b) funcional ou processual: compreende os diversos processos que criam o sentido coletivo da sociedade com a finalidade de uniformizar as distintas vontades coletivas; c) material: configurada pelos conteúdos substantivos necessários para a realização do Estado, entre os quais se mencionam os direitos fundamentais.

Nos direitos fundamentais, anotou Smend, existe um meio de “integração objetiva”, isto é, o conteúdo objetivo desses direitos tem um efeito integrador, pois constituem parte essencial de todo ordenamento democrático, graças ao qual a maioria dos cidadãos dá seu consentimento ao Estado. Por outro lado, os direitos fundamentais concretizam a liberdade e garantem, sob essa figura, seu exercício, mas não como uma expressão descritiva da realidade, senão no sentido normativo, ou seja, de uma meta que há de se alcançar. Conseqüentemente, não devem ser entendidos como a emancipação dos particulares diante do Estado, mas concebidos como relações integradoras entre aqueles e este, ou seja, como o conteúdo da unidade ou integração política.

O mérito de SMEND foi ter introduzido uma nova visão dos direitos fundamentais, os quais, até então, eram estudados a partir

da aplicação do princípio de legalidade em relação à atuação da administração pública. Para o autor alemão, os direitos fundamentais deveriam ser estudados como parte do Direito Constitucional, já que constituem o critério material de validade da Constituição.

Sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, SMEND observa que nem sempre coincide com a fórmula legislativa da sua enunciação e que, na verdade, compreende:

a) um sistema de valores e bens e um sistema cultural no qual o Estado encontra a sua unidade;

b) um sistema nacional de valores único para todos os membros – ainda que de diferentes nacionalidades – do Estado.

Desse modo, define o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como o concreto sistema jurídico de valores que promovem a integração material e a legitimidade da ordem jurídico-política estatal.

3. O conteúdo essencial na teoria de Düring

Essa teoria afirma que é graças ao reconhecimento da dignidade humana que o titular de um direito fundamental não pode ser considerado como um simples objeto da atividade estatal. Configura-se essa situação quando o titular de um direito fundamental – ainda cumprindo todos os pressupostos e condições necessárias para o exercício do direito – não se beneficia da sua aplicação, com o que sua dignidade é vulnerada.

Afirma DÜRING (apud GAVARA DE CARA, 1994, p. 218-226) que a dignidade humana expressa uma especificação material independente de qualquer tempo e espaço, que consiste em considerar como pertencente a cada pessoa um espírito impessoal, o qual a torna capaz de tomar suas próprias decisões a respeito de si e de tudo que lhe gira em torno. Precisamente por isso é que o conteúdo material de um direito fundamental identifica-se com a própria dignidade humana.

Ainda que essa teoria pertença ao grupo das absolutas, DÜRING não nega a possibilidade de solucionar possíveis conflitos entre direitos fundamentais por meio da configuração de uma escala hierárquica dos bens jurídicos protegidos, enquanto salvguarde a dignidade do homem. A obrigação de respeitar os direitos fundamentais enquanto direitos que traduzem a dignidade humana implica não apenas a obrigação estatal de se abster de qualquer ação que possa lesioná-los, mas também a ação positiva de garantir que terceiros também não transgridam tais direitos.

O problema dessa teoria apresenta-se no momento de determinar o que é a dignidade humana. GAVARA DE CARA (1994, p. 221-226) menciona três teorias que tentam explicar em que consiste a dignidade, a saber:

a) teoria originalista ou consensual: parte da preexistência de uma idéia diretriz da dignidade humana elaborada pelo Poder Constituinte no momento de incorporar a norma de direito fundamental na Constituição. Desse modo, as circunstâncias que deflagaram a criação da norma constitucional constituirão os parâmetros que permitirão determinar, no caso concreto, se a dignidade humana foi lesada ou não;

b) teoria contextual: identifica o conteúdo da dignidade pela interpretação sistemática da norma de direito fundamental que a regula; assim, dever-se-á prestar atenção a outras normas que, ainda que indiretamente, desenvolvam alguma das facetas da dignidade humana, com a finalidade de obter um conceito global;

c) teoria que identifica a dignidade humana com os direitos humanos: o problema dessa teoria é que não existe consenso sobre o próprio conceito de direitos humanos, ainda que a maioria os defina como os direitos naturais que todo homem tem apenas pelo fato de ser tal. Todavia, é uma definição que continua sendo abstrata, porque faz referência aos direitos naturais, cujo conceito é um dos mais polêmicos na teoria jurídica, do que se conclui que identificar a dignidade humana com

os direitos humanos não contribui para a determinação da definição de dignidade.

Discute-se, dentro da teoria jurídica, se a dignidade humana deve ser tratada como um valor ou como uma norma. Um valor é um conceito axiológico que não pode ser tratado em termos de dever-ser mas mediante a determinação do que é bom, e a qualificação de algo como bom depende de uma diversidade de critérios, conforme o consenso social – seguindo uma determinada tendência: liberal, social, democrática, etc. – que assim o determine. No âmbito jurídico, os valores atuam como critérios de interpretação sem fazerem parte do Direito, pois este, além de ser deontológico, exige certa dose de objetividade, como meio de oferecer segurança aos destinatários da norma.

Sobre o conteúdo da dignidade, esse será especificado a partir da sua violação, isto é, considerar-se-á que a dignidade humana não foi respeitada se alguém for tratado não como ser humano, mas como objeto. O significado dessa afirmação dependerá das circunstâncias do caso concreto.

Critica-se essa posição na medida em que podem existir casos nos quais não necessariamente a pessoa tenha sido tratada como objeto, porém, ainda assim, sua dignidade tenha sido lesada. A partir dessa crítica, observam-se as diferenças conceituais existentes a respeito dos direitos fundamentais. Por um lado, para os autores que identificam os direitos fundamentais apenas com os individuais, será mais fácil determinar se houve ou não violação à dignidade, analisando apenas se a pessoa foi tratada como um objeto. Contrariamente, para os que consideram que os direitos fundamentais abrangem diversas categorias (individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais, políticos, difusos, etc.), a especificação do conteúdo da dignidade por meio do critério mencionado não será, evidentemente, suficiente.

É, dessa maneira, necessário identificar o conteúdo essencial do direito fundamental não apenas com o que estiver diretamente relacionado com a dignidade humana.

Deve-se, sim, entender que todos os bens jurídicos constitucionais estão relacionados e que o homem não pode ser focado apenas com base em uma visão individualista, mas como um ser inserido na sociedade. Portanto, não é só por meio dos direitos individuais que ele realiza sua existência; a totalidade de seu desenvolvimento pressupõe e exige a satisfação de outras necessidades suas, concretizadas em outros direitos, como os sociais, culturais, econômicos e difusos.

4. O conteúdo essencial na teoria de Häberle

Häberle (1994, p. 45-60) define os direitos fundamentais como um sistema de valores que não pode ser concebido de forma abstrata, exterior ou superior à própria Constituição ou ao ordenamento jurídico, mas como valores que estão concretizados e positivados constitucionalmente. Dessa maneira, identifica os direitos fundamentais como um sistema institucional unitário e objetivo, cujo significado deve ser determinado em relação à totalidade da Constituição.

Tentando superar os erros da teoria da garantia institucional de Schmitt, Häberle concebe os direitos fundamentais como bens jurídicos constitucionais que incluem não apenas os bens individuais, mas também os da coletividade. Ainda mais: considera como bens constitucionais não apenas os acolhidos diretamente no texto fundamental, mas também os que são pressupostos iminentes dela.

Para determinar o significado dos direitos fundamentais, Häberle (1994, p. 50) parte do princípio de que:

a) a função social dos direitos fundamentais é dirigida a solucionar dois problemas: a determinação dos limites iminentes e o vínculo material do legislador em relação aos direitos fundamentais;

b) entre os bens jurídicos constitucionais, existem relações de “condicionabilidade” mútua, da mesma forma que entre os direitos fundamentais existe também uma con-

dicionabilidade, visto que todos se encontram relacionados entre si e com a totalidade da Constituição. Assim, os direitos fundamentais se reforçam e se protegem mutuamente;

c) os direitos fundamentais são a base funcional da democracia na medida em que, paralelamente à sua dimensão pessoal e privada, possuem uma dimensão democrática e pública, embora, em função da democracia, não se devam instrumentalizar os direitos pessoais, mas procurar o equilíbrio das duas dimensões.

Com base nessas observações, o mestre alemão afirma que a garantia e o exercício dos direitos fundamentais se caracterizam por enlaçar os interesses individuais e os públicos, interesses não contrapostos, mas situados paralelamente, um ao lado do outro. Na verdade, é próprio de toda norma jurídica procurar proteger, ao mesmo tempo, o interesse público e o privado.

A situação de tensão entre a proteção de bens jurídicos ou interesses constitucionais e os bens ou interesses particulares é o que fundamenta a autorização do Poder Legislativo para intervir e proteger os bens e os interesses da sociedade, devendo solucionar os conflitos por meio de um harmônico equilíbrio entre os interesses constitucionais e os individuais. Desse modo, a constitucionalidade de uma lei reguladora de direitos fundamentais dependerá da sua compatibilidade com o objeto de proteção do Direito e da sua justificação constitucional.

Observe-se que Häberle inclui a proteção dos bens constitucionais no conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sendo que, para a determinação e valorização dos bens e interesses em jogo, utiliza o princípio da ponderação de bens, o qual se distingue como um princípio constitucional iminente. Nesse sentido, sua aplicação deve observar que cada direito fundamental, dependendo da sua qualidade e concreta regulação constitucional, está em relação valorativa com outros bens jurídicos constitucionais. Desse modo, ao se indagar sobre o maior, igual ou menor valor dos distintos

bens jurídicos – assim como o equilíbrio entre eles e os direitos que decorrem do sistema de proteção de bens jurídicos constitucionais –, dever-se-á levar em conta que todos estão relacionados entre si.

Com base nisso, Häberle (1994, p. 60-61) unifica a teoria dos limites imanentes com a teoria do conteúdo essencial em um conceito denominado “limites aos direitos fundamentais segundo a sua essência”, propondo que as leis reguladoras de direitos fundamentais adquiram nível constitucional para que se consiga uma maior compatibilidade entre todas as normas sobre direitos fundamentais (constitucionais e infraconstitucionais), visto que a Constituição deve ser interpretada sempre na sua totalidade, relacionando todos os bens constitucionais. Dessa forma, os limites imanentes estariam incluídos no conteúdo essencial dos direitos fundamentais, uma vez que, para conhecer esses limites, faz-se necessária a ponderação de todos os bens constitucionalmente protegidos.

O conteúdo essencial não seria uma medida em si mesma, mas estaria determinado pela Constituição e os outros bens jurídicos. Nesse sentido, seria o legislador quem, além de regular um direito fundamental, estabeleceria também o seu conteúdo essencial e os limites imanentes.

Foi justamente essa aparente confusão ou identificação entre conteúdo essencial e limites imanentes que provocou a enorme quantidade de críticas à tese defendida por Häberle, já que o correto teria sido que a determinação do conteúdo precedesse a colocação dos limites, os quais não podem ser, ao mesmo tempo, os elementos definidores da sua própria inconstitucionalidade. O principal erro de Häberle, no entanto, foi colocar nas mãos do legislador o poder de ele próprio determinar os critérios que qualificariam sua tarefa como constitucional ou inconstitucional, esquecendo-se de que tanto a garantia do conteúdo essencial quanto o princípio dos limites imanentes foram criados para proteger os direitos fundamentais dos abusos do legislador.

Häberle (1994) responde às críticas expondo a existência de certas limitações. Assim, o legislador, na concretização normativa dos direitos fundamentais, não poderia “criar” uma segunda Constituição nem realizar uma modificação material da Lei Fundamental, isto é, não poderia ocupar o lugar do legislador constituinte. A garantia dos direitos fundamentais obriga a que a atividade legislativa se justifique na própria Constituição, isto é, exige-se a prévia determinação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. A ponderação de bens realizada pelo legislador, na sua função reguladora, teria, assim, como principal limite o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, determinado pela conjunção dos interesses dos particulares e da coletividade. Com base nisso, Häberle (1994) deduziu o duplo caráter dos direitos fundamentais:

a) o aspecto individual, que garante um direito público subjetivo, cujo titular tanto pode ser um indivíduo quanto um grupo, associação, sindicato, etc.;

b) o aspecto institucional, expresso pela garantia constitucional que reconhece a configuração e ordenação de determinados âmbitos sociais nos quais o indivíduo se desenvolve, como a família, o matrimônio, a liberdade de associação, a liberdade de imprensa, etc.

Ambos os aspectos configuram globalmente o direito fundamental, relacionando-se simultânea e paralelamente, em igual nível hierárquico, sem que o legislador possa afetar nem um nem outro aspecto.

Essa visão de Häberle mostra a influência recebida de Hauriou (1972), que tentou, com a sua teoria tradicional da instituição*, superar a separação entre o direito objetivo e o subjetivo, relacionando as duas dimensões não como uma alternativa, mas como uma correlação, para que a interpre-

* O conceito de *instituição* foi desenvolvido no mundo jurídico por Hauriou (1972) que a definiu como uma organização social criada por poder permanente, a partir de uma idéia fundamental aceita pela maioria dos membros da sociedade.

tação dos direitos fundamentais levasse em conta os dois aspectos ao mesmo tempo.

Häberle (1994, p. 49) defende a idéia de que os direitos fundamentais – graças ao seu caráter dinâmico decorrente da sua natureza principiológica – relacionam-se facilmente ao âmbito social garantido institucionalmente, assim como ao complexo normativo que desenvolve o seu exercício:

“(...) los derechos fundamentales son no sólo derechos individuales subjetivos del individuo o del grupo, pues, tutelan también conexiones objetivas, complejos de normas constituidas por el Derecho positivo – facilmente intuible en los casos de la propiedad privada, del derecho público y privado de las asociaciones, del matrimonio y de la familia (...)”.

O legislador ocuparia, nesse contexto, um papel de suma importância visto que é ele quem tem a função de desenvolver a configuração e a concretização dos direitos fundamentais. Daí que se procure fixar constitucionalmente os limites aos quais o legislador está submetido, com a finalidade de evitar não apenas a desnaturalização dos direitos fundamentais, mas, e sobretudo, que ocupe ou substitua o lugar do legislador-constituente.

5. A relativização dos direitos fundamentais

A garantia do conteúdo essencial é concebida como um limite à atividade limitadora dos direitos fundamentais, isto é, como o “limite dos limites”. O conteúdo essencial atua como uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser “invadido” por uma lei sob o risco de ser declarada inconstitucional. Por isso é que a garantia do conteúdo essencial é o limite dos limites, indicando um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais.

Essa visão fundamenta-se na teoria da concordância prática de Hesse (1983), que

defende a harmonização entre todas as normas constitucionais, ou seja, a idéia de que nenhum direito ou bem constitucional é superior ou inferior, por isso, os direitos devem ser regulados e limitados, não sendo possível, pois, aceitar o seu caráter absoluto. Observe-se, contudo, que essa limitação deve, por sua vez, ser limitada em razão do risco da desnaturalização do direito.

Com base nisso, Otto y Pardo (1988) chama a atenção para um interessante paradoxo: a garantia do conteúdo essencial persegue o fortalecimento dos direitos fundamentais, mas também pode constituir-se no meio que nos leve à direção contrária.

Com efeito, o estabelecimento de um limite dos limites – mediante a garantia do conteúdo essencial – não implicaria nenhum problema, se se partisse do pressuposto de que qualquer lei pode limitar um direito fundamental por qualquer motivo e finalidade. Esse foi o fundamento histórico do surgimento da garantia no Direito alemão. Durante a época da Constituição de Weimar, os direitos fundamentais eram praticamente esvaziados de conteúdo pelo trabalho do Poder Legislativo, além de não existir o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, fazendo necessária a criação de um mecanismo, como a garantia do conteúdo essencial, que limitasse a atividade legislativa e salvaguardasse os direitos fundamentais.

Na atualidade, entretanto, a situação é muito diferente. Os direitos fundamentais estão constitucionalizados e sua proteção realiza-se – entre outros remédios constitucionais – via o controle de constitucionalidade, no qual se analisam as justificativas da regulação e se o legislador excedeu-se nas suas competências.

Se, por meio do controle de constitucionalidade, é possível defender os direitos fundamentais dos excessos do Legislativo, questiona-se, então, qual é o sentido da garantia do conteúdo essencial?

Otto y Pardo (1988) conclui que o sentido da garantia reside na relativização dos

direitos fundamentais, o que pode ser observado tanto dentro da concepção relativa como da absoluta sobre o conteúdo essencial.

Assim, na teoria relativa, define-se o direito fundamental não como algo dotado de um valor incondicional, mas como algo cuja característica jurídica é a proibição da sua limitação arbitrária, de tal forma que a garantia do conteúdo essencial não alude, na verdade, ao conteúdo, mas a um juízo de razoabilidade, cujo caráter tem um sentido “econômico”, visto que se refere a uma relação custo-benefício. A relativização dos direitos fundamentais que daí decorre é manifesta: “la relación de equilibrio entre las normas constitucionales se subvierte por entero en perjuicio de los derechos fundamentales, porque el *derecho empieza allí donde acaba la posibilidad de limitarlo*” (OTTO Y PARDO, 1988, p. 131). Na teoria relativa, o conteúdo de um direito não desempenha nenhum papel material ou substancial, sendo puramente processual ou argumentativo. É processual na medida em que o trabalho legislativo é analisado só porque está incidindo num direito constitucionalizado; por outro lado, é argumentativo porque a garantia depende mais do discurso utilizado a favor ou contra a norma reguladora do que do conteúdo em si.

Na teoria absoluta, o panorama não é muito diferente, na medida em que verifica-se que a construção dogmática da garantia do conteúdo essencial realiza-se com base em uma proteção singularizada. Com efeito, na teoria absoluta, o conteúdo essencial é um núcleo duro, absolutamente resistente à ação limitadora do legislador, ainda precisando-se proteger outro direito ou bem constitucional. A proteção unicamente do núcleo implica que a parte periférica estaria totalmente desprotegida, com o que, ainda que indiretamente, o direito poderia ser lesionado sem a “necessidade” de ter sido diretamente afetado o seu núcleo.

O pensamento de Otto y Pardo tem provocado interessantes discussões a respeito

da relativização dos direitos fundamentais em virtude da incorporação da garantia do conteúdo essencial em um sistema no qual já existe o controle de constitucionalidade das leis. A doutrina e a jurisprudência têm predominantemente aceito a relativização, só que não sob o ponto de vista negativo, mas, justamente, como a afirmação da historicidade e da exigência da constante atualização de um direito. Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial não apenas aceita a possibilidade da limitação, mas também a regulação de um direito fundamental, com a finalidade de permitir que possa ser efetivamente exercido, mas sempre que não seja desnaturalizado. Essa garantia, junto com os princípios da ponderação dos bens e da proporcionalidade, constitui um mecanismo indispensável na realização dos direitos fundamentais, os quais não são direitos absolutos mas também não são, nem muito menos, instrumentos da arbitrariedade do legislador.

6. Conclusões

A garantia do conteúdo essencial surgiu basicamente para limitar os abusos normativos da atividade reguladora do legislador ordinário em matéria de direitos fundamentais. A importância da garantia como mecanismo de limite ao poder de legislar é inquestionável, não apenas porque é uma garantia que não depende de maiores regulamentações – visto que sua aplicação pode ser direta, facilitando sua utilização –, mas porque, por meio dela, pode-se garantir o real exercício dos direitos fundamentais, elementos legitimadores e fortalecedores do Estado Democrático de Direito.

Bibliografia

ABAD, Samuel. Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. *Thémis*, Lima, n. 21, 1992.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

HÄBERLE, Peter. Recientes aporte sobre los derechos fundamentales en Alemania. *Revista Pensamiento Constitucional*, Lima, año 1, v. 1, 1994.

HAURIUO, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 5. ed. Paris: Montcherétien, 1972.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

OTTO Y PARDO, Ignacio de. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1988.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1968.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Aguilar, 1970.

A *lex mercatoria* como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em desenvolvimento

Jete Jane Fiorati

Sumário

Introdução. 1. A *lex mercatoria* como ordenamento jurídico autônomo. 2. Estados em desenvolvimento e *lex mercatoria*. Considerações finais.

Introdução

A internacionalização das empresas propiciada pela abertura de mercados e pela modernização tecnológica fez com que, dos Estados Unidos e da Europa, as regras sobre defesa da livre concorrência e contra práticas anticompetitivas e *dumping* se espalhassem para outros continentes e, nesta década de 1990, viessem inclusive a constituir um dos capítulos da Ata Final da Rodada Uruguai que criou a OMC. Se as empresas são globais, o mercado é global, os princípios básicos para a defesa da concorrência também devem ter sua aplicação em âmbito global.

No final do século XX e início deste século, com a transformação do mercado nacional, que deixa de ser isolado e torna-se interdependente, surge um mercado global e surgem também as megaempresas conhecidas como multinacionais ou transnacionais, que se transformaram em importantes atrizes do cenário econômico global. A globalização pode ser caracterizada como um processo em que capitais e tecnologia privados, cujos titulares são grandes corporações empresariais transnacionais, circulam em todo o globo, independentemente das fronteiras nacionais.

Jete Jane Fiorati é Professora Livre Docente em Direito Internacional da UNESP. Mestre e Doutora em Direito. Pesquisadora do CNPq e Assessora Científica da FAPESP.

Seu objetivo é a produção de um maior número de produtos a menor preço e melhor qualidade que possam disputar com outros concorrentes no mercado mundial, bem assim a obtenção de maiores lucros em investimentos realizados nos mercados financeiros. Esse processo é incrementado pela evolução da tecnologia nos meios de transportes, que permitem que cada etapa de produção de um bem seja efetuada em um país diferente, e das comunicações, que eliminam as distâncias na realização das decisões empresariais. Nesse cenário, torna-se difícil fazer menção a capitais ou tecnologia nacionais, e até mesmo à aplicação imperativa de leis nacionais a negócios internacionais (FIORATI, 1996, p. 125-127, et seq.). Por outro lado, as conseqüências da atuação das empresas transnacionais podem, então, ser descritas como econômicas, de um lado, e culturais, ideológicas e sociais, de outro.

A globalização do mundo expressa um novo ciclo de expansão do capitalismo, remodelando a produção e introduzindo um processo civilizatório de alcance mundial. Um processo de amplas proporções envolvendo nações e nacionalidades, regimes políticos e projetos nacionais, grupos e classes sociais, economias e sociedades, culturas e civilizações. Assinala a emergência da sociedade global, como uma totalidade abrangente, complexa e contraditória. Uma realidade ainda pouco conhecida desafiando práticas e ideais, situações consolidadas e interpretações sedimentadas, formas de pensamento e vãos da imaginação (IANNI, 1997, p. 23).

As empresas transnacionais desempenham um papel de destaque, trazendo renovado interesse pelas práticas comerciais oriundas da *Lex Mercatoria*. De acordo com Luis Olavo Baptista, a empresa transnacional é uma entidade que não possui personalidade jurídica própria. É composta por um certo número de subsidiárias e tem uma ou mais sedes, constituídas em diversos países, de acordo com a legislação local que

lhes dá personalidade jurídica e, sob certo aspecto, nacionalidade. Nesse sentido, Luiz Olavo Baptista (1987, p. 17) continua argumentando que, sob o prisma estritamente jurídico-positivo, não existe a empresa transnacional, razão pela qual a descrição que dela fazem os economistas é útil para sua conceituação: “um complexo de empresas nacionais interligadas entre si, subordinadas a um controle central unificado e obedecendo a uma estratégia global”.

A empresa transnacional aproxima-se, assim, do conceito jurídico de grupo de sociedades, mas com o acréscimo de que é um grupo constituído por sociedades sediadas em países diferentes, constituídas sob leis diversas, cada qual com certa autonomia, agindo por sua conta, mas em benefício do conjunto. Diferencia-se, portanto, das chamadas companhias internacionais por serem organizações econômicas privadas, cujas atividades atravessam fronteiras nacionais e sistemas jurídicos estatais.

Apesar de seu vínculo aos sistemas jurídicos nacionais, é possível a ênfase de que o controle das empresas transnacionais é predominantemente exercido de forma extralegal, pois a matriz, melhor dizendo, a sede real da empresa, mantém forte influência na direção das subsidiárias, em sua maioria não integrais, interferindo, na prática, em suas estratégias e decisões.

Outro aspecto a ser salientado é que, de acordo com o *modus operandi*, há dois tipos de empresas transnacionais: o primeiro é a empresa que trata cada país como unidade independente e assemelha-se muito mais à *holding company* do direito interno, embora atue internacionalmente. Esta, geralmente conhecida como empresa multinacional ou empresa policêntrica, não cria problemas sérios para os governos hospedeiros, uma vez que respeita suas peculiaridades. O outro tipo é aquele que tende a integrar todas as operações das diversas filiais e centralizar a sua política e controle. Para essa empresa, de caráter geocêntrico, o mercado mundial é o seu objetivo como um todo e de

cada subsidiária em particular, sendo seu ideal a ocorrência de um processo que leve progressivamente a uma padronização de normas jurídicas.

Celso Lafer (1987, p. 3), em seu prefácio à obra de Baptista (1987), afirma que a empresa transnacional detém o poder de controle de investimentos em diversos sistemas econômicos nacionais, por meio dos quais organiza e explora a produção de bens e serviços para a venda nos respectivos mercados internos e nos mercados de outros países, configurando uma unidade econômica que tem como atributo a capacidade de alocar recursos em escala mundial. Por essa razão, o que ela almeja é liberdade para operar transnacionalmente, o que juridicamente se traduz na aspiração do reconhecimento da legitimidade e da legalidade de um Direito não-estatal.

Afirma ainda Lafer (1987, p. 4) que esse direito eminentemente baseado nos usos e costumes é chamado de uma nova *lex mercatoria*, que, no mundo globalizado, é elaborado pela prática das próprias empresas transnacionais, principais atores do comércio internacional. Nesse sentido, as empresas internacionais almejam reger suas relações sem a interferência de lei interna ou de lei internacional, pelo jogo da autonomia da vontade, através de contratos e da arbitragem, conforme ainda argumenta Celso Lafer. Há, assim, um esforço de codificação dessas práticas, com uma idéia de autocontrole por meio da standardização das regras.

1. A *lex mercatoria* como ordenamento jurídico autônomo

Segundo Berthold Goldman (1964, p. 179), a *lex mercatoria* é um conjunto de princípios e regras costumeiros, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comércio internacional, sem referência a um sistema particular de lei nacional. Schmitthoff¹ (1987, p. 27), por sua vez, a compreende como um conjunto de princípios comuns relaciona-

dos aos negócios internacionais presentes em regras uniformes que tem aceitabilidade generalizada. Langen² a considera como regras do jogo do comércio internacional, enquanto Goldstajn³ (1973) a identifica como o corpo de normas que regem as relações internacionais de natureza de direito privado, envolvendo diferentes países.

Tendo como antecedentes a *Lex Rhodia* – Lei do Mar de Rodes (300 a.C.) – e o *Jus Mercatorum* (séc. XIV), a *lex mercatoria* nasceu das feiras da Idade Média, em resposta aos direitos feudais que, com seus inúmeros privilégios, entravavam as relações comerciais da época. Foi Berthold Goldman quem, em 1964, observando a existência desse direito costumeiro internacional, nascido das práticas comerciais internacionais, trouxe à tona a doutrina da nova *lex mercatoria*, em trabalho publicado nos *Archives de Philosophie du Droit*, nº 09, intitulado *Frontières du droit et lex mercatoria*.

Nesse estudo, Goldman (1964) lançou as bases para uma discussão sobre a nova *lex mercatoria* e sua caracterização como fonte do direito do comércio internacional. Ele propôs realizar um estudo sobre uma experiência contemporânea, à luz de alguns critérios que se usam como referenciais para determinação das regras de direito. E essa experiência é a das normas originais do comércio internacional (*lex mercatoria*), as quais cobrem todo o conjunto das relações econômicas internacionais. Um de seus instrumentos é o contrato-tipo.

Os contratos-tipo foram amplamente divulgados também a outros domínios do comércio internacional, a exemplo do comércio de produtos agrícolas, florestais, mineiros, petroleiros, siderúrgicos, têxteis e bens de equipamento. São eles emanados

“de associações profissionais, ou de agrupamentos de empresas mais estreitamente integradas, até mesmo isoladas, mas poderosas; e na última época, vários foram elaborados, sob a égide da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas, essenci-

almente para servir de quadro às relações comerciais entre o Leste e o Oeste”⁴ (GOLDMAN, 1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 191).

Para Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 191-192), esses fatos comprovam a existência

“de uma rede densa e extensa de documentos, cobrindo a maioria dos países com um bom número de bens trocados no comércio internacional; e a considerar o fenômeno sem idéia pré-concebida, é possível constatar que os contratos aí referidos não são regidos nem pela lei de um Estado, nem por uma lei uniforme adotada por uma Convenção entre Estados, mas sim pelos próprios contratos-tipo”.

Ainda conforme o autor:

“É preciso ainda sublinhar que estes [contratos] não se limitam a codificar usos preexistentes: eles consagram também normas novas, diferentes daquelas dos direitos estatais tradicionais, algumas vezes inspirados, é verdade, pelo interesse dos parceiros mais poderosos, mas em outros casos também pelo interesse comum dos contratantes”⁵.

O mesmo ocorre com o transporte aéreo internacional, que é regulado pelos contratos-tipo da International Air Transport Association (IATA), utilizados pela quase totalidade das companhias aéreas. Como afirma Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 196):

“Ao tratar do funcionamento das sociedades internacionais, observa-se, de início, que não se trata, aqui, de estudar aquelas sociedades cujo funcionamento escapa realmente a todo o direito interno estatal, mas que buscam o conjunto de regras que as governam nos contratos e acordos que as instituíram, porque, neste caso, o caráter jurídico de seu estatuto somente poderia então ser controverso com o do direito internacional público no

seu conjunto, que permanece fora desse nosso propósito”⁶.

Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 196) parte da análise daquelas sociedades que, embora criadas por acordos internacionais constitutivos, são reguladas pelos seus estatutos e, subsidiariamente, pelas leis do país de sua sede ou incorporação. Para ele, os estatutos são,

“efetivamente, nesse caso, obra de empresas associadas, distintas dos Estados dos quais elas se libertam; quanto à lei de referência subsidiária, ela somente permanece estatal em aparência, porque ela é ‘cristalizada’ em seu estado no dia da constituição da sociedade, e suas modificações ulteriores não podem ser impostas a esta. Ela é assim conduzida por uma coletânea de normas supletivas de natureza mais próxima dos estatutos de uma sociedade, que do ato legislativo de um Estado soberano”⁷.

Mais característico ainda, segundo ele, é o caso daquelas sociedades que, criadas ou não por convenções internacionais, referem-se deliberadamente aos “princípios comuns” de várias legislações, até mesmo a fontes indeterminadas, para preencher eventuais lacunas de seus estatutos. Lembra Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 197) o exemplo do Scandinavian Airlines System, *consortium* criado por uma convenção entre companhias de transporte aéreo, não se ligando a nenhuma lei nacional: as cláusulas de seu contrato constitutivo são pouco numerosas, e não se vê quase nada para completá-las senão os princípios comuns às três legislações escandinavas, e mais geralmente talvez o direito comum das sociedades internacionais, se se admite a existência delas⁸.

Quando se mencionam princípios comuns, imediatamente surge uma questão: quem definirá tais “princípios comuns”? Segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 197), a questão aparece, para as sociedades,

“porque os seus estatutos a eles apelam expressa ou implicitamente, mas a questão se põe, na realidade, também para os contratos do comércio internacional, na medida em que pode ser necessário completar ou interpretar as normas dos contratos-tipo ou das ‘Regras e Costumes’, em que se recusa a buscar [resposta], exclusivamente para isso, em um sistema jurídico estatal cujas partes pretenderam se separar”.

Caberá ao juiz do contrato, que é quase sempre um colégio ou tribunal arbitral, ou da estrutura e do funcionamento da sociedade responder a essa questão. Serão então os árbitros a responder a questão formulada e eles não têm procurado resposta para o caso concreto submetido à sua apreciação, em uma lei estatal nem em um tratado internacional, mas sim em um “direito costumeiro” do comércio internacional – chamado de *lex mercatoria* –, sendo inútil perquirir se tais julgadores apenas a constatarem ou se, ao contrário, a elaboram, posto que essas duas diligências estão, segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 198), intimamente misturadas, como toda vez que um juiz exerce uma tal atividade.

Segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 198-199):

“Algumas decisões arbitrais, publicadas ou analisadas, ilustram esta tendência. Assim, na sentença relativa ao caso entre Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. e o Cheik de Abu Dhabi, o árbitro Lord Asquith of Bishopstone, constatando que a lei de Abu Dhabi, teoricamente competente para reger o contrato litigioso, não continha um ‘corpo estabelecido de princípios jurídicos utilizáveis para a interpretação de instrumentos comerciais modernos’, decidiu-se, em relação igualmente à vontade das partes, que é conveniente aplicar, neste caso, os ‘princípios buscados no bom senso e na prática comum do conjun-

to das nações civilizadas, uma espécie de *modern law of nature*’. Este apelo a um ‘direito comum das nações’ ou pelo menos a elaboração e a aplicação de princípios próprios ao comércio internacional encontram-se também na sentença do MM. Ripert et Panchaud, de 2 de julho de 1956, que decidiu que a garantia contra a depreciação monetária deve ser presumida num contrato internacional. Da mesma forma, em um laudo não publicado, relativo a um litígio entre uma organização internacional e uma sociedade comercial, o árbitro considerou a presunção de que o signatário de um contrato tomou conhecimento das condições gerais às quais são referidas no próprio contrato, e por outro lado, a sanção do abuso de direito, como regras costumeiras internacionais. Os ‘princípios gerais do direito’ e os ‘usos seguidos na indústria petrolífera’ foram, de maneira semelhante, invocados na sentença proferida pelos juízes MM. Sauser-Hall, Hassan e Saba Habachi, aos 23 de agosto de 1958, para resolver o litígio entre Aramco e o governo da Arábia Saudita”.

Muitas vezes, ao convidar os árbitros para julgarem seus litígios, os contratantes recusam-se a escolher uma lei estatal para reger as suas relações, até mesmo declarando expressamente que não querem a tais leis se referir. Mas, como esclarece Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 200),

“a despeito de uma confusão tenaz, isto não significa que no seu espírito os contraentes querem concluir um ‘contrato sem lei’, nem mesmo que o contrato, considerado como um conjunto de ‘normas individuais’, deva inteiramente bastar-se a si mesmo; eles sentem, ao contrário, embora confusamente, a necessidade de colocá-lo no quadro de normas gerais, mas pensam também que estas normas podem ser encontradas no direito profissio-

nal, nos usos ou nos princípios gerais [de direito] ultrapassando as fronteiras nacionais”.

Nas palavras de José Carlos de Magalhães (1994, p. 43):

“A *lex mercatoria* não compete com a lei do Estado, nem constitui um direito supranacional que derroga o direito nacional, mas é um direito adotado, sobretudo, na arbitragem comercial internacional ou outra forma de resolução de controvérsias, *ad latere* do sistema estatal. Este o sentido e a amplitude da chamada *lex mercatoria*. Mesmo porque, como notou Christoph W. O. Stoecker, os tribunais nacionais não a aceitam como corpo de lei alternativa a ser aplicado em um litígio. Acatando-a, estaria o Estado abdicando de parte de sua soberania em favor de mãos invisíveis de uma comunidade de mercadores em constantes mudanças. Na verdade, a aplicação da *lex mercatoria* por juízes nacionais não é compatível com a própria concepção da *lex mercatoria*, lastreada no caráter corporativo da comunidade de profissionais ou dos operadores do comércio internacional. Daí o vínculo estreito entre a *lex mercatoria* e a arbitragem”.

A arbitragem é um dos instrumentos fundamentais da nova *lex mercatoria* e não pode deixar de ser levada em consideração quando se trata de analisar as normas surgidas da prática internacional dos comerciantes sob a ótica do sistema jurídico. A efetividade da decisão arbitral não repousa na força do Estado, mas na da corporação em que se integram as partes litigantes, já que, se o perdedor não acatar os mandamentos do laudo arbitral, de tal corporação será excluído, ante a falta de credibilidade e de confiabilidade que passará a caracterizá-lo perante os demais atores do comércio internacional (MAGALHÃES, 1994, p. 43).

Somente a constatação material da existência de uma nova *lex mercatoria*, ou a cons-

tatação psicológica da referência que a ela é feita, não basta a Goldman para conferir a essas normas costumeiras do comércio internacional o caráter de regras de direito. Afinal é a *lex mercatoria* um ordenamento jurídico?

Segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 197): “Os princípios, as disposições e contratos-tipo e os usos seguidos no comércio internacional se situam incontestavelmente no domínio econômico, de modo que eles mereceriam, nesse ponto de vista, ser considerados como jurídicos”. E assim conclui o jurista:

“De maneira mais variada, observou-se que o círculo da família e os vínculos de amizade, se eles não são inteiramente impermeáveis ao direito, englobam, entretanto, amplas zonas de ‘não-direito’, e que pode ser mesmo assim quando as situações que se formam não são desprovidas de toda incidência econômica (como nas disposições testamentárias precatórias ou o transporte gratuito). Ainda aí, tais limitações não poderiam evidentemente excluir as relações comerciais internacionais do domínio do direito, admitindo mesmo uma certa forma de ‘amizade’ (que deveria, de preferência, chamar-se ‘confraternidade’ ou ‘solidariedade profissional’), que unem os que aí participam, e explica, entre outros fatores, a observação espontânea de normas não-estatais” (GOLMAN, 1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 202-203).

O primeiro passo de Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 206), então, para caracterizar, por critérios formais, a *lex mercatoria* como direito, foi o de definir o conteúdo do termo regra, e, para tanto, tomou emprestada a conceituação, àquele tempo ainda inédita, de Batiffol, para quem uma regra “é uma prescrição de caráter geral, formulada com uma precisão suficiente para que os interessados possam conhecê-la antes de agir”.

E a esse respeito, Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 206) escreve:

“Admitiremos, sem dificuldade, que as cláusulas dos contratos-tipo, ou os usos codificados correspondem a esta definição, pelo menos no que concerne à generalidade, à precisão e à publicidade. A hesitação é, sem dúvida, permitida quanto trata-se das ‘regras’ costumeiras do comércio internacional, como aquelas das quais nós citamos alguns exemplos: se se pode, notadamente, considerar que a sanção do abuso de direito ou a oponibilidade das cláusulas impressas têm sido realmente tiradas pelo árbitro de um fundo comum preexistente e conhecido, senão formulado com precisão, é mais difícil de admiti-lo, por exemplo, para a presunção de garantia de troca nos contratos internacionais. Mas a dificuldade não é específica às normas do comércio internacional. Ela se encontra cada vez que o juiz passa insensivelmente da interpretação de uma regra preexistente – escrita ou não, mas certa e conhecida, ou pelo menos conhecível – para a elaboração de uma regra nova; em resumo, para contestar o caráter de regras às normas ou princípios extraídos pelos árbitros do comércio internacional, poder-se-ia também recusá-los para a ‘presunção de responsabilidade’, da qual ninguém sustentará que ela foi extraída do Código Civil. Dir-se-á que estas normas ou princípios são menos conhecidos que as soluções constantes da jurisprudência estatal? A observação é exata, mas não revela uma diferença fundamental, porque as soluções arbitrais não são realmente ignoradas no meio profissional ao qual elas dizem respeito”.

Assim, surge a questão: essas regras podem ser equiparadas às leis ou aos costumes que dependem de um ordenamento ju-

rídico interno, de caráter estatal? Duas reflexões são possíveis segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 206):

a) inicialmente, pode-se hesitar em admitir que as regras da *lex mercatoria* sejam efetivas prescrições – porque essa noção implica a de comando. As cláusulas dos contratos-tipo ou os usos codificados não se impõem às partes, poder-se-ia pensar, em virtude de sua livre adesão; e esta não é, ela própria, constringida senão em virtude de uma lei estatal – o artigo 1.134 do Código Civil francês, e os textos correspondentes nos outros países. Para ele, encontra-se aqui “a objeção precedentemente reservada, que recusaria às normas estudadas, o caráter de regras (partindo-se das regras de direito) porque a abstração mesmo feita com toda a investigação de uma sanção, elas são, em si, radicalmente incapazes de comandar”.

Mas tal objeção, para Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 208), não é sem réplica. Nas suas palavras:

“Não é de modo algum correto que as partes em um contrato internacional observem suas cláusulas (elas próprias emprestadas de um contrato-tipo) porque cada qual estima que sua lei estatal da qual ela depende a constrange, nem que seja por referência mais ou menos implícita a uma tal lei estatal que árbitros imporão eventualmente o respeito; encontra-se, de certo modo, tanto em uns como nos outros, a consciência de uma regra comum do comércio internacional, muito simplesmente expressa no adágio *pacta sunt servanda*. E pouco importa, para nosso propósito, que esse adágio coincida com as regras estatais do tipo do artigo 1.134 do Código Civil; porque se é dele que os contratos-tipo e os usos codificados emprestam sua força constringedora, eles são prescrições, da mesma maneira que as regras supletivas de um direito interno”.

b) posteriormente, Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 208) faz a

seguinte colocação: “Permanece, entretanto, que a existência, hipoteticamente admitida, de uma regra comum *pacta sunt servanda* não basta para conferir ao conjunto das normas do comércio internacional, no estágio atual de seu desenvolvimento, o caráter de um sistema de direito”. E conclui:

“Assim, por exemplo, não se encontrará regra relativa à capacidade dos contraentes, ou aos vícios do consentimento – cuja necessidade é, além do mais, bastante teórica; mas, praticamente, a medida dos poderes dos órgãos ou dos representantes de uma sociedade comercial é determinada de maneira variável pelas diversas leis estatais, sem que se aperceba como uma regra costumeira comum poderia unificá-las; a mesma observação vale para a prescrição liberatória, e se poderia dizer sem dúvida lhe encontrar outras ilustrações”.

A dificuldade de responder à questão proposta advém da noção de que somente é verdadeira regra de direito aquela que se integra em um sistema completo e que basta a si mesma. Conclui, então:

“Tomar partido nessa exigência suplementar da definição do direito ultrapassaria o quadro dessas observações. Notemos somente que ela não impediria que, em si, cada norma específica do comércio internacional tivesse realmente as características de uma regra; é somente seu conjunto que não formaria um sistema de direito. Mas observamos também que uma concepção monista da ordem jurídica das relações econômicas faria desaparecer a objeção: admitiria-se que um contrato do comércio internacional seja submetido às suas próprias regras, ultrapassando as fronteiras dos Estados eventualmente completadas por regras estatais. E é aqui o momento de acrescentar que, sendo obra de árbitros internacionais, a designação destas regras estatais poderia progres-

sivamente ser feita em virtude de um sistema de solução dos conflitos ele mesmo comum, em vez de ser fundada sobre o direito internacional privado de um país determinado, mas cuja escolha não é jamais isenta de arbitrariedade” (GOLDMAN, 1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 209).

Assim o caráter de regras não poderia ser recusado aos elementos constitutivos da *lex mercatoria*, embora esta não forme um sistema inteiramente autônomo.

Objetando Goldman, Paul Lagarde (apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 210), considera que, caso se pretenda conservar, para a expressão *lex mercatoria*, um sentido pleno, isto é, considerada como uma ordem jurídica não estatal, é preciso cuidar para não qualificar de “elemento” da *lex mercatoria* o que poderia ser somente uma simples prática contratual internacional.

Poderia a *lex mercatoria* ser entendida como um “conjunto de normas” formado por um sistema jurídico? Em trabalho publicado em 1979, Berthold Goldman chegou a afirmar que “a *lex mercatoria* preenche realmente a função de um conjunto de regras de direito”. A diferença entre essa afirmação e a doutrina contida no artigo anterior, de 1964, objeto deste estudo, teria consistido, segundo Paul Lagarde,

“na absorção pela *lex mercatoria* dos princípios gerais do direito no sentido do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. E como esses princípios cobrem o conjunto do direito das obrigações contratuais e extracontratuais e do procedimento, a *lex mercatoria* que os utiliza teria vocação para reger o conjunto dessas questões e mereceria o caráter de ordem jurídica no sentido de conjunto organizado de normas, salvo algumas exceções pouco significativas como a capacidade ou os vícios do consentimento” (LAGARDE apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 210-211).

Essa demonstração, da maneira como foi colocada a questão, permitiria aos “princípios gerais do direito” fazer nascer a *lex mercatoria*, permitindo aos árbitros, quando chamados a resolver os litígios dela advindos, deduzir desses princípios gerais (cuja positividade estaria garantida pelo art. 38 do Estatuto da CIJ) as soluções a serem dadas ao caso concreto, na ausência de regras precisas advindas da prática espontânea dos agentes do comércio internacional (LAGARDE apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 211).

Paul Lagarde (apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 211) concorda em parte com essa argumentação, entendendo que a *lex mercatoria* poderia ser considerada direito, mas não direito positivo:

“Se a *lex mercatoria* constitui um conjunto de regras, este conjunto é distinto daquele constituído pelo direito internacional. Não é porque os princípios do direito internacional – como aliás os das ordens jurídicas estatais – derivam de categorias comuns que se deve reconhecer um caráter de positividade a tudo o que poderia ser deduzido desse fundo comum. A positividade dos princípios do direito internacional, como a dos princípios dos direitos estatais, se configura porque esses direitos são, eles próprios, direitos positivos. Parece difícil afirmar que os princípios gerais da *lex mercatoria* têm valor de direito positivo, se previamente não se colocou que a *lex mercatoria* constituía uma ordem jurídica positiva. Ora, seria necessário, para aí chegar, uma outra demonstração quanto à realidade positiva desses mesmos princípios”⁹.

Seriam, então, as regras da *lex mercatoria* jurídicas pela sua origem, ou seja, emanar-se-iam de uma autoridade? Para Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 214):

“Colocar a questão é postular que uma tal ‘proveniência’ é indispensá-

vel para que uma norma seja jurídica – e este postulado não é universalmente admitido. As escolas históricas do direito vêem neste um fenômeno espontâneo, nascido do “espírito do povo” (Volksgeist); e a escola sociológica vê um fato social. E parece efetivamente difícil unir indissolúvelmente direito e autoridade: não se chegaria assim a negar que o direito costumeiro seja [parte] do direito, ou pelo menos a não lhe reconhecer este caráter senão a partir do momento em que ele é consagrado por uma aplicação judiciária, o que seria de novo confundir direito e contencioso? A mesma observação valeria para amplos setores do direito internacional público – que se hesita, entretanto, a considerar sempre como estranhos ao domínio do direito”.

Claras são as palavras de Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 216):

“De maneira mais geral, uma outra reserva poderia ser empregada para uma qualificação ‘jurídica’ das normas profissionais, mesmo emanando de órgãos representativos ou de associações: afirmou-se, com efeito, que elas não seriam de toda maneira aplicadas, em cada país, a não ser que a autoridade pública desse país admita a sua aplicação. Fontes *juris* originais por sua proveniência material, as novas ‘fontes do direito comercial internacional’ não o seriam se se considera o poder de comando que elas manifestam. Ao nível da aplicação não contenciosa das normas, esta afirmação parece muito discutível; ela retomaria, efetivamente, nos parece, sua ‘fixação’ já contestada em uma regra de liberdade contratual dependendo de uma ordem jurídica interna. A menos que se sustente que mesmo uma regra comum *pacta sunt servanda* não poderia ser seguida senão

porque cada Estado quer realmente admiti-la, em seu território; mas é bom levar em conta a psicologia dos que a aplicam e também recusar a hipótese de um direito comercial internacional porque excluiu-se dela, antecipadamente, essa possibilidade”.

A conclusão de Goldman é no sentido de que a experiência ensina que os árbitros internacionais não agem no interior de uma ordem jurídica estatal, mas se colocam no nível da comunidade internacional dos comerciantes. Há ainda uma última questão que deve ser analisada para caracterizar as regras de direito. Trata-se da sanção, meio através do qual as regras de direito exigem o seu fiel cumprimento por parte dos destinatários. Segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 217):

“A experiência prova que não somente os laudos arbitrais são, na maioria das vezes, executados espontaneamente, o que atesta a efetividade das regras que eles colocam em prática, se fossem despojados de sanções aplicáveis pelos comerciantes; mas também que tais sanções existem. Um notável inventário de sanções foi recentemente preparado: encontram-se aí sanções disciplinares aplicadas pelos agrupamentos corporativos, a sanção de ordem moral (mas com repercussão profissional e material) consistindo na publicidade do laudo, das sanções diretamente profissionais como a eliminação de uma bolsa de comércio ou de algumas operações comerciais, até mesmo das sanções pecuniárias garantidas por consignações prévias. Certamente estas diversas ‘sanções’ são, de preferência, meios de assegurar indiretamente a execução do laudo do que procedimentos de execução forçada propriamente ditos; mas que elas sejam primeiramente cominatórias não devem dissimular seu caráter praticamente coercitivo. Será conveniente, também, que

a licitude de algumas dentre elas possa ser discutida, e foi efetivamente recusada pelos tribunais, em particular na França; mas essas dificuldades dizem respeito, na maioria das vezes, às modalidades de aplicação das sanções profissionais em lugar de seu próprio princípio”.

Assim, a *lex mercatoria* não é um sistema jurídico completo, não dizendo respeito a uma coletividade politicamente organizada, que só pode ser dotada de uma força coercitiva irresistível. Mas isso não é suficiente, segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 197), para constatar que pelo menos algumas das normas que a compõem são realmente “regras gerais de direito”, e não simples normas individuais presas à uma regra estatal reconhecendo força obrigatória aos contratos. Tampouco se pode desconhecer – ainda segundo Goldman – o seu movimento em direção a uma sistematização certamente incompleta, mas crescente, por meio da codificação internacional.

A conclusão a que chegou Goldman foi a de que a *lex mercatoria* situa-se, tanto em função de seu conteúdo como em função de sua forma, no domínio do direito, asseverando para que os interesses que ela regula para sua satisfação estejam em equilíbrio, garantindo, assim, legitimidade de suas prescrições.

Seria possível concluir que a *lex mercatoria* é consubstanciada por um conjunto de regras costumeiras, compostas por usos e princípios, de direito material (e não por regras de conflito de leis no espaço) que surgem espontaneamente, durante as atividades do comércio internacional, ou que são elaboradas pela jurisprudência arbitral, quando, pela interpretação alargada, aplicam esses costumes à solução dos conflitos que envolvem a matéria do comércio internacional. Há muita discussão acerca da autonomia das regras da *lex mercatoria*, principalmente tendo em vista a sua exequibilidade interna, de caráter forçado.

O próprio Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 188) dá a chave da importância para o estudo da *lex mercatoria* nos países em desenvolvimento. Para o autor, a *lex mercatoria* incide sobre

“as relações internacionais de troca nas quais participe pelo menos uma empresa privada (ou uma empresa pública que não faça uso das prerrogativas das quais ela está investida como tal) – e a outra participante podendo ser ou uma empresa da mesma natureza, ou uma pessoa moral de direito público, como uma organização internacional, ou mais praticamente um Estado ou uma coletividade pública subordinada (portanto, na hipótese freqüente, e de grande interesse, dos investimentos nos países em via de desenvolvimento)”¹⁰.

2. Estados em desenvolvimento e *lex mercatoria*

Para tentar contrabalançar os usos e costumes do comércio internacional acerca do tema investimentos internacionais, boa parte dos Estados e até de organizações internacionais como a OCDE tenta criar regras escritas sobre os investimentos. A noção de investimento estrangeiro supera a de movimento de capitais. A tônica inicial dessas regras centrava-se na garantia e proteção do interesse do investidor estrangeiro no país. Hoje, em virtude da complexidade da economia internacional, é permitido dizer, segundo o Código de Conduta da OCDE sobre investimentos estrangeiros, que esse investimento tem o propósito de estabelecer relações duráveis com uma empresa, pela realização de atividade econômica ou participação no controle de sua administração.

Os investimentos são feitos por não domiciliados ou residentes no país ou por empresas de nacionalidade ou sede no exterior. Podem abranger recursos financeiros e monetários, bens, máquinas e equipamentos, direitos relativos à tecnologia, patente,

know how, propriedade industrial e devem destinar-se à produção de bens, serviços ou à aplicação em atividade econômica.

Baptista (1987, p. 79) afirma que a maioria dos países tem admitido, de fato ou de direito, que uma empresa originária do exterior possa realizar atos isolados em seu território. Para isso, a mais universal das exigências é a de que a sociedade estrangeira que vai praticar o ato esteja devidamente constituída em seu país de origem, é o que se denomina Teoria da Hospitalidade Perfeita para atos isolados.

A atuação permanente, no entanto, ocorre com a criação da filial ou da subsidiária. A filial foi a formulação jurídica mais utilizada no começo do século passado e fins do século retrasado. Nesse contexto, a empresa estrangeira pedia licença para atuar no país por meio de uma filial que funcionava como simples departamento da firma estrangeira e, por isso, gozava de direitos limitados e obrigações especiais. As filiais levaram à instalação de subsidiárias segundo a lei do país hospedeiro.

Informa ainda Baptista (1987, p. 97) que a legislação brasileira previu duas situações e mandamentos diferentes: o da filial ou escritório, ou representação da empresa estrangeira que, cumprindo determinados requisitos, adquire personalidade jurídica perante as leis do Brasil; e o daquela empresa que, tendo trazido o seu capital para o país regularmente, registrando-o no Banco Central, tem garantido o direito de repatriá-lo, bem como aos lucros, e assegurada a sua atuação em termos igualitários com os brasileiros, constituindo uma sociedade sob as leis do Brasil.

Os requisitos para a autorização são muitos e refletem a preocupação do controle governamental. A primeira exigência é a de que a postulante prove ser regularmente constituída no país de origem, anexando seus estatutos, relação de acionistas e sócios, exceto quando forem ações ao portador. Verifica-se que a personalidade jurídica e existência da sociedade devem ser prova-

das, sendo que essa prova deve ser feita segundo as leis do país de origem: *locus regit actum*. É também exigida a autorização, pela assembléia de acionistas ou da reunião de administradores (conforme imponham os estatutos da pessoa jurídica), da criação da filial no Brasil e destacando o capital para esse propósito. Outro requisito importante é o de designação de representantes, que deverão ser domiciliados no Brasil, com os mais amplos poderes para agir pela sociedade e para aceitar quaisquer condições impostas pelo Governo para conceder autorização. Atendidos esses e outros requisitos de menor importância, chega-se à fase da publicidade: a filial deve dar a público todas as operações que no seu país o são e mais aquelas que o devam ser segundo a lei brasileira.

Considerando o caráter e a amplitude das exigências para a instalação das filiais, o recurso à criação de subsidiárias tornou-se mais comum, pelas maiores facilidades. Nesse caso, a constituição da sociedade, segundo as leis brasileiras, atribui-lhes, para efeito de obediência à lei, nacionalidade brasileira.

A transferência de tecnologia, a aquisição de *know how* e a exploração de novos processos são importantes fatores de motivação para a formação de *joint ventures* e costumam ter como instrumentos jurídicos os chamados contratos-tipo, estandarizados segundo regras internacionais, nascidas dos usos e costumes verificados no comércio internacional, em boa parte, formulados por empresas e comerciantes dos Estados centrais, seguindo suas seculares práticas de *lex mercatoria*.

Nesse sentido, as exigências de qualidade do produto por parte dos compradores estrangeiros, a formação crescente de consciência por parte do consumidor nacional, bem como serem a produção industrial na atual revolução cibernética e o desconhecimento dos canais de produção desafios para as empresas dos países em desenvolvimento. Por outro lado, os países receptores de

capital estrangeiro de economia aberta exigem que as empresas transnacionais se associem às empresas nacionais com o objetivo de desenvolver tecnologias, manter sua estrutura industrial, especializar os profissionais locais e reduzir a fuga de divisas. Também essas associações acabam por ser reguladas por práticas costumeiras internacionais como os contratos *joint ventures*.

As tensões surgem tendo em vista as diferenças de natureza e forma entre regras internas e regras internacionais. Desse modo, BAPTISTA (1987, p. 35) afirma que cada Estado, seja aquele sob o qual está sujeita a matriz, sejam os governos hospedeiros das subsidiárias, aplica sua diretriz política às unidades da empresa a ele submetidas. Entretanto, essas políticas entram, forçosamente, em choque com a empresa transnacional, no sentido de que, para cada país, há uma política econômica ou social diferente, uma orientação e metas de poder que quase nunca coincidem e quase sempre divergem das da empresa que busca o seu interesse global. Assim, quanto maior for o grau de integração entre as filiais de uma empresa, tanto mais cada uma das filiais se tornará uma espécie de refém para o governo que a abriga.

Em contraposição, as empresas transnacionais tendem a levar ao país hospedeiro a filosofia econômica e política do seu país de origem, bem como seus modelos contratuais de caráter jurídico. Há, assim, uma preocupação do Estado Hospedeiro com a existência de um controle ou intervenção estrangeira sobre sua economia, interferindo em sua soberania, realizada por meios indiretos, o chamado *soft law*, nos quais se incluem as práticas internacionais de comércio presentes, por exemplo, nos contratos-tipo.

Considerações finais

As empresas transnacionais e principalmente sua atuação em países em desenvolvimento são alvo de discussões acaloradas entre teóricos, doutrinadores e formulado-

res de políticas econômicas. Não se pode olvidar que as empresas transnacionais são, no mundo globalizado, os agentes propulsores do comércio internacional e, em consequência, da economia mundial. Sua influência nos países desenvolvidos e em desenvolvimento vem aumentando gradativamente, ultrapassando os limites econômicos e atingindo instâncias sociais e culturais.

Todavia, como instituições econômicas privadas que são, não se deve ter a ingenuidade de acreditar que seus benefícios de lucro não são relevantes. Apesar da tendência atual e incontestável de aceitação do fim social das empresas e de sua maior preocupação com os direitos humanos e a proteção do meio ambiente, as grandes corporações e empresas transnacionais defendem, em última instância, os interesses determinados, na maioria dos casos, pela empresa-sede.

Por outro lado, essas mesmas empresas regulam-se, em boa parte de suas relações jurídicas de caráter comercial, por meio de usos e costumes do comércio internacional. Tais usos surgem a partir das práticas cristalizadas e consolidadas que essas mesmas empresas adotam nos seus negócios realizados em qualquer parte do mundo, promovendo uma verdadeira “regra uniforme” global, que muitas vezes é desconhecida pelos Estados em Desenvolvimento, mas que os atinge diretamente quando essas mesmas empresas ali realizam suas atividades e seus investimentos.

Por meio de Convenções internacionais, foi iniciado um processo de elaboração escrita da *lex mercatoria*, tendo como escopo atingir países em desenvolvimento, que passaram a participar do fluxo internacional de mercadorias e serviços quando este já se organizara em moldes capitalistas tendo como seus principais atores empresas transnacionais e multinacionais originárias dos estados centrais.

Conquista que já se observa é a aderência a leis materiais internacionais regulando o caso concreto, remetendo-se, cada vez

com maior frequência, aos particulares a tarefa de regulamentar em determinados domínios as suas atividades que poderiam sofrer interferência estatal. É o caso dos *self executing contracts*, que se reportam a um contrato-tipo e que crescentemente aparecem no âmbito do comércio internacional.

Por outro lado, a existência de uma moderna *lex mercatoria* a suprimir dificuldades e barreiras no comércio internacional se faz hoje numa sociedade internacionalizada, em que as nações encontram-se divididas muito mais por interesses comerciais conflitantes do que por direitos nacionais distintos. Pode-se mesmo afirmar que Estado e *lex mercatoria* são realidades jurídico-políticas conflitantes.

Um direito espontâneo, surgido da necessidade a partir da congruência jurídica realizada pelos comerciantes internacionais, não necessita tanto da aceitação formal de um Estado, bastando apenas sua não contrariedade para ganhar eficácia. Uma argumentação a favor de uma *lex mercatoria* totalmente livre e desvinculada das regras estatais, um conjunto totalmente autônomo de normas, ainda não é uma realidade global, embora estejamos lentamente evoluindo nesse sentido, haja vista que os Estados, desenvolvidos ou em desenvolvimento, exercem cada vez mais um papel menor nos fluxos internacionais de comércio e investimento, realizados pelas grandes empresas transnacionais ou multinacionais.

Notas

¹ Tradução da Autora.

² Tradução da Autora.

³ Tradução da Autora.

⁴ A tradução do texto original em francês foi feita de forma livre por Valério Mazzuolli (2003, p. 191-192).

⁵ A tradução do texto original em francês foi feita de forma livre por Valério Mazzuolli (2003, p. 191-192).

⁶ A tradução do texto original em francês foi feita de forma livre por Valério Mazzuolli (2003, p. 196).

⁷ A tradução do texto original em francês foi feita de forma livre por Valério Mazzuoli (2003, p. 196).

⁸ A tradução do texto original em francês foi feita de forma livre por Valério Mazzuoli (2003, p. 197).

⁹ Lagarde discorda desse raciocínio.

¹⁰ A tradução do texto original em francês foi feita de forma livre por Valério Mazzuoli.

Bibliografia

BAPTISTA, L. O. *Empresa transnacional e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FIORATI, J. J. *A disciplina jurídica dos espaços marítimos na convenção das Nações Unidas de 1982 e na jurisprudência internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. As inovações no direito internacional privado brasileiro presentes no projeto de lei de aplicação das normas jurídicas. *Revista de Estudos Jurídicos*, Franca, p. 1119-1159, 1996.

FIORATI, Jete Jane; VENTURA, Carla Arena. Empresas transnacionais, a economia internacional e estados em desenvolvimento. In: GONÇALVES, Wilson José. (Org.). *O direito em questão: aspectos obrigacionais*. Campo Grande: [s. n.], 2000. p. 149-166.

_____.; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Novas vertentes do direito do comércio internacional*. São Paulo: Manole, 2003.

GOLDMAN, B. Frontières du droit et lex mercatoria. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 09, p. 177-192, 1964.

IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

KAHN, Philippe. Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?. In: FOUCHARD; KAHN, Philippe; LYON-CAEN, Antoine (Ed.). *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Thechiques, 1982.

KÜBBER; SCHIMIDT. *Gesellschaftsrecht und konzentration*. München: C. H. Beck Verlag, 1988.

LAGARDE, P. Approche critique de la lex mercatoria. In: FOUCHARD; KAHN, Philippe; LYON-CAEN, Antoine (Ed.). *Le Droit des relations économiques internationales: études offerte à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Thechiques. 1982. p. 130-145.

LANGEN, E. *Transnational commercial law*. Leiden: Sijthoff, 1973.

MAGALHÃES, J. C. Empresa multinacional: discriminação analítica de um fenômeno contemporâneo. *Revista de Direito Militar*, Brasília, n. 14, p. 67-88, 1987.

RODAS, J. G. *Sociedade comercial e estado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODIÈRE, R. *Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration*. Paris: Presses Universitaires de France, 1969.

SCHMITTHOFF, Clive. Nature and evolution of the transnational law of commercial transactions. In: _____.; HORN (Ed.). *The transnational law of international commercial transactions*. Deventer: [s. n.], 1987.

STRENGER, I. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1998.

Modernidade: nascimento do sujeito e subjetividade jurídica

Maria de Fátima S. Wolkmer

Sumário

Introdução. 1. Modernidade e nascimento do sujeito. 2. A questão do Direito na Modernidade. Conclusão.

Introdução

A subjetividade é o tema central da Modernidade. Nela, a subjetividade expressa valores, como a liberdade e igualdade. Nesse sentido foi a afirmação de que o homem é o que ele faz desprendido das crenças e culturas tradicionais. O Direito, nesse âmbito, decorre das exigências da razão humana. O quadro da reflexão jurídica altera-se de uma visão da necessidade de produzir uma ordem igual ao cosmos – como em Aristóteles ou Platão, em que o critério do justo estabelecia uma ordem hierárquica com cada um ocupando um lugar pré-determinado e desigual – para uma visão em que a igualdade é o critério do justo. A partir das teorias do Contrato Social, a lei passa a fundar-se sobre a vontade dos homens, forjando-se, com esse regime da autonomia, as bases para uma nova normatividade ética, jurídica e política que caracterizaria a Modernidade. Assim, no presente texto serão traçadas algumas linhas desse pensamento.

1. Modernidade e nascimento do sujeito

Um olhar histórico sobre a Modernidade envia-nos ao projeto sócio-cultural que emergiu na Europa, a partir do século XVII,

Maria de Fátima S. Wolkmer é Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Político pela UNISINOS-RS.

que provocou mudanças nos diversos setores da vida social, tendo como objetivo principal a afirmação e a emancipação da humanidade.

Como assinala Fonseca (2001, p. 79), a construção filosófica da Modernidade tinha como pressuposto que todos os homens possuíam uma estrutura passional e uma razão uniforme e que, apesar de todas as variações espaço-temporais, tornava possível a afirmação como regras gerais das descobertas, tanto da razão teórica como da razão prática.

A existência, desde então, seria conduzida a partir da razão, com o conseqüente desencantamento do mundo, ou seja, a ciência substitui Deus e a Modernidade transfere as crenças religiosas para a vida privada. Nesse sentido, escreve Sérgio Rouanet (2001, p. 97, 120 et seq.), o racionalismo “implicava a fé na razão, em sua capacidade de fundar uma ordem racional, e na ciência, como instância habilitada a sacudir o jogo do obscurantismo e a transformar a natureza para satisfazer as necessidades materiais dos homens”. Assim, emancipar, significava, por um lado, libertar a consciência tutelada pelo mito e, por outro, usar a ciência, para tornar mais eficazes as instituições econômicas, sociais e políticas, no intuito de aumentar a liberdade do homem.

Todo o percurso do pensamento moderno está assentado num pensamento filosófico que tem na subjetividade a sua principal identificação. A subjetividade passa, então, a ser a referência:

“da política, da sociedade, do conhecimento e também do direito. A organização do poder, a forma de encarar a sociedade, o modo de fundamentar as reflexões e a forma de regulamentar a vida social, tudo isso terá como referência mediata ou imediata (de acordo com as diversas fases históricas particulares) a figura do sujeito. Poderá se privilegiar nestes âmbitos um sujeito tomado de uma maneira monádica e egoística (como nas concepções mais radicais do liberalismo)

ou poderá se enquadrar o sujeito num modo coletivista e social (como, no limite, o fizeram certas leituras do socialismo). Mas, no processo de formação da modernidade, será progressivamente o sujeito a referência básica da análise e o substrato do sistema político, social, científico e jurídico. A modernidade é, por excelência, a época da subjetividade” (FONSECA, 2001, p. 79).

A subjetividade expressa-se por meio de algumas abstrações que lhe são fundamentais e que, de acordo com Rouanet (2001, p. 9, 14), podem ser consideradas as seguintes características: universalidade, autonomia e individualidade.

Pela universalidade, o ser humano é visto independentemente dos privilégios que o *Ancien Regime* compreendia como inerentes a certos grupos sociais, sendo considerado sem barreiras nacionais, étnicas ou culturais. É uma visão anti-hierárquica, com valores universais que trazem consigo uma força permanente de liberação dos preconceitos e das vinculações comunitárias e opõem-nos às sociedades que se encerram, voluntária e totalmente, na procura de suas diferenças, nos seus particularismos que as condenam à cegueira e à paralisia (Cf. TOURAINE, 1994, p. 335).

O *status* que define o lugar que o indivíduo ocupava na sociedade foi substituído pelo contrato, como alicerce jurídico da sociedade.

A universalidade quer significar, num primeiro momento, que a natureza humana não se define dentro das fronteiras nacionais, condenando todos os nacionalismos e outros particularismos, considerados como provincianos. No dizer de Fonseca (2001, p. 81),

“para o Iluminismo há o reconhecimento do princípio liberal da autodeterminação dos povos e o repúdio a todas as formas de imperialismos. Aceita a idéia de que entre a enorme variedade das culturas humanas existe uma uniformidade fundamental, a

unidade da natureza humana – e, tendo-se que todas as formas de hierarquias (como aquelas das sociedades tradicionais) são rejeitadas por serem arbitrárias, todas as pessoas devem ser tratadas como iguais.”

O individualismo é a afirmação do indivíduo enquanto princípio e valor, e é mediante essa afirmação que todo aparato cultural, intelectual e filosófico da Modernidade pode caracterizar-se e comandar um novo imaginário.

A idéia de modernidade foi, especialmente, a afirmação de que o homem é fruto da sua vontade, devendo existir uma correspondência cada vez maior entre a produção, “tornada mais eficaz pela ciência, pela tecnologia ou pela administração, e a organização da sociedade, regulada pela lei e a vida pessoal, animada pelo interesse, mas também pela vontade de se liberar de todas as opressões” (BEDIN, 1998, p. 25).

O individualismo constitui um elemento essencial da subjetividade moderna, e um dos aspectos mais libertadores da Modernidade. Vale dizer:

“o indivíduo, em determinado momento histórico, emerge de sua comunidade, de sua cultura e de sua religião para ser tomado em si mesmo, a partir de suas exigências próprias e seus direitos intransferíveis a felicidade e a auto-realização. Nas palavras de Rouanet, o Iluminismo ‘questiona sistematicamente o estatuto imposto a cada um pelas circunstâncias do seu nascimento’ e o seu ideal ‘é o da auto-formação, da *Bildung* Individual, o que pressupõe a apropriação da cultura pré-existente, mas pressupõe também a possibilidade de romper modelos e normas desta cultura’, precisamente a partir do indivíduo. Em suma, o sujeito é tomado em sua singular existência, como dotado das mesmas prerrogativas que seus pares (tomados como seus iguais)” (FONSECA, 2001, p. 81-82).

Por fim, a autonomia tem, na leitura de Rouanet (2001, p. 11), dois sentidos diversos: a liberdade (que se refere aos direitos de cada um) e a capacidade (que diz respeito ao poder efetivo de exercer os direitos). O conceito de autonomia cinde-se, também, em várias dimensões específicas: a *autonomia intelectual*, que deve fazer com que as pessoas adquiram sua maioria cultural e recusem toda a forma de tutela. A razão deve ser o guia (o único guia) no desvendamento do mundo, devendo ser recusadas todas as crenças e opiniões que não sejam rigorosamente guiadas por ela. *Autonomia intelectual* significa rejeitar as trevas em prol da luz da razão, a qual, além de tirar os homens do obscurantismo e da ignorância, também pode guiá-los em direção a uma emancipação nas esferas da vida social e política. Daí, vem a segunda dimensão de autonomia: a *autonomia política*, que significa a superação de toda forma de despotismo, na valorização da liberdade civil (entendida como a capacidade de o homem agir no espaço privado sem interferência ilegítima) e da liberdade política (entendida como a capacidade de o homem agir no espaço público). Há, finalmente, a *autonomia econômica* para poder produzir, consumir e fazer circular bens e serviços.

Em seus trabalhos de antropologia comparada, Louis Dumont insistiu, com rigor, que as sociedades tradicionais, independentemente de se tratarem de sociedades primitivas ou sociedades medievais, são caracterizadas pela heteronomia. É necessário ressaltar que, nessas sociedades, a tradição deve ser acatada pelo indivíduo mesmo contra sua vontade. “É-lhe imposta de fora, sob forma de transcendência radical à qual os homens obedecem como às leis da natureza.” Isso faz com que a existência das pessoas esteja subordinada à tradição (Cf. RENAUT, 1997, p. 28).

Por oposição, a dinâmica moderna será, ao contrário, a da erosão progressiva desses conteúdos tradicionais, minados aos poucos pela idéia de auto-instituição, que a

Revolução fará aflorar com particular vigor. Herdada das teorias do contrato social, seu princípio consiste em fundar a lei sobre a vontade dos homens, subtraindo-a, tanto quanto possível, à autoridade das tradições (Cf. RENAUT, 1997, p. 30).

O indivíduo, na Modernidade, afirma-se enquanto valor e princípio:

“- enquanto valor, à medida que, na lógica da igualdade, um homem vale tanto quanto outro, fazendo com que a universalização do direito de voto seja a tradução política mais completa de tal valor;

- enquanto princípio, à medida que, na lógica da liberdade, apenas o homem pode ser, por si mesmo, a fonte de suas normas e leis, fazendo com que, contra a heteronomia da tradição, a normatividade ética, jurídica e política dos modernos se filie ao regime da autonomia” (RENAUT, 1997, p. 30).

Esse processo redimensionou as relações interpessoais da cultura, criando novos sistemas de representação, um novo imaginário social, estabelecendo, na dimensão político-jurídica, a mediação do direito entre o indivíduo e o Estado e, na dimensão econômica, a dissolução das antigas formas produtivas do feudalismo, com o surgimento de uma nova classe social: a burguesia.

Com a diferenciação das esferas de valor, cada dimensão vai adquirindo uma racionalidade, uma lógica própria, à medida que a nova visão de mundo vai se emancipando da visão tradicional. Como aponta Rouanet (2001, p. 121), a racionalização cultural envolve a dessacralização das visões tradicionais e a diferenciação em esferas de valores, até então embutidas na religião: a ciência, a moral, o direito e a arte.

De acordo com Luiz Bicca (1997, p. 179), “é possível afirmar que somente quando a liberdade consegue se firmar como pressuposto filosófico, em bases sólidas não-naturalistas, como critério ou ponto de vista fundamental para se pensar a subjetividade”, pode a autoconservação humana ser anali-

sada como princípio da ação independente de seus aspectos naturais fixos.

A história da apreensão da investigação filosófica, diz Bicca (1997, p. 146), na qual se insere a filosofia moderna de modo geral (a epistemologia ou teoria do conhecimento), está dividida entre racionalismo e empirismo. De forma breve, “é possível descrever a vertente empirista por meio da tese de que a origem fundamental de todo conhecimento localiza-se na observação”, enquanto, ao contrário, “insistiam os racionalistas encontrar-se tal origem nos atos de apreensão do puro intelecto, as idéias claras e distintas. Para o racionalismo moderno (...) encontrar a verdade é algo que depende de um apelo à razão.”

Com o racionalismo, confiava-se que a razão humana, poderia elaborar por si mesma, ou melhor, a partir de si mesma, explicações suficientes.

Como salienta Bicca (1997, p. 152-155),

“O racionalismo é assim, desde seus primórdios, (...), uma postura intelectual otimista: em seu centro está a crença de que a verdade é evidente, de que ela se revela – se não espontaneamente, ao menos por nosso intermédio (...). O conceito central na perspectiva do racionalismo é o da consciência de si, já secundário, por sua natureza e significado intelectualizante, na ótica do empirismo.”

A questão, conforme o autor, é que, enquanto “os empiristas privilegiam a objetivação do Eu”, os racionalistas claramente ressaltam a subjetivação do Eu, “fazendo da autoconsciência, como a certeza de si ou saber imediato de si, o fundamento de todos os saberes, a base da consciência, ou seja, do saber sobre algum outro, sobre as coisas, e sobre o mundo em geral (Cf. BICCA, 1997, p. 155).”

Segundo Tugendhat, na história da filosofia da consciência, pode-se distinguir três momentos:

– primeiramente, a etapa do cartesianismo, início histórico da guinada da ontolo-

gia para uma reflexão em torno da consciência, por meio da primazia que passa a ser concedida ao problema da fundamentação e da comprovação no conhecimento – que é concebido sempre, como conhecimento de cada indivíduo. Comprovar é neutralizar qualquer dúvida, estabelecendo, assim, a certeza. Duvidar, bem como ter certeza, remete ao próprio indivíduo. Assim, uma primeira definição de consciência é o saber indubitável do indivíduo de que ele se encontra numa série de estados: sentir, desejar, querer etc. Consciência é um domínio interior, ao qual o indivíduo tem acesso imediato.

– a etapa seguinte, a kantiana, é aquela na qual o problema do acesso afeta as próprias questões ontológicas, ao contrário da etapa cartesiana, que teria deixada intocada a ontologia em si mesma.

A análise ontológica dá lugar a uma reflexão da possibilidade da experiência e do problema da constituição de algo como objeto. A reflexão sobre a consciência promove um alargamento do domínio temático sobre a ontologia pré-moderna. Kant chama atenção para modalidades de consciência que não podem ser compreendidas como consciência do objeto – por exemplo, a consciência de mundo, isto é, da totalidade do que se pode experimentar que, enquanto tal, não é um objeto. Em Kant, toda experiência encerraria sempre uma referência ao mundo ou, dito de outro modo, o mundo está sempre pressuposto. Ademais, para Kant, é uma modalidade não objetiva (ou não-reificável) de consciência que constitui a consciência de objetos.

– a terceira e última fase, a heideggeriana (Ser e Tempo), “é marcada pelo abandono do termo ‘consciência’ em favor daquele outro de ‘abertura’ (...) no qual ‘mundo’, que permanece um pressuposto (...), não é um substituto para a totalidade de objetos e sim a totalidade de um contexto de sentido no qual um homem se compreende” (BICCA, 1997, p. 189-190).

Reconhece-se em René Descartes (1596-1650) o fundador da subjetividade e do ra-

cionalismo moderno. Devido a sua distinção entre corpo e alma, e, tomando-a como pressuposto, Descartes elaborou a certeza do *cogito*. Na sua concepção, o lugar do “eu penso” é o do sujeito que é, sendo independente do “eu sou”. Descartes foi o filósofo que ultrapassou “o paradigma do ser em direção ao paradigma da consciência, ou seja, é aquele que substitui a busca do fundamento da filosofia num substrato material (como os gregos) ou teológico (como os teólogos medievais) para situá-la na própria consciência do homem: a partir de agora, é a razão que passa a ser o ponto de partida para o filosofar e o guia para desvelar o mundo” (FONSECA, 2001, p. 64).

Partindo da premissa de que é necessário colocar tudo em dúvida metodicamente, escrevem Strauss e Cropsey (2000, p. 403-404) que,

“Descartes coloca em xeque toda a tradição cultural, todos os saberes que foram transmitidos, como também todas as crenças que são adquiridas pelos sentidos: é necessário duvidar de tudo para a partir daí reconstruir, pela razão, o caminho que leva às certezas. Descartes hiperboliza as dúvidas, pois o único caminho seguro para superá-las é enfrentando-as e atravessando-as (jamais evitando-as). É somente à medida que todas as idéias são colocadas em dúvida – até mesmo aquelas mais claras, que o espírito considera em princípio evidentes – é que ela permite extrair um núcleo de certeza, que cresce à medida que ele se radicaliza.”

Descartes se opõe à finalidade do pensamento filosófico que o precedera, pois sua abordagem abandona as especulações, em favor do conhecimento útil. Para o autor, só um método rigoroso pode superar o predomínio da paixão diante da razão, à medida que “os prejuízos causados por nossos apetites ou paixões, desde a infância, governam nossas percepções sensoriais e não podem ser corrigidos por um tipo de razão que, ser-

ve a ditas paixões”. Sendo assim, todo pensamento filosófico, que o precedeu, que tinha como ponto de partida a percepção sensorial estava eivado de erros, pois não dispunha de um método. “O método pode sanar os defeitos naturais ou as desproporções da natureza do homem, tomando como modelo a matemática, que, sendo exata, não deve nada aos sentidos nem ao corpo” (STRAUSS; CROPSEY, 2000, p. 403-404).

Assim, a primeira regra do método será o abandono de todas as opiniões que não são claras e distintas ou a mudança daquelas opiniões pouco confiáveis que são os fundamentos de nossa própria vida (Cf. STRAUSS; CROPSEY, 2000, p. 404).

Nesse sentido, a dúvida é o procedimento elaborado por Descartes para relativizar nossa confiança nos sentidos e nas imagens que deles provêm, que formam aquilo que chama “os ensinamentos da natureza” e que ele considera uma atitude natural (Cf. STRAUSS; CROPSEY, 2000, p. 408).

Descartes foi atingido pela profunda dúvida que se seguiu ao deslocamento de Deus do centro do universo, mas colocou-o como o impulsionador, o primeiro movimento de toda criação; daí em diante, ele explicou o resto do mundo inteiramente em termos mecânicos e matemáticos (Cf. HALL, 1998, p. 26-27).

Para isso, Descartes centrou-se em duas substâncias distintas:

“a substância espacial (matéria) e a substância pensante (mente). Ele focalizou, assim, aquele grande dualismo entre a ‘mente’ e a ‘matéria’ que tem afligido a Filosofia desde então. As coisas devem ser explicadas, ele acreditava, por uma redução aos seus elementos essenciais à quantidade mínima de elementos e, em última análise, aos seus elementos irreduzíveis. No centro da ‘mente’, ele colocou o sujeito individual, constituído por sua capacidade para raciocinar e pensar ‘*cogito ergo sum*’ que era a palavra de ordem de Descartes: penso,

logo existo. Desde então, esta concepção do sujeito racional, pensante e consciente, situado no centro do conhecimento, tem sido conhecida como o sujeito cartesiano” (HALL, 1998, p. 27).

Como escreve Ricardo Fonseca (2001, p. 66-68), o autor, por meio do “penso, logo existo” e da “dúvida metódica”, chega a um “ponto fixo”, inquestionável, ou seja, “a consciência que duvida, e, por consequência, que pensa, é o limite; por outro lado, esta consciência, enquanto ser pensante localizado, à medida que pensa (e duvida) não pode ter sua existência colocada em dúvida.”

Para Descartes, de acordo com Ricardo Fonseca (2001, p. 65-66) todo o resto pode ser colocado em dúvida, menos a existência do pensamento que duvida. “Em outras palavras, se eu duvido, eu mesmo, enquanto pensamento, me afirmo enquanto tal no próprio exercício da dúvida.” Se a dúvida existe, “então o pensamento, do qual a dúvida é uma modalidade, existe, e eu mesmo, que duvido, logo penso, existo necessariamente, ao menos como ser pensante”.

Sendo assim, pode-se dizer que, ao identificar-se o núcleo irreduzível do conhecimento (a dúvida metódica), que Descartes menciona nas suas *Meditações*, “atinge-se a certeza do pensamento da dúvida e, portanto, da existência do pensamento. Se duvido, penso; se penso, existo”. Constrói-se, então, o pensamento e, conseqüentemente, a noção de consciência, como ponto de partida básico da busca da verdade. Ainda, na assertiva de Fonseca (2001, p. 66),

“O homem não encontra mais em si a verdade divina, mas descobre a auto-evidência da verdade. Não existem mais formas ou essências transcendentais iluminando o mundo sensível e o processo de conhecimento, já que a verdade não se dá no céu das idéias inteligíveis mas na imanência do pensamento. E é a descoberta deste eu pensante em sua interioridade reflexiva que se constitui no princípio inaugural da filosofia moderna.”

Assim, com Descartes, inicia-se uma filosofia que brota da razão e na qual a consciência de si é o momento fundante da verdade. Certamente, com Descartes inaugura-se “a cultura dos tempos modernos, o pensamento da moderna filosofia. Nesse novo período, o princípio geral que regula e governa tudo no mundo é o pensamento que parte de si próprio”. Esse ponto de partida, “que é para si, essa cúpula mais pura da interioridade se afirma e se fortifica como tal, relegando para o segundo plano e rechaçando como ilegítima a exterioridade morta da autoridade” (FONSECA, 2001, p. 67).

A virada dada por Descartes, como se pode notar, é decisiva em toda cultura ocidental e inaugura um novo modo de pensar que definirá o argumento filosófico, a partir de então. Pode-se dizer, de um modo geral, que toda a reflexão jusnaturalista e contratualista, de certo modo, parte dos pressupostos do cartesianismo. A filosofia da Modernidade, enquanto filosofia da razão e da consciência, tem o seu ponto de inflexão precisamente nessa concepção de subjetividade, é definida a partir dos seus fundamentos.

No segundo momento, a profunda reflexão de Kant, por sua vez, manifesta-se, sobretudo, por meio de suas três obras fundamentais: *A Crítica da Razão Pura*, *A Crítica da Razão Prática* e *A Crítica do Juízo* (Cf. CALDERA, 1994, p. 30).

Kant, em sua *Crítica da Razão Pura*, admite que o conhecimento começa com a experiência, porém, nem todo conhecimento procede da experiência. É necessário perguntar-se, pois, como é possível a experiência, quer dizer, encontrar a possibilidade de toda experiência. Nesse sentido, os juízos *a priori* seriam as formulações independentes da experiência; os juízos *a posteriori* são os derivados da experiência (CALDERA, 1994, p. 30).

Kant lança, assim, o tema que irá transformar a filosofia e a estrutura de pensamento da era moderna: a existência dos juízos

sintéticos *a priori*, que não derivam de nenhuma experiência e que seriam idéias puras ou categorias puras do conhecimento (CALDERA, 1994, p. 30).

Na sua filosofia transcendental, a investigação ocupa-se menos dos objetos, preocupando-se com o modo de os conhecer. E “é aqui (no problema de como conhecer o mundo) que ele opera uma verdadeira ‘revolução coperniana’ na filosofia, moldando a idéia da subjetividade cognitiva”. Desse modo, se Copérnico reformulou o paradigma do cosmo tradicional, “segundo o qual o Sol girava em torno da Terra, Kant aduziu que não é o sujeito que se orienta pelo objeto, mas é o objeto que é determinado pelo sujeito, ou dito de outro modo, ao invés de a faculdade de conhecer ser regulada pelo objeto, é, na verdade, o objeto que é regulado pela faculdade de conhecer” (FONSECA, 2001, p. 69).

Como bem assinala Fonseca (2001, p. 69-70), para Kant, a filosofia,

“deveria se ocupar com os princípios, (...) *a priori* que seriam responsáveis pelas sínteses dos dados empíricos. Tais princípios, por sua vez, demonstram que todo conhecimento é constituído por sínteses de dados ordenados pela intuição sensível espaço-temporal, mediante as categorias apriorísticas do entendimento. São rejeitadas as noções de intuição intelectual (existentes na metafísica tradicional), já que a intuição é sempre sensível, é o modo como os objetos se apresentam a nós no espaço e no tempo, é a condição de possibilidades para que sejam objetos. Assim, o que conhecemos não é o real ou a ‘coisa em si’, mas sempre o real em relação com o sujeito do conhecimento.”

Kant considera que há uma identidade entre a natureza de nossa sensibilidade e a das sensações que emanam do mundo real. Portanto, trata-se de um processo de complementação de um mesmo elemento radicado no mundo real e no ser sensível. No

entanto, ele salienta que “aquilo que capta os nossos sentidos não é o mundo físico senão suas emanações. Kant denomina sensações as emanações do mundo físico”. Essas são captadas pela nossa sensibilidade à medida que ambas são da mesma natureza. As sensações que Kant identifica “como emanações da natureza realizam uma dupla função: por um lado, entram em contato com nossos sentidos que as captam e, por outro, recobrem o mundo físico de tal forma que fica impossível ao ser humano entrar em comunicação com ele (Cf. CALDERA, 1994, p. 32).”

De acordo com essa formulação de Kant, nós só somos capazes de conhecer o fenômeno, porém não a substância. A ciência, portanto, é fenomênica (Cf. CALDERA, 1994, p. 32).

Kant não vê a possibilidade de conhecermos a substância ou a realidade do mundo físico por meio da ciência, porém, não nega que tal substância exista (CALDERA, 1994, p. 32).

A razão que contém “os juízos sintéticos *a priori* realiza uma dupla função: por um lado, organiza harmonizando as sensações de sons e de cores e, por outro, deduz os conceitos universais, como causa, ordem, uniformidade, substância, que permitem fundar a ciência sobre a base de leis, relação de casualidade etc (CALDERA, 1994, p. 33).”

De acordo com CALDERA (1994, p. 33), “quanto à primeira função de ordenamento sensorial, a razão só conhece o que pode ordenar e organizar e só é capaz de ordenar o que pode conhecer. Neste caso, a organização em conceitos das sensações que foram captadas pelos nossos sentidos equivalem ao ato cognitivo devido a que existe uma mesma natureza das sensações do mundo físico, do sentido e da razão.

Quanto à segunda função, que consiste em supor a existência da substância sob as sensações, a razão as realiza mediante os juízos sintéticos

priori que radicam em nosso eu, não no eu subjetivo, porém no eu especial que Kant denomina de eu transcendental.”

Como descreve, ainda, Caldera (1994, p. 34),

“os juízos sintéticos *a priori* não provêm da experiência, são universais, têm uma necessidade em si mesmos, existem em nossa razão e mais exatamente em nosso eu transcendental, permitem encadear logicamente os conceitos, estabelecer as relações de causalidade, generalizar as proposições, formular leis, ampliar os conceitos ao integrar o predicado no sujeito e, em consequência, fazem possível a existência da ciência. Diferentemente das idéias empíricas que se apóiam na experiência, existem idéias puras que não derivam de nenhuma experiência e por isso mesmo são necessárias e universais.”

Como a razão teórica inscreve-se “no campo do conhecimento (dando-se a resposta à pergunta: ‘como é possível conhecer?’), é necessário avançar e buscar a dimensão prática da razão, que determina o seu objeto mediante a ação. Passa-se, pois, à tentativa de responder à indagação: *o que devo fazer?* Será na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785) e na *Crítica da Razão Prática* (1788) que Kant enfrentará a questão, na busca de respostas” (FONSECA, 2001, p. 70).

Na esfera da razão prática, conserva-se a crença em Deus, liberdade e imortalidade. Essas idéias formulam-se como postulados da razão prática e, portanto, estão inseridas na existência humana, pois “é a razão no seu uso moral. Uma das noções centrais de tal crítica é a da boa vontade. Kant elabora a crítica da chamada ética dos bens, pois esta não pode proporcionar normas de ação absoluta.” Assim, delimita como morais, “os atos que fundamentam-se na boa vontade sem restrições. Por isso, nas divisões dos imperativos morais em hipotéticos e categó-

ricos, só a estes últimos compete a moralidade absoluta” (Cf. MORA, 1982, p. 1843).

Por outro lado, a vontade humana é o campo dos valores morais, isto é, o valor moral relaciona-se unicamente com a vontade humana, ou seja, a radicalização do bem na boa vontade. É de fato com Kant que a autonomia define-se como essência da subjetividade. Como assinala Fonseca (2001, p. 71-72),

“cabe destacar a centralidade de noção de autonomia de vontade na elaboração desta fundamentação para a ação. A autonomia deve ser entendida como a faculdade de dar leis a si mesmo – e a vontade moral será por isso vontade autônoma por excelência. É por isso que (...) a ação é o terreno da liberdade – e esta está por sua vez calcada na vontade autônoma. O imperativo categórico afirma a autonomia da vontade como o único princípio de todas as leis morais e essa autonomia consiste na independência em relação a toda matéria da lei e na determinação do livre arbítrio mediante a simples forma legislativa universal de que uma máxima deve ser capaz.”

No entanto, o conceito de liberdade em Kant deve ser entendido como obediência a uma lei autoprescrita.

Por outro lado, para Kant, precisamente por ser a pessoa humana o centro dos valores morais, ela é um fim em si mesma. A partir da apreciação de cada homem ser um fim com valor absoluto, surge o reino dos fins. “Isto é possível, porque todos os homens estão sujeitos à lei de que cada um deve tratar-se a si mesmo e tratar todos os outros, nunca como simples meio, mas sempre, ao mesmo tempo, como fim em si mesmo.” Trata-se, no entanto, de um critério formal, pois, de acordo com o imperativo categórico, “toda ação exige a antecipação de um fim, isto é, o ser humano deve agir como se este fim fosse realizável. Não se estabelece o que deve ou não se deve fazer, mas tão-somente

um critério instrumental e procedimental para a ação. Trata-se, portanto, de um critério formal, e não material de conduta (como os critérios religiosos, por exemplo, o são)” (GIALDI, 1989, p. 35).

Por último, na contemporaneidade, cabe resgatar Martin Heidegger, como o primeiro filósofo que, desde Platão e Aristóteles, considerou prioritariamente a questão do Ser. A mais profunda importância de seu pensamento brota de sua preocupação com o niilismo que tem um significado metafísico e (um significado) moral.

Heidegger enfrenta a questão do Ser em sua obra “Ser e Tempo”. Preocupou-se, nessa obra, em “tematizar a significação do Ser (*Sein*), mediante uma análise do Ser humano (*Dasein*) em função da sua temporalidade, chegando a um entendimento do Ser e do Tempo, examinando como se unem o homem e o ser histórico” (Cf. STRAUSS; CROPSEY, 2000, p. 836).

Para Strauss e Cropsey (2000, p. 836), a questão do Ser em Heidegger “é a fonte e o fundamento de todas as ontologias e os ordenamentos dos seres e, portanto, de todo entendimento humano”. Ao afastar essa questão, o homem perde a fonte de seu próprio conhecimento e “a capacidade de questionar de maneira mais radical, que é essencial para o pensamento autêntico e, por sua vez, para a liberdade autêntica”.

Para Heidegger, dizem-nos Strauss e Cropsey (2000, p. 836), o homem “se reduz a essa besta calculadora, preocupada tão-só com sua sobrevivência e prazer, um ‘último homem’, na terminologia de Nietzsche, para quem a beleza, a sabedoria e a grandeza não são mais que palavras.”

Para enfrentar esse niilismo, segundo Heidegger, é necessário, apontam os autores, superar o esquecimento do Ser. Nesse contexto, a questão do Ser fica de lado, porque este é tido como evidente, “como o mais universal porém o mais vazio de todos os conceitos”. Isso, de acordo com Heidegger, deve-se a uma atribuição errada ao Ser de uma essência independente do Tempo, ou

seja, “é resultado de uma interpretação errônea da relação do Ser e do Tempo”. Na verdade, desde Platão,

“(…) o Ser tem sido interpretado em oposição às coisas reais, ou como aquilo que está além do tempo e que não muda. Em oposição ao âmbito imutável do Ser, as coisas reais existem no âmbito do devenir, ou do Tempo. No entanto, o que se tornou evidente nos tempos modernos é que esta distinção, que se encontra no núcleo das categorias de nosso conhecimento, nos impede de captar adequadamente nossa realidade histórica concreta, o que Heidegger chama a facticidade da existência humana” (STRAUSS; CROPSEY, 2000, p. 836).

Isso significa que não há natureza humana. O homem primeiro existe e depois se define. Nesse sentido, o homem é o “único ente que tem seu próprio Ser como pergunta, quer dizer, o homem é o único ente que se preocupa pelo que significa Ser, acerca do seu futuro, de suas possibilidades de Ser” (STRAUSS; CROPSEY, 2000, p. 837).

Para Heidegger ([19--?], p. 10), o homem é o que ele próprio se faz, isto é, como ele se deseja após o impulso da existência. O homem é um projeto concebido subjetivamente, ou seja, “o homem, na sua opinião, não tem um fim determinado. Seu fim, e portanto seu futuro, sempre será uma incógnita para ele. Nesse sentido, o homem é o único ente em verdade histórico, dedicado a planejar e forjar o próprio futuro. Heidegger crê que o homem pode servir como entrada na questão do Ser mesmo” (STRAUSS; CROPSEY, 2000, p. 837), e a considera a partir da compreensão do Ser humano no que tange às estruturas básicas da existência humana, “mostrando não o que é o homem senão como existe, como é no Tempo e através do Tempo”. Sua análise existencial nasce do cotidiano, do deslocamento da questão do ser e da verdade para o âmbito da finitude (HEIDEGGER, [19--?], p. 207).

Heidegger inicia

“com uma análise da existência cotidiana, enfocando o fato de que o homem sempre se encontra enquadrado num mundo que se caracteriza por uma particular ontologia e ordem das coisas. O homem como Ser humano é, assim, o que Heidegger chama ‘Ser-no-mundo’. Por conseguinte, o homem se encontra para as coisas e com os outros, quer dizer, dentro de uma estrutura particular que determina as relações entre todas as coisas, que define seus propósitos e, portanto, suas atividades, determinando como é o homem e tudo o mais” (FERRY, 1997, p. 77).

Na maioria das vezes, o homem é absorvido pela ordem prevalecente, aceitando as coisas como são, sem questionar a existência. No entanto, essa situação é alterada quando a existência humana é confrontada com a questão da morte. À medida que o “Ser questiona o futuro, preocupando-se com o que vai ocorrer, o homem inevitavelmente encontra a questão da morte. Heidegger descobre a possibilidade de compreender autenticamente a morte no fenômeno da angústia”, sobretudo quando a consciência é interpelada pelas possibilidades futuras do Ser. “Esta experiência da morte na angústia libera o homem da ordem prevalecente do Ser. É o reconhecimento da finitude do nosso próprio Ser, e abre a possibilidade para a experiência dada questão do próprio Ser” (FERRY, 1997, p. 78).

Segundo Heidegger, diz-nos Ferry, a Modernidade caracteriza-se pela subjetividade. Se Deus não existe, o homem está condenado a ser livre. Condenado, porque não determinou sua existência e, no entanto, livre, porque, uma vez no mundo, é responsável por tudo o que fizer.

Isso significa que

“o homem é que serve como medida e fundamento de toda verdade. Assim, a Modernidade também é a esfera da liberdade, pois, o predomínio da subjetividade libera o homem da estrutu-

ra teocêntrica da sociedade cristã tradicional e o estabelece consigo mesmo. A fonte desse novo conceito é a interpretação dada por Descartes ao homem como consciência de si mesmo, que estabelece sua absoluta independência como medida de todas as coisas. Daí em diante, só conta aquilo que pode passar diante do tribunal da consciência, quer dizer, só o que pode ser percebido e avaliado” (FERRY, 1997, p. 78).

Por outro lado, como advertem Strauss e Cropsey, para Heidegger, ao perder seu lugar fixo, que a tradição ou a religião lhe davam, o homem moderno é lançado na alienação e, portanto, na busca da segurança. O homem diante de si, na Modernidade, passa a ser confrontado com a natureza que não lhe fornece mais orientações pré-determinadas para o agir. Assim,

“a natureza já não oferece os delimitamentos para a ação humana, agora é uma ordem incerta, e portanto perigosa, que o homem deve dominar. Está submetido, no nível intelectual, pela ciência moderna, que desenvolve um quadro ou modelo matemático do mundo, reduzindo, assim, o mundo à categoria predizível e, por isso, controlável. Heidegger chama de objetivação a este processo” (Cf. STRAUSS; CROPSEY, 2000, p. 841-842).

Esse aspecto é essencial, na medida em que define o conflito fundamental da Modernidade, relativizando outros, tais como os decorrentes “da paixão, da parcialidade humana, da vontade de poder, do antagonismo de classe ou disputas pela natureza da justiça”. O conflito determinante, na Modernidade, segundo Heidegger, e como observam os autores Strauss e Cropsey (2000, p. 844), seria:

“o resultado de tentar conseguir a liberdade humana no mundo natural por meio da tecnologia. Por conseguinte, o conflito também é inevitável, já que o que significa ser ‘ser huma-

no’ no mundo Moderno é medir, dominar e domesticar a natureza, quer dizer, ser tecnológico. Heidegger segue esse desenvolvimento a partir de Descartes, passando por Leibniz, Kant, Hegel, Schelling e Nietzsche, indo até a tecnologia universal do século XX. É a história do crescente niilismo do pensamento moderno na viagem do homem como sujeito, desde a autoconsciência cartesiana até a vontade de poder nietzscheano, na qual se encontra o miolo da tecnologia mundial.”

Seria a história de degeneração do homem que culminou na formação do homem massa. O desfecho da Modernidade, para Heidegger, dá-se com o total esquecimento do Ser e na desumanização do homem convertido em peça de um aparato tecnológico que tem como objetivo o seu próprio desenvolvimento (STRAUSS; CROPSEY, 2000, p. 844).

Desse modo, Heidegger volta-se “contra a tradição da Ilustração para revelar o caráter sombrio da Modernidade. Porém, não chama nossa atenção em relação a esse niilismo para provocar desespero ou repugnância, senão porque acredita vislumbrar na sua profundidade a luz inicial de uma nova revelação do Ser” (STRAUSS; CROPSEY, 2000, p. 844).

Evidenciar isso é demonstrar a ligação implícita que existe entre o Ser e o nada. “O niilismo pode ser interpretado como a afirmação de que não há um só fundamento para os entes e, portanto, não há uma norma ou ordem imutável” (STRAUSS; CROPSEY, 2000, p. 867). O fundamento deve apresentar-se como algo separado do ente, o que pode ser traduzido como o Ser em seu sentido primordial, ou seja, como caos ou abismo.

Ainda que o homem não possa, de acordo com Heidegger, superar o niilismo, está aberta a possibilidade de construir um novo projeto que estabeleça as condições de apreensão de uma nova revelação.

Sendo assim, o projeto de Heidegger, que é essa preparação, inclui:

1. libertar o homem de todas as categorias e normas metafísicas, mediante uma reinterpretação destrutiva fundamental da história do pensamento ocidental;
2. fomentar uma autêntica experiência do nihilismo contemporâneo, chamando o homem para confrontar-se com o absurdo e a morte;
3. convencer o homem para que aceite seu destino particular dentro do destino de seu povo ou sua geração, que se manifestou na revelação do Ser” (STRAUSS; CROPSY, 2000, p. 868).

Apesar de tudo, concluem Strauss e Cropsey (2000, p. 868), Heidegger não pode garantir que, com o seu projeto, ao induzir o Ser às circunstâncias mencionadas, este se revelará em sua essência existencial, promovendo, a partir da força que essa revelação implica, a formação do pensamento autêntico.

2. A questão do Direito na Modernidade

Na Modernidade, a subjetividade jurídica será o reconhecimento dos direitos naturais do indivíduo, entendidos como poderes ou liberdades que expressam condições para o pleno desenvolvimento de cada um e de toda sociedade. Assim, “reconhecer que o homem tem direitos naturais para opinar livremente, expressar seu pensamento etc. equivale a reconhecer-lhe um certo número de poderes que poderá eventualmente fazer valer contra o poder mesmo, e sem os quais não seria um ser humano, quer dizer, um sujeito em oposição aos objetos” (RENAUT, 1997, p. 47). Com a afirmação do indivíduo, como já vimos, valoriza-se o homem independente de religião e de raça, a partir de sua dignidade que passa a ser o fundamento e centro do mundo e, também, fonte dos valores que o Direito deverá reconhecer.

Para a doutrina do Direito natural racional, as leis seriam válidas à luz da razão e de normas intemporalmente válidas, anteriores à lei positiva e independentes dela (ROUANET, 2001, p. 128).

“Na época moderna, o fundamento na natureza ou em Deus é abandonado e substituído pela natureza do homem. Quando se fala no direito natural moderno (ou jusracionalismo), fala-se também num direito que se assenta na natural razão humana e seus atributos (...) seu traço distintivo (...) é que, agora, o direito está ligado ao indivíduo, à qualidade específica do homem, tornando-se a emanação deste, a expressão de suas possibilidades inalienáveis e eternas. O fundamento do direito, portanto, aparece, como sendo outro: o homem e a sua racionalidade” (FONSECA, 2001, p. 53-54).

Como Boaventura de S. Santos ([2000?], p. 124) muito bem acentua, o direito natural racional parte da idéia de fundação de uma nova boa ordem, segundo a lei da natureza, a qual se atinge por meio do exercício da razão e da observação. É uma racionalidade secular e, como tal, assenta-se numa ética social secular que se emancipou da teologia moral. Essas novas condições propiciam à nova racionalidade um caráter universal e universalmente aplicável.

A partir da visão racionalizadora do pensamento ilustrado, com o processo de secularização e a crescente diferenciação das esferas de valor, o Direito, distintamente das formas pré-modernas e pré-capitalistas dominadas pela legitimidade carismática ou tradicional, buscará sua legitimidade no Estado Moderno, marcado pela despersonalização do poder e pela racionalização dos procedimentos normativos (Cf. WOLKMER, [199-?], p. 48).

As hipóteses jusnaturalistas relacionadas à origem da sociedade tinham uma função, no essencial, de crítica acerca dos conceitos tradicionais da autoridade. Se esses conceitos tiveram um alcance revolucionário

rio, é porque tinham como objetivo minar os fundamentos das grandes teorias do poder político que estiveram em vigor durante o Antigo Regime. Nesse sentido, instauraram um verdadeiro corte nas teorias tradicionais da soberania que estabeleciam a origem da autoridade política, tanto em Deus como no poder paterno. Essas teorias, como se sabe, fundaram a legitimidade do poder numa instância que se supunha transcendente em relação à subjetividade – a natureza, no caso do poder paterno, e a divindade, no caso das doutrinas do Direito divino. Os teóricos do Direito natural, quando afirmam o caráter puramente convencional do poder legítimo, introduzem, ao contrário, a idéia de que o fundamento verdadeiro (quer dizer, justo) da autoridade somente pode encontrar-se na livre vontade do povo (RENAUT, 1997, p. 54 et seq.).

O ambiente filosófico-político que permitiu o florescimento das idéias jusnaturalistas reuniu duas condições essenciais.

A primeira, como aponta Renaut (1997, p. 54 et. seq.), seria o deslocamento do homem para o centro do universo sendo considerado o único sujeito de direito. Nesse sentido, natureza

“no pensamento moderno assume o estatuto de objeto jurídico sempre com referência ao homem. O surgimento da subjetividade jurídica (dos ‘direitos subjetivos’), cuja origem cristã se reconhecerá sem dúvida, mas cujo alcance político ocorre com a escola jusnaturalista, tem em Hobbes a ruptura com o aristotelismo e o direito passa a ser considerado definitivamente como atributo do indivíduo.”

Com as teorias de contrato social e do estado de natureza, vinculam-se as noções de legitimidade e de subjetividade: “só é legítima a autoridade que é ou foi objeto de um contrato por parte dos sujeitos que, de alguma maneira, lhe estão submetidos. A subjetividade (adesão voluntária) fica assim estabelecida como origem ideal de toda legitimidade, efetuando-se o enlace entre a

idéia dos direitos subjetivos (fundados por e para os sujeitos) e as condições de seus cimentos políticos” (RENAUT, 1997, p. 54 et seq.) Nesse contexto, a referência a Rousseau é obrigatória para que se possa compreender, segundo Renaut (1997, p. 55-56), “essa primeira possibilidade dos direitos do homem, porque o Contrato Social e, particularmente, a teoria da vontade geral são, seguramente, os que levam a concluir a reflexão política jusnaturalista, elucidando as condições, a partir das quais pode o povo ser considerado soberano, quer dizer, como sujeito verdadeiro (autor) de toda legitimidade política”.

A segunda condição, para Renaut (1997, p. 55-56), traz a questão da relação Sociedade-Estado. Procura enfocar a contraposição dos direitos-liberdades e dos direitos-créditos. Nesse sentido, “os direitos-liberdades implicam os limites do Estado, enquanto os direitos-créditos, ao contrário, implicam a intervenção e o crescimento do Estado”.

A lógica da Modernidade é a do individualismo e, sendo assim, pensa-se a política a partir daquilo que constitui a essência do individualismo, ou seja, a liberdade é concebida como a faculdade de autodeterminação. Assinala Renaut (1997, p. 58): “tudo aquilo que representa um obstáculo a esta autodeterminação, e portanto à liberdade, é visto como intolerável moralmente, porque destrói a individualidade e aquilo que se considera o fundamento o fim último de toda ordem social”.

A dificuldade de tal princípio é passar dessa concepção individual da liberdade para a coletiva, ou seja, a passagem da moral para a política. De acordo com Rousseau, é necessário que se pense o povo, em seu conjunto, como um indivíduo, quer dizer, como uma entidade suscetível de conduzir-se livremente (RENAUT, 1997, p. 58). Para o autor, segundo Renaut (1997, p. 59), duas características são indispensáveis na constituição do povo como subjetividade:

“a soberania deverá ser o exercício da vontade geral, jamais poderá ser alie-

nada e nem tampouco dividida. Quando Rousseau afirma a inalienabilidade e a indivisibilidade da soberania, contrapõe-se aos autores que consideram a liberdade de decidir um bem que pode transferir-se a outro legitimamente, com a única condição de que esta transferência se efetue de forma voluntária. Para Rousseau, pelo contrário, essa transferência não só é ilegítima, senão que carece de sentido: a liberdade e, como consequência, a soberania não são bens dos quais o homem possa dispor a seu gosto, o homem é um ser livre por natureza; renunciando livremente a esta liberdade, estaria renunciando a si mesmo, e delegar sua liberdade para decidir equivaleria a um suicídio.”

Rousseau considera a soberania indivisível, pois não é senão o exercício da vontade geral. Assim, assevera Renaut (1997, p. 59) que “a definição de povo ou de corpo político como subjetividade livre se realiza plenamente, pela primeira vez na história da filosofia política, na teoria da vontade geral.”

Em Rousseau, o contrato representa um ato de atribuição de poder que se reproduz no corpo político que o cria. Daí, duas características – na unidade do povo, como subjetividade – na soberania, a de ser inalienável e indivisível (Cf. FERRY, 1997, p. 58-59).

Assim, conclui Rousseau que, em sendo a soberania inalienável e indivisível, o Direito só pode ser autoprescrito. É em razão disso que o cidadão “não obedece senão a si próprio e não pode ser forçado a nada senão a ser livre” (RENAUT, 1997, p. 62-63).

A problemática que Rousseau enfrenta é a da essência, uma definição rigorosa do povo como individualidade livre. Por sua vez, a teoria política do século XIX não será, como recorda Alain Renaut (1997, p. 62-63), teoria das essências, mas também uma reflexão sobre as divisões reais (povo/governo, Estado/sociedade) que o Contrato Social

considera uma contradição com os pressupostos da liberdade.

Com o advento do positivismo e a formação do Estado de Direito liberal burguês, inicia-se um segundo momento na formação da doutrina jurídica da Modernidade, em função da ascensão de uma nova epistemologia, que substituiu a razão abstrata pela experiência, desqualificando as idéias inatas (ROUANET, 2001, p. 129).

Ao afastar-se do juraracionalismo, e com o fortalecimento do paradigma científico, o Direito ficou reduzido a uma questão de poder e as garantias fundamentais ficaram desprovidas de seu referente axiológico para constituir-se num fim em si mesmo (CAMPUZANO, [19--?], p 172).

Naturalmente, como aponta Boaventura de Sousa Santos ([2000?], p. 124), com “o aparecimento do positivismo na epistemologia da ciência moderna e do positivismo jurídico no direito e na dogmática jurídica, podem considerar-se, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, bem como a imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista, quer ela fosse Deus, a religião ou tradição, a metafísica ou a ética, ou ainda as utopias ou os ideais emancipatórios.”

Se o Direito natural partia da idéia de fundação de uma nova ordem, segundo a lei da natureza, por meio da razão e da observação, com o positivismo o Direito separar-se-ia dos princípios éticos e tornar-se-ia “um instrumento dócil na construção institucional e na regulação do mercado, a boa ordem transforma-se na ordem *tout cour*” (SANTOS, [2000?], p. 124-141).

O direito natural moderno, como se constatou, ao romper com a Antigüidade, nos proporcionou o fundamento filosófico da noção geral dos direitos do homem, ou seja, a individualidade livre como fundamento e limite da autoridade.

A partir daí, começa a fortalecer-se a idéia de que a sociedade civil teria fundamentação própria, e o pensamento liberal promove a separação moderna do social e do estatal. Efetua-se a passagem do direito natural, como elaboração sobre a legitimidade, e a soberania para a teoria política, como reflexão sobre as relações entre a sociedade e o Estado.

O advento do positivismo marca uma inflexão na evolução do Direito, e o Estado, por sua vez, nesse novo contexto, passaria a ajustar-se à nova racionalidade e às necessidades regulatórias do capitalismo liberal.

Conclusão

Com a Modernidade, o Direito passa a ser atributo do indivíduo, buscando-se consenso por meio do contrato social, cuja adesão voluntária será a base da legitimidade na formação do Estado.

A subjetividade, como adesão voluntária (como ato de vontade), estabelece os parâmetros que possibilitam a origem ideal de toda formação política, fundamentando-se, assim, a vinculação entre os direitos subjetivos originados no indivíduo e a possibilidade de legitimidade política a partir da consagração e proteção daqueles.

Nesse sentido é que a subjetividade jurídica será o reconhecimento dos direitos naturais, entendidos como poderes ou liberdades que expressam condições para o pleno desenvolvimento de cada um e do conjunto da sociedade.

Na segunda etapa da Modernidade, houve uma inflexão na evolução do direito e da subjetividade jurídica. À medida que o positivismo funda uma nova forma de racionalidade jurídica, a questão da legitimidade deixa de ser uma preocupação do Direito (enquanto norma), e este passa a preocupar-se cientificamente com a questão da legalidade intra-sistêmica.

Todo esse conjunto de idéias, que fazem parte da Modernidade, vem sofrendo uma

série de críticas e, no que se refere à subjetividade, aponta-se que, à medida que o conceito de subjetividade ou de sujeito que se impõe desde Descartes tentou fazer do mundo o seu império, submetendo a realidade ao seu domínio e fazendo dela um objeto de posse, tem-se como conseqüências: uma vontade de poder totalitária e uma falsa concepção autônoma da subjetividade, da consciência como sendo acessível diretamente por um sujeito estável que por meio da razão pode estabelecer um conhecimento sobre si mesmo e o mundo. Sugere-se, nesse sentido, que as formações sócio-culturais exercem um papel fundante na formação da autoconsciência.

Assim, como pensar o sujeito hoje? A crise da concepção moderna da verdade, dos valores e do sujeito deve-se, de um lado, à ênfase na liberdade como desenvolvimento pessoal e à crescente preocupação com a *performance* e com o êxito individual a qualquer custo e, por outro lado, a viver-se num mundo sem referências universais, sem valores absolutos ou constantes, com a conseqüente perda da unidade e de fundamentos. Ao dizer que “Deus está morto”, iniciou-se a morte da subjetividade humana como centro e princípio da verdade e valores que eram próprios da civilização moderna e do Direito.

No entanto, somente o sujeito, que não se confunde com o indivíduo, num contexto de intersubjetividade, em diálogo com o outro pode fundar valores e um projeto ético-político capaz de construir uma sociedade mais justa.

Bibliografia

- BEDIN, Gilmar. *Os direitos do homem e o liberalismo*. 2. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 1998.
- BICCA, Luiz. *Racionalidade moderna e subjetividade*. São Paulo: Loyola, 1997.
- CALDERA, Alejandro S. *El doble rostro de la postmodernidad*. Costa Rica: CSUCA, 1994.

- CAMPUZANO, A. de J. *Para que algo câmbio en la teoria jurídica*. [S. l.: s. n., 199-?]
- FERRY, Luc. *Filosofia política*. 3. ed. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- FONSECA, Ricardo M. *Do sujeito de direito à sujeição jurídica*. Curitiba 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.
- GIALDI, Silvestre. *Ética: uma reflexão da filosofia moral*. Caxias do Sul, 1989. Mimeografado.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 1998.
- HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. [São Paulo: Abril Cultural, 1979]. (Os Pensadores).
- MORA, Jose Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Madrid: Alianza, 1982.
- PACHECO, Olandina M. C. de Assis. *Sujeito e singularidade: ensaio sobre a construção da diferença*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.
- RENAUT, Alain. *Filosofia política III*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2001.
- SANTOS, B. de S. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. [São Paulo: Cortez, 2000].
- STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph. *História de la filosofia política*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- TOURAINE, Alan. *Crítica da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. [São Paulo: Alfa-Omega, 199-?].

A representação das associações profissionais na legislação brasileira (1932-1937)

Alvaro Barreto

No âmbito deste trabalho, “representação das associações profissionais” é a participação de representantes eleitos por sindicatos e entidades profissionais nos órgãos legislativos, com direito de voz e voto, idêntico ao dos representantes políticos tradicionais, eleitos pelo voto popular, em base territorial¹.

No Brasil, ela foi implantada pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas e vigorou para a Assembléia Nacional Constituinte de 1933-34. Incorporada à Constituição Brasileira de 1934, a medida entrou na pauta de trabalho do Congresso Nacional, do Tribunal Superior de Justiça Eleitoral (TSJE) e das constituintes estaduais.

O período de vigência dessa representação, entretanto, não chegou a seis anos: introduzida no Código Eleitoral de fevereiro de 1932, foi interrompida pelo Estado Novo, em novembro de 1937, e nunca mais voltou a ser repetida, tornando-se uma experiência inusitada da história política e institucional brasileira. Desse modo, os documentos legais relativos ao assunto perderam importância e caíram em esquecimento.

É importante ressaltar que essa temática, embora envolva um curto espaço de tempo, cobre três períodos institucionais distintos: entre 1932 e novembro de 1933, ela foi produto da ação discricionária do Governo Provisório; depois, dessa data a julho de 1934, foi objeto do processo de formulação da Constituição, desenvolvido pela As-

Alvaro Barreto é Professor do ISP-UFPEL, Doutor em História pela PUCRS.

sembléia Nacional Constituinte; por fim, retomada a normalidade, entre julho de 1934 e novembro de 1937, ela estava incorporada ao ordenamento jurídico nacional, logo, necessária e obrigatoriamente, deveria figurar na legislação relativa ao tema.

Este artigo se propõe, em seu plano mais geral, a resgatar essa legislação. Ao mesmo tempo, pretende investigar as tendências e as orientações que foram seguidas, ao denominar, definir e estruturar a representação das associações profissionais. Igualmente, tem por objetivo analisar as razões que tenham motivado tais tendências e orientações.

Do primeiro período, selecionamos os seguintes documentos legais: (1) o Código Eleitoral, promulgado como o Decreto 21.076, de 24 de fevereiro de 1932; (2) o Decreto 22.621, de 5 de abril de 1933, que dispõe sobre a convocação da Assembléia Constituinte, aprova o Regimento Interno desta, prefixa o número de deputados e dá outras providências; (3) mais os quatro decretos que regulamentaram a eleição da representação das associações profissionais para a Constituinte (22.653, de 20 de abril; 22.696, de 11 de maio; 22.745, de 24 de maio; 22.940, de 14 de julho, todos de 1933).

No que tange à segunda fase, procuramos trabalhar com as diversas versões completas da nova Constituição, surgidas durante o processo constituinte. Elas foram quatro: (1) o Anteprojeto da Subcomissão do Itamarati, enviado à Assembléia pelo Governo Provisório para servir como texto-guia; (2) o Substitutivo, formulado pela Comissão Constitucional, a partir das emendas propostas pelos deputados; (3) um segundo Substitutivo, chamado 1B, fruto de nova rodada de emendas; e, enfim, (4) o texto promulgado em 16 de julho de 1934.

Esclarecemos que apenas os três últimos foram redigidos pela Assembléia Constituinte, pois o primeiro foi fruto de uma equipe de juristas, intelectuais e políticos, nomeada pelo Governo Provisório². A rigor, tão somente a versão final da Constituição che-

gou a ter valor legal; no entanto, incluímos os estágios anteriores e preparatórios para que a análise seja mais apropriada à finalidade de abordar as mudanças e as adaptações ocorridas durante o processo constituinte.

No que se refere ao último período, recolhemos como material de consulta as cartas constitucionais formuladas pelas unidades da federação, com o intuito de adequarem-se ao texto nacional (20, mais a Lei Orgânica do Distrito Federal). Igualmente, três decisões do TSJE: (1) a Resolução de 11 de setembro de 1934, pela qual, no uso das atribuições conferidas pela Constituição (art. 83, c; art 3º e 4º das Disposições Transitórias), fixou o número de representantes das associações profissionais para a primeira legislatura da Câmara dos Deputados, a iniciarse em maio de 1935; (2) as Instruções, de mesma data, na qual definiu os procedimentos necessários à eleição desses deputados; e (3) as novas Instruções, aprovadas nas sessões de 12 e 14 de junho de 1935, referentes às eleições desse tipo de representante à Câmara Municipal do Distrito Federal e às assembleias legislativas das unidades da federação, a tomarem parte na primeira legislatura sob vigência das novas cartas constitucionais. Da ação do Congresso Nacional, selecionamos: (1) o novo Código Eleitoral, sancionado como a Lei 48, de quatro de maio de 1935, e (2) a Lei 29, de 19 de fevereiro de 1935, que definiu a composição da Câmara Municipal do Distrito Federal.

O primeiro texto legal brasileiro em que aparece a nossa temática é o Código Eleitoral de 1932. Há apenas uma referência: no antepenúltimo artigo, o de número 142, no qual se pode ler: “no decreto em que convocar os eleitores para a eleição de representantes à Constituinte, o Governo determinará (...) o modo e as condições de representação das associações profissionais”. Trata-se de um texto sucinto, que apenas autoriza o Governo a regulamentar essa representação; chama-a de “das associações profissionais”, mas não traz elementos que permitam defini-la plenamente.

Como argumentamos em outro texto, o artigo 142 deu início a uma grande discussão teórica e também política a respeito de sua regulamentação – um debate que acabou por envolver o Governo Provisório, o Clube Três de Outubro, a Subcomissão do Itamarati, o TSJE, as principais lideranças políticas do país, além de trabalhadores e patrões (BARRETO, 2002a).

A temática voltou a ser objeto de um documento legal mais de um ano depois, em 5 de abril de 1933, quando o Governo Provisório pôs fim ao embate a que nos referimos acima. Não por acaso, em cumprimento ao que estabelecia o artigo 142 do Código Eleitoral, isso ocorreu no decreto em que o Governo convocou a Assembléia Nacional Constituinte e fixou o número dos deputados, o 22.621. Nele, é definida a “representação das associações profissionais” como aquela composta pelos “eleitos pelos sindicatos legalmente reconhecidos e pelas associações de profissões liberais e as de funcionários públicos existentes nos termos da lei civil”³. Mais do que isso, o Decreto determina que haveria 40 desses deputados, os quais estariam ao lado de outros 214, representantes da população das unidades da federação.

Num decreto posterior, o 22.653, de 20 de abril, o Governo eliminou qualquer ambigüidade que pudesse ter permanecido, ao assinalar, no art. 1º, que: “tomarão parte na Assembléia Nacional Constituinte, com os mesmos direitos e regalias que competirem aos demais de seus membros, 40 representantes de associações profissionais”.

Conforme indicara o Decreto 22.621, o Governo detalhou essa participação em novos decretos. Foram quatro no total, nos quais especificou o modo e as condições dessa representação, organizou as entidades para fins eleitorais, regulamentou os procedimentos que deveriam ser adotados pelos eleitores durante o pleito.

Destacamos que, ao longo de toda a sua atividade legislativa, o Governo Provisório sempre denominou a medida “representa-

ção das associações profissionais”. Por sua vez, aqueles que a deveriam exercer foram chamados de “representantes das associações profissionais (a partir da ementa do Decreto 22.653) ou de “deputados das associações profissionais” (como se depreende do art. 3º do Decreto 22.621). No entanto, a partir do Decreto 22.696, ele passou a utilizar uma terceira expressão, “representante profissional”, a qual comentaremos no decorrer da exposição.

Com a promulgação dessas últimas determinações, o Governo Provisório havia cumprido integralmente a autorização trazida pelo Código Eleitoral de 1932, isto é, tratar da participação da representação das associações profissionais na Constituinte. Qualquer nova determinação relativa ao assunto deixou de estar sob sua jurisdição e passou a ser objeto de deliberação da própria Assembléia Nacional Constituinte, tendo em vista incorporá-lo ou não à nova Constituição. A partir desse momento, a denominação “representação das associações profissionais” não foi usada para identificar esse princípio. No Substitutivo, a preferência recaiu sobre “representação, política, das profissões” (art. 38, parág. 1º), expressão que foi abandonada nas versões seguintes da Constituição, assim como nos demais textos legais produzidos no país.

O Substitutivo 1B trouxe uma outra denominação com largo uso nos textos jurídicos futuros: a nova representação a ser incorporada ao ordenamento jurídico era a “representação das profissões” (art. 6º, I, h). A denominação constou da Constituição (art. 7º, I, g; *caput* do art. 3º das DT). Aqueles que exerceriam esse princípio foram identificados, já desde o Substitutivo, como “deputados das profissões” (*caput* dos art. 36 e 38; art. 39, parág. 3º) ou “representante das profissões” (art. 37, parág. único). Essas denominações continuaram a ser utilizadas no Substitutivo 1B (art. 25, parág. 1º e 3º; art. 91) e foram consagradas na Constituição (art. 23, parág. 1º e 3º; *caput* do art. 83). Esta também utiliza “representantes eleitos pe-

las organizações profissionais” (*caput* do art. 23).

Uma outra expressão, “representação profissional”, foi aplicada como sinônimo de “representação das profissões”. Figura três vezes no texto constitucional (art. 23, parág. 4º; art. 3º, parág. 3º; art. 4º, parág. único das DT). A exemplo da anterior, esta também surgiu no Substitutivo 1B (art. 25, parág. 4º; *caput* do art. 3º das DT).

Como observamos, a Constituinte, e, por conseqüência, a Constituição Federal, não se serviu de uma única expressão para referenciar a nova modalidade de representação, tendo, inclusive, rompido com a terminologia adotada pelo Governo Provisório. O princípio é chamado alternadamente de “representação das profissões” e “profissional”, assim como aqueles que exercem o mandato são “deputados/representantes das profissões”. No entanto, embora haja a “representação profissional”, ela não traz referências a “deputado” nem a “representante profissional”, identificação que havia sido aplicada pelo Governo Provisório, como vimos há pouco.

A terminologia cambiante permaneceu nos textos legais posteriores. O TSJE utiliza, como se fossem sinônimas, as expressões: “representantes das associações profissionais” (*caput* do art. 1º da Resolução; art. 8º das Instruções de junho de 1935), “profissional(is)” (art. 2º da Resolução; art. 1º e 24 das Instruções de setembro de 1934; ementa e *caput* do art. 26 das Instruções de junho de 1935), “das profissões” (ementa das Instruções de junho de 1935) mais “deputado de classes” (art. 21 das Instruções de setembro de 1934; ementa das Instruções de junho de 1935) – a qual comentaremos – e a inédita “representantes dos grupos profissionais” (*caput* do art. 1º das Instruções de setembro de 1934). A Lei 19 fala tão-somente em “representante das profissões”. Nas constituições estaduais, aqueles que exercem essa representação são chamados de “deputados/representantes das profissões” (em 16 dos 21 textos) e, em menor es-

cala, de “representante(s) profissional(is)” – é o caso das constituições de Goiás (*caput* do art. 7º) e do Ceará (art. 4º, parág. 2º).

Há expressões apresentadas pelas cartas estaduais que não encontram utilização na nacional, embora pareçam estar claramente contidas no elenco de possibilidades que ela oferece. É o caso de “deputado” ou de “representante das organizações profissionais”, que surgem em 13 cartas, as de: São Paulo, Goiás, Minas Gerais, Ceará, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte; Paraná; Rio Grande do Sul; Piauí, Espírito Santo, Santa Catarina, Maranhão e Mato Grosso.

Uma última expressão foi utilizada como equivalente às anteriores: “representação de classes” (ou seu derivado, “classista”). Ela não figura na Constituição de 1934, mas é citada no Anteprojeto da Subcomissão do Itamarati, cujo art. 88 afirma: “os conselhos municipais poderão ser constituídos mediante representação de classes”⁴. Ela reapareceu em documentos surgidos depois de promulgada a Constituição, tais como: o art. 23 das Instruções do TSJE de 11 de setembro de 1934, a ementa das Instruções de junho de 1935 e o art. 213 da Lei 48, o novo Código Eleitoral, que afirma: “regular-se-ão por lei especial as eleições dos representantes de classes”. Em algumas das Constituições estaduais, essas referências também podem ser encontradas, como chamar o princípio de “representação das classes profissionais” (Paraíba, art. 90; Piauí, art. 108, parág. 1º) ou “classista” (Ceará, art. 8º das DT). Da mesma forma, aqueles que o exercem são: “deputado/representante classista” (Paraíba, art. 1º das DT; Goiás, art. 6º, parág. 1º; Mato Grosso, art. 6º das DT; Espírito Santo, art. 8º, parág. único das DT) ou “representante de classe” (Bahia, art. 3º, parág. único das DT).

O inventário das denominações utilizadas na legislação para referenciar esse tipo de representação identificou quatro alternativas, aplicadas como se fossem sinônimas: “representação das associações profissionais”, “das profissões”, “profissional” e “de classes”, às quais poderiam ser acrescenta-

das as denominações: “classista”, “dos grupos profissionais”, “das organizações profissionais” e das “classes profissionais”.

O Governo Provisório preferiu aplicar a primeira expressão, não tendo dela se afastado, a não ser ao identificar os representantes como “profissionais” (o que permite supor que o princípio também possa ser chamado de “representação profissional”). O Substitutivo 1B e a Constituição alternam entre as denominações “profissional” e “das profissões”. “Representação de classes” não figura no texto constitucional brasileiro, nem nos decretos do Governo, tendo sido utilizada no Anteprojeto da Subcomissão do Itamarati, em constituições estaduais, nas resoluções do TSJE e no Código Eleitoral de 1935.

A questão que se interpõe é: essas expressões são, efetivamente, sinônimas e identificam do mesmo modo o princípio dessa representação, de tal forma que a utilização de uma ou outra é simplesmente aleatória e estilística, ou estamos colocados frente a denominações conceitualmente diferentes, e que, por isso, significam modalidades diversas de organização?

Em nosso entendimento, há diferença entre elas, seja ao considerá-las pela extensão do que exprimem, seja pelo tipo de organização particular a que se referem. Assim, muitas vezes os documentos legais tomam essas expressões como se indicassem o mesmo conteúdo ou, então, não se preocupam com a possibilidade de que conteúdos divergentes estivessem sendo denominados pelos mesmos termos.

A terminologia mais precisa nos parece ser aquela utilizada pelo Governo Provisório, pois, quando ele definiu o que seria a tal “representação das associações profissionais”, tornou evidente ser aquela composta por representantes (posteriormente se adotou também o termo “deputados”) eleitos pelas associações profissionais (as expressões “organizações” e “grupos profissionais” foram utilizadas pelos documentos legais subseqüentes). Aliás, essa definição

aparece no Substitutivo 1B, sem a correspondente denominação, bem como na Constituição Federal. O *caput* do art. 23 da última afirma: “representantes eleitos pelas organizações profissionais”, o que é complementado pelo parág. 3º do mesmo artigo: “eleitos na forma da lei ordinária, por sufrágio indireto das associações profissionais”.

As constituições estaduais, em sua absoluta maioria, também declaram a necessidade da eleição pelas entidades profissionais, para que alguém seja considerado representante/deputado desta. As exceções são as de: Goiás, Espírito Santo, Mato Grosso e Rio de Janeiro. Nesses quatro textos, entretanto, aqueles que a exercem são chamados de deputados/representantes “das organizações profissionais”, o que deixa subentendida a definição sobre em nome de quem esses deputados vão atuar.

Treze cartas, repetindo o que consta na Constituição Federal (art. 23, parág. 3º), fizeram questão de expressar que o sufrágio das entidades é indireto, caso das de: São Paulo, Paraíba, Pernambuco, Sergipe, Piauí, Pará, Bahia, Santa Catarina, Paraná, Alagoas, Ceará, Maranhão e Rio Grande do Norte. Outras duas indicaram esse sentido, ao afirmarem que a eleição seria realizada na forma da Constituição Nacional (Minas Gerais, art 4º, parág. 2º) e da legislação nacional (Distrito Federal, *caput* do art. 7º). As do Rio Grande do Sul e do Amazonas não declaram essa obrigatoriedade.

Sendo assim, é evidente que a Constituição Federal e a totalidade dos textos estaduais, de modo expreso ou subentendido, definem essa representação pelo sufrágio das entidades profissionais, a exemplo do que fizera o Governo Provisório. Apesar disso, elas preferem denominá-la “representação das profissões” e/ou “profissional”, quando não “de classes”, expressões que, em nossa concepção, não têm a mesma clareza e precisão para indicar o princípio dessa representação que é apresentada pela denominação “representação das associações profissionais”.

Passemos a indicar o porquê de nosso entendimento. “Representação das profissões” é uma expressão sujeita à ambigüidade, pois, conforme a legislação, não são as “profissões” que serão representadas, e, sim, as associações profissionais. Logo, a legislação entende que aquelas só têm existência quando filtradas pelas entidades, ou que, para serem sujeito da representação, necessitam estar organizadas sob a forma determinada pelo Estado – e este, muitas vezes, estabelece organizações interprofissionais.

A “representação profissional”, por sua vez, além de não evidenciar ser um tipo de representante ligado às associações profissionais, é uma expressão que pode indicar alguém que exerce essa atividade, ou seja, ser “profissional da representação”. Isso remete a um padrão de relação direta entre indivíduos, a exemplo da representação política clássica, exatamente aquela com que pretende romper a nova modalidade, como muitos textos procuraram tornar claro ao falarem em “sufrágio indireto”⁵. Como a anterior, ela é uma expressão mais proximalmente relacionada a uma determinada modalidade de “representação das associações profissionais”, ou seja, a uma espécie desse gênero, a um modo específico de organizar as entidades para efeito eleitoral, no caso calcado nos vínculos oriundos das profissões. Os debates ocorridos durante o processo constituinte, em torno de projetos divergentes de regulamentação do princípio da participação das entidades, tornam evidente o que desejamos expor, como vamos mostrar adiante.

A expressão “representação de classes”, da mesma forma, indica com mais propriedade um modo específico de considerar as entidades, para efeito de representação – e que, evidentemente, distingue-se daquele que as considera pelas “profissões”. Foi isso o que fez o Governo Provisório, ao regulamentar a participação na Constituinte: dividiu as entidades em quatro grupos ou categorias, tendo como critério a separação em

relação ao processo produtivo. Assim, havia empregados e empregadores, além de funcionários públicos, vinculados aos primeiros, e as profissões liberais, aproximadas dos segundos⁶. É importante registrar que, se o Governo Provisório adotou a modalidade de “classes”, não utilizou oficialmente essa denominação⁷.

Torna-se difícil, entretanto, especificar o que pretende o Anteprojeto da Subcomissão do Itamarati, ao estabelecer que “os conselhos municipais poderão ser constituídos mediante representação de classes”. Ignoramos o motivo pelo qual usa essa expressão: para indicar o princípio, isto é, vereadores eleitos pelas entidades profissionais, sem detalhar o modo como as organizações deveriam ser reunidas; ou, ao inverso, para evidenciar que o critério para tal é a divisão por classes. Na tentativa de explicação, informamos que essa modalidade só foi adotada pelo Governo Provisório quatro meses depois de a Subcomissão ter votado esse texto. Por outro lado, a proposta que incorporava essa representação ao parlamento nacional, e que foi recusada pela Subcomissão, propunha o mesmo critério definido pelo Governo (BARRETO, 2002b).

Considerando que as expressões “representação profissional/das profissões” e “de classes/classista” sejam mais apropriadas a indicarem modalidades da “representação das associações profissionais”, verifica-se que os textos legais não foram muito precisos, e acabaram por incorporar ambigüidades, ao denominarem o princípio ou o gênero.

Todavia, abre-se um novo campo de investigação, qual seja, verificar se esses mesmos textos, ao definirem uma determinada estrutura dessa representação, notadamente ao considerarem as entidades para efeitos eleitorais, também utilizaram a(s) expressão(ões) de modo confuso. Em outras palavras: a imprecisão pode ter ocorrido apenas ao indicar o gênero mediante uma denominação que remete à espécie; mas ela também pode ter ocorrido ao aplicar a de-

nominação referente a um tipo particular para identificar uma outra modalidade.

Novamente não identificamos nenhum equívoco na aplicação adotada, oficialmente, pelo Governo Provisório, embora, dessa vez, ele não tenha buscado uma terminologia mais precisa: estivesse tratando do princípio ou da modalidade específica por ele escolhida, sempre a denominou “representação das associações profissionais”.

A linguagem “neutra” é seguida pelo Governo ao indicar que o eleito e/ou o delegado-eleitor devem comprovar que são “membros” da entidade e estão no “exercício” da atividade profissional que dizem representar (art. 5º e 6º, parág. 2º, do Decreto 22.653; art. 3º e 5º do Decreto 22.696). Essa tendência não seria repetida pelos documentos legislativos posteriores, ao versarem sobre essa exigência, caso de: o Substitutivo 1B, a Constituição, as instruções do TSJE e a maioria das constituições estaduais, os quais vão classificar essas divisões como de “classes”, embora nem sempre estejam a tratar apenas desse critério de divisão das entidades.

O Substitutivo da Comissão Constitucional igualmente foi rigoroso na aplicação dos termos. Contudo, ao contrário do Governo, ele denomina os seus deputados/representantes de “das profissões” ou “profissionais”. E o tipo de organização por ele determinada efetivamente corresponde a essa terminologia, visto que as entidades serão classificadas “em círculos profissionais de acordo com as respectivas afinidades e as conveniências econômicas e culturais do país, conforme prescrever a lei ordinária” (art. 38, parág. 1º), cuja discriminação “inspirar-se-á, sucessivamente, nas conexões técnicas, econômicas ou de simples finalidade das profissões” (art. 38, parág. 1º, a).

Essa versão do texto constitucional ainda chama esses círculos de “grupos profissionais” (art. 38, parág. 1º, d) e, embora aceite que haja subdivisões entre empregadores e empregados, quando isso for conveniente,

não as identifica como “classes”, mas, sim, “grupos” (art. 38, parág. 1º, c). Do mesmo modo, ao exigir que os eleitos, efetivamente, façam parte dos círculos a que dizem pertencer, cita que: “só poderá ser eleito deputado das profissões quem de forma real e efetiva pertença a uma associação profissional que faça parte do grupo pelo qual se procede a eleição” (art. 39, parág. 3º). Enfim, se as denominações “representação das profissões” ou “profissional” não são as mais precisas, para indicarem o princípio da “representação das associações profissionais”, no caso do Substitutivo, elas são corretas, quando querem indicar a modalidade específica que ele adotou.

O rigor e a precisão identificados acima não ocorreram por acaso. Eles têm por motivação o fato de serem fruto das propostas de emenda formuladas por Abelardo Marinho (1934), deputado das profissões liberais e membro do Clube Três de Outubro. Estudioso da temática, Marinho tinha a convicção de que não bastaria, simplesmente, incorporar ao parlamento membros eleitos pelos organismos profissionais; era preciso adotar um modelo capaz de redundar em melhor aproveitamento dessa participação. A sua opção – que se tornou a do Clube Três de Outubro, desde antes da instalação da Constituinte – recaía em calcar a representação nas “profissões” ou nos “círculos de profissões afins”, mas não em critérios genéricos, como fizera o Governo. Marinho propunha manter a divisão em “classes”, quando conveniente, e de incluí-la na classificação dos círculos (como bem o indica o art. 38 do Substitutivo). No entanto, esse modelo de representação implicava a criação de critérios bem delimitados de enquadramento sindical, a ampliação da própria sindicalização e o reforço ao modelo de reconhecimento oficial das entidades, que vinha sendo aplicado pelo Governo Provisório (BARRETO, 2001).

A proposta de Abelardo Marinho (1934) foi aceita no estágio inicial do processo constituinte, tanto que compôs o Substitutivo,

isto é, a primeira versão completa da nova carta constitucional. Tal situação levou as forças políticas contrárias ao Clube Três de Outubro a procurarem uma alternativa capaz de impedir essa vitória. E essas forças eram formadas, embora a partir de motivações diferentes, pela bancada governista, pela maior parte dos deputados dos empregadores e pelos mais aguerridos deputados dos empregados.

Em função dessa circunstância, podem ser compreendidas muitas das ambigüidades e das imprecisões trazidas pelo Substitutivo 1B, as quais foram, em sua maioria, incorporadas ao texto constitucional. Isso porque, em função da necessidade de formular uma alternativa – ou, exatamente, para permitir a coesão das forças contrárias à proposta do Clube –, foi deixada em segundo plano a boa técnica legislativa, a plena coerência dos termos e dos conceitos, assim como não foi estabelecido um modelo ajustado quanto o de Marinho. Ou seja, prevaleceram a necessidade e o interesse político, mais do que a análise cuidadosa da redação constitucional e a construção de uma articulada estrutura da “representação das associações profissionais”.

Em grande medida, os constituintes repetiram uma tendência apresentada pelo debate intelectual brasileiro: apesar de terem a clara intenção de formular um modelo diferente daqueles até então em estudo, eles tomaram as várias expressões como se fossem sinônimas, não se preocuparam em estabelecer ou em identificar diferenciações entre os significados e os arranjos institucionais que elas favoreciam (BARRETO, 2001).

O resultado foi uma sensível mudança, verificável no Substitutivo 1B e mantida na Constituição. Desapareceram os círculos profissionais tal como definidos no Substitutivo (embora a denominação continue sendo usada) e surgem as “categorias” ou “grupos”, que reúnem as entidades em: (1) lavoura e pecuária; (2) indústria; (3) comércio e transportes; (4) profissões liberais e funcionários públicos (art. 23, parág. 3^o). As três

primeiras seriam subdivididas, a partir do critério de “classe” (empregados e empregadores), a cada uma correspondendo um sétimo do total de vagas (art. 23, parág. 4^o). A última teria um sétimo das cadeiras, sem estar contemplada com essa divisão (art. 23, parág. 5^o). Haveria, enfim, sete “grupos”: empregadores da lavoura e pecuária; da indústria; do comércio e transporte; mais empregados da lavoura e pecuária; da indústria; do comércio e transporte; e funcionários públicos–profissões liberais⁸. Conforme o art. 24 da Constituição (art. 26 do Substitutivo 1B), os eleitos “deverão, ainda, pertencer a uma associação compreendida na classe e grupo que os elegerem”.

Evidenciamos que a divisão por classes – estabelecida pelo Governo Provisório para a Constituinte, e mantida pela proposição de Marinho (1934) incorporada ao Substitutivo – continuou a ser respeitada na versão 1B e na Constituição. A grande mudança ocorreu nas categorias ou nos grupos mais específicos: claramente, é rompido o critério das profissões afins, para dar preferência ao ramo da atividade econômica, bem menos específico do que aquele proposto pelo Clube Três de Outubro. Por isso, identificamos a modalidade efetivamente implantada pela Constituição federal de 1934 como “representação dos ramos da atividade econômica”.

O TSJE manteve a tendência de chamar a distinção entre empregados e empregadores como de “classes”, e a entre “lavoura e pecuária”, “indústria”, “comércio e transporte”, “funcionários públicos e profissões liberais” como “grupos” de associações profissionais afins. Entretanto, nem sempre essa diferenciação foi preservada, pois, no art. 9^o das Instruções de setembro de 1934, lê-se: “as *classes* profissionais, para o efeito de representação, se dividem em quatro *categorias*: 1^a categoria – Lavoura e pecuária (Empregados e Empregadores); 2^a categoria – Indústria (Empregados e Empregadores); 3^a categoria – Comércio e Transporte (Empregados e Empregadores); 4^a categoria – I –

Profissionais Liberais; II – Funcionários Públicos”.

Nas constituições estaduais, nem sempre essa diferenciação foi preservada, e repete-se a confusão vista acima. Em muitas, “classe”, “categoria” e “grupo” foram tomados, ora como sinônimos, ora conforme o sentido fixado pela legislação federal. Na da Paraíba, no art. 12, parág. 2º, lê-se que “os deputados das profissões serão eleitos por sufrágio indireto das associações profissionais, compreendidas para esse efeito com os *grupos* afins respectivos, nas quatro *categorias* seguintes (...). As duas últimas *classes* darão, cada uma, dois deputados, sendo um representante das associações de empregados e outro das de empregadores (...)”. No art. 14, ao inverso, o texto repete a Constituição Nacional: “os representantes das profissões deverão ainda pertencer a uma associação compreendida na *classe* e *grupo* que os elegerem”.

Na Constituição do Pará, as categorias ou grupos da Constituição Nacional são denominadas “classes” (art. 4º, parág. 5º), para depois ser dito que o representante das profissões deve pertencer a uma associação do grupo que o eleger (art. 5º, parág. 1º). A Constituição de Minas Gerais também adota uma redação inusitada, ao dizer que essa representação constituir-se-á “de um [deputado] para cada grupo eleitoral das classes organizadas na forma da Constituição da República” (art. 4º, parág. 2º), o que dificulta saber se deverá ser respeitada efetivamente a divisão em classes ou em categorias vinculadas às atividades econômicas.

As de São Paulo, Espírito Santo, Bahia, Santa Catarina, Mato Grosso e Rio de Janeiro, embora se sirvam da divisão entre empregados e empregadores, não utilizam a denominação “classe”, referindo-se apenas a categorias ou grupos, inclusive, quando determinam a obrigatoriedade de o representante pertencer à entidade do setor pela qual foi eleito.

Há uma outra questão a ser observada nesse elenco de termos e de conteúdos, qual

seja, saber se há correspondência entre as denominações adotadas e as categorias formuladas pelas constituições estaduais, ao reunirem as associações profissionais para fins de representação.

A divisão estabelecida na Constituição Federal foi seguida, integralmente, por três cartas (as de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Bahia), mais a Lei Orgânica do Distrito Federal. A que mais estritamente estava relacionada com o texto nacional é a do Rio Grande do Sul, na qual se encontravam preservadas inclusive as denominações (art. 12º das DT). A da Bahia substituiu a expressão “lavoura e pecuária” por “atividades rurais”, atribuiu uma vaga às “profissões liberais” e outra, para os “funcionários públicos” (o que, em termos práticos, subdivide a categoria, a exemplo do que fez o TSJE) (art. 4º, parág. 3º). As do Distrito Federal (*caput* do art. 7º) e de Minas Gerais (art. 4º, parág. 2º) destacaram que seguiriam a forma pela qual dispõe a legislação federal. Nesse sentido, vê-se que todas estavam corretas, ao exigirem dos deputados que eles fizessem parte da mesma classe e grupo das associações que os elegeram, visto que elas trabalharam, concomitantemente, com os critérios de “classe” e “grupo” ou “categoria” (setor da atividade econômica, na nossa divisão). Entretanto, a exemplo da Constituição Brasileira, elas não procuraram uma denominação específica para o modelo adotado.

Outras também preferiram obedecer ao critério dos “setores da atividade econômica”; no entanto, formularam categorias divergentes daquelas estabelecidas na Constituição Nacional, fruto de fusões e subdivisões. As da Paraíba (art. 13, parág. 2º), do Pará (art. 4º, parág. 5º) e de Alagoas (art. 10, parág. 2º) são um exemplo: fundiram as categorias de “lavoura e pecuária” e “indústria” (com duas vagas, fracionadas entre empregados e empregadores), mantiveram a de “comércio e transporte” (também com duas cadeiras) e subdividiram, formalmente, a de “profissões liberais e funcionários públicos” (com uma vaga para cada). O pro-

cedimento adotado pelas cartas de Pernambuco (art. 10, parág. único) e do Piauí (*caput* do art. 17) foi assemelhado: mantiveram as categorias de “lavoura e pecuária” (duas vagas, divididas entre as classes), fundiram as de “indústria” e “comércio e transportes” (igualmente divididas), fracionaram, oficialmente, a de “profissões liberais e funcionários públicos” (uma vaga cada). Uma outra variação aparece na Constituição do Espírito Santo (art. 7º, parág. 3º), que estabelece três categorias: duas oriundas da subdivisão formal da de “funcionários públicos e profissões liberais (mais imprensa)” e outra surgida da fusão das demais categorias (“lavoura e pecuária”, “indústria”, “comércio e transporte”).

Observamos, portanto, que essas constituições, embora se confundam ao denominar o modelo específico que adotaram – em especial as da Paraíba e do Espírito Santo, que tomam também as classes como referência –, estão coerentes ao usarem os termos “classe” para referenciar a diferenciação entre empregadores e empregados, e “grupo” ou “categoria” para a divisão entre setores da atividade econômica. A exceção é a do Espírito Santo, que, como vimos anteriormente, utiliza o critério de classes, mas não o denomina como tal.

As cartas de quatro estados (São Paulo, art. 4º, parág. 1º; Ceará, art. 4º, parág. 1º; Rio de Janeiro, art. 3º, parág. 3º; e Maranhão, art. 11, parág. 1º) criaram uma categoria não prevista no texto nacional: a da “imprensa”, sempre com direito a uma vaga. As dos três primeiros, além disso, dividiram, formalmente, a de “funcionários públicos e profissões liberais”. A do Ceará ainda fundiu as de “indústria” e “comércio e transporte”. As do Espírito Santo (art. 7º, parág. 3º) e do Rio Grande do Norte (*caput* do art. 6º) não estabeleceram “imprensa” como categoria independente, contudo fizeram questão de informar que ela faria parte das “profissões liberais”.

Em seis constituições, foi seguido apenas o critério de classe, ou seja, ao regula-

mentarem essa representação, e ao contrário da Constituição Federal, elas preferiram seguir, exclusivamente, a modalidade e o critério definidos pelo Governo Provisório. Dessas, apenas a de Sergipe (*caput* do art. 14º) manteve, integralmente, a divisão que vigorara para a Constituinte, qual seja: quatro categorias (“empregadores”, “empregados”, “profissões liberais” e “funcionários públicos”). As demais preferiram trabalhar com três categorias: as de Goiás (art. 6º, parág. 1º) e do Mato Grosso (art. 4º, parág. 1º) uniram os funcionários públicos e as profissões liberais; as do Paraná (art. 6º, parág. 2º) e do Rio Grande do Norte (*caput* do art. 6º) excluíram os funcionários públicos; enquanto a de Santa Catarina (*caput* do art. 4º) fez o contrário: eliminou as profissões liberais.

Nesse caso, as constituições de Sergipe e do Rio Grande do Norte, além de não denominarem o seu modelo, a partir de uma expressão mais específica, equivocam-se ao identificarem o critério utilizado, pois elas exigem que o deputado pertença a uma associação da mesma classe e grupo que os elegeram, quando só existe a divisão por “classe”. Corretas, apesar de genéricas, estão as redações de Mato Grosso e de Santa Catarina, ao utilizarem apenas o termo “grupo”. A do Mato Grosso ainda chega a utilizar a expressão “deputado classista”.

As de uso mais específico e correto, ao mencionarem o critério seguido, são as constituições do Paraná e de Goiás, que só falam em “classes”. No entanto, a do Paraná jamais chama a representação ou o representante/deputado como “de classes” ou “classista”. A de Goiás, por sua vez, que utiliza essa denominação, serve-se dela como sinônimo de “profissional”, o que revela precisão na identificação do critério, mas não na do modelo específico.

A mais inusitada das constituições estaduais, sem sombra de dúvidas, foi a do Maranhão. Ela define três categorias com direito a uma vaga, a vigorarem na primeira legislatura: “empregados”, “imprensa” e “pro-

fissões liberais”. A partir da segunda legislação (a qual nunca chegou a se estabelecer, pois teria início em 1939, período em que o funcionamento dos organismos legislativos já havia sido suspenso), haveria seis vagas e seis categorias, novamente oriundas da mistura entre os critérios (e a terminologia) de “classe” e de “atividade econômica”: as três anteriores, mais “empregadores”, “funcionários públicos” e “lavoura e pecuária” (art. 11, parág. 1º).

Acabamos de identificar o grau de consistência das constituições estaduais, ao denominarem e definirem os critérios pelos quais classificaram as associações profissionais destinadas a elegerem os deputados. Da mesma maneira, relacionamos esses critérios com o modo como foram identificados os modelos específicos, quando se verifica que, a exemplo da Federal, nenhuma foi integralmente coerente. O questionamento seguinte é saber como, independentemente da terminologia díspar, pôde estabelecer-se essa diversidade de arranjos institucionais.

A resposta, no campo da técnica legislativa, tem de ser buscada na própria Constituição Federal. Ao regulamentar a competência privativa dos estados, ela ressalva que esses deveriam respeitar determinados princípios, ao decretarem as suas constituições e leis, entre os quais se inclui a “representação das profissões” (art. 7º, I, g). A medida deixava margem a controvérsias, todas derivadas do fato de que ela simplesmente afirmava que esse princípio deveria ser respeitado, mas não trazia nenhum referencial sobre o modo como ele deveria ser regulamentado, para que fosse efetivamente “respeitado”.

Uma análise aprofundada dessa determinação poderia atestar, inclusive, que ela sequer garantia a participação dessa representação, nas assembleias legislativas, com atributos idênticos aos dos representantes do povo, ao contrário do que determinava a Constituição para a Câmara dos Deputados (art. 23). Nesse caso, a ambigüidade do texto brasileiro poderia transferir para as cons-

tituintes estaduais e reeditar agora, em novos cenários, o confronto ocorrido na Assembleia Nacional Constituinte em torno da natureza da “representação das associações profissionais” (deliberativa ou consultiva)⁹.

Essa possibilidade atenua-se quando o art. 7º, I, g, é cotejado com o *caput* do art. 3º das DT. Nele é afirmado que as constituintes estaduais, após concluírem os seus trabalhos, transformar-se-iam em assembleias legislativas ordinárias e deveriam providenciar, desde logo, o atendimento da “representação das profissões”. Isto é, a medida aparentemente afirmava que esta deveria participar dos legislativos estaduais, com funções idênticas às que desempenharia na Câmara dos Deputados, como interpretou Araújo Castro (1936). Entretanto, essa analogia não encontra respaldo naquilo que o texto declara, pois continuava em vigor a possibilidade de atender à “representação das profissões” sob a forma consultiva – a não ser que se passasse a entender, pelo termo e pelo princípio, a participação com funções deliberativas nos legislativos.

Essa discussão ocorreu na Constituinte do Rio Grande do Sul. O deputado Raul Pilla propôs a formação de duas câmaras distintas, a popular e a de caráter técnico-consultivo, esta com direito de ser ouvida em todas as questões de ordem econômica indicadas à Assembleia Legislativa, de apresentar projetos de leis e de provocar *referendum* a propósito de qualquer lei. O argumento confirma a nossa interpretação:

“a representação profissional é um dos princípios que os Estados devem observar, ao se organizarem constitucionalmente. Mas a Constituição Federal estabelece tal preceito de modo absolutamente geral, empregando a expressão no seu sentido universal, sem limitações de espécie alguma. Claro é, destarte, que ao Estado é lícito optar por uma das várias formas de representação profissional e nada os obriga a cingirem-se à modalidade preferida na organização do poder

legislativo federal.” (PILLA apud MIRANDA, 1936, p. 313)

Porém, essa é uma discussão bizantina, já que, na prática, as constituintes estaduais sempre interpretaram e aplicaram, do mesmo modo, a norma Constitucional relativa a esse assunto. Logo, em todas as assembleias legislativas (assim como na Câmara Municipal do Distrito Federal), “representação das profissões” passou a significar uma abertura de determinado espaço para deputados eleitos pelas organizações ou associações profissionais, e o direito de eles participarem com os mesmos atributos da representação popular. Parece ter prevalecido, por analogia, a orientação trazida pelo art. 23 da Constituição Federal, segundo o qual a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo e daqueles eleitos pelas organizações profissionais.

Se a ambigüidade em torno do poder que teria essa representação ficou restrita a uma imprecisão ou diversidade terminológica, sem adentrar na possibilidade de uma representação meramente consultiva, o mesmo não pode ser dito de um outro aspecto. Referimo-nos ao fato, observado na fala de Raul Pilla, de que a Constituição Brasileira não trazia indicações sobre o arranjo institucional ao qual deveriam as unidades da federação obedecer ao regulamentar o princípio dessa representação. Não era estabelecido, por exemplo, que fosse seguida a sistematização adotada pela própria Constituição para a Câmara dos Deputados.

A abordagem de Pontes de Miranda caminha nesse sentido. Ao comentar a Constituição de 1934, observa que esta define e organiza, única e exclusivamente, a participação de representantes eleitos pelas associações profissionais na Câmara dos Deputados, donde conclui ter ficado certa liberdade aos estados-membros. O autor chega ao mesmo juízo, ao observar o já comentado art. 24, que exige o seguinte: esses deputados devem pertencer à classe e ao grupo das associações que os elegeram, ou seja, ele só se dirige ao poder legislativo federal e não

define procedimentos a serem adotados pelos estados (MIRANDA, 1936, p. 312-313). Desse modo, os estados poderiam organizar a “representação profissional” como bem entendessem, o que poderia gerar, como de fato gerou, uma diversidade de modelos.

Vale o comentário de G. de Almeida Moura (1937, p. 177-178), que chegou à mesma conclusão: “se a Constituição Federal tornou obrigatória a representação profissional nos estados, cometeu um descuido, ao esquecer-se de determinar a extensão do novo instituto”. O autor relata um caso em que essa questão suscitou discussão: em dezembro de 1936, quando de a necessidade da Assembléia Legislativa escolher o novo Governador de São Paulo, depois da renúncia de Armando de Salles Oliveira, houve um recurso contra a eleição, tendo por justificativa a inconstitucionalidade da composição da Assembléia, visto que ela continha 1/4 de representantes das associações profissionais na comparação com a representação popular, enquanto a Constituição Federal estabelecia 1/5. A celeuma foi resolvida pelo TSJE, que decidiu em favor da Constituição de São Paulo.

Podemos contrapor que o espírito dos constituintes brasileiros era exatamente este: garantir que os estados incorporassem a medida, mas deixar em aberto o tipo de arranjo institucional em que ela ocorreria. Afinal, as dificuldades enfrentadas na Constituinte para que fosse adotada uma versão mais “atenuada” dessa representação no Legislativo Nacional mostraram às forças contrárias ao modelo do Clube Três de Outubro que era interessante deixar o campo de disputa em aberto, pois, dessa forma, elas remeteriam a adoção de uma posição definitiva sobre a organização dos estados para essas constituintes e as correlações bem específicas dos panoramas regionais.

Esclarecemos que não houve nesse caso, simplesmente, a transferência do campo de batalha. Essas forças também tomaram cuidado para que ficasse facilitado o atendimento aos seus interesses, por isso a Cons-

tuição Federal (*caput* do art. 3º das DT) estabelecia que as constituintes estaduais só contariam com representantes eleitos pelo povo. Em outras palavras: nessa instância, ao contrário do que ocorrera no âmbito nacional, não haveria a participação da “representação das associações profissionais”, uma bancada que estaria, em tese, fortemente interessada em ampliar o espaço às entidades profissionais¹⁰.

O procedimento de construir um novo espaço de conflito ou de mantê-lo em aberto, também foi adotado no que diz respeito à legislação ordinária, destinada a complementar os preceitos da Constituição Nacional relativos ao congresso. Essa missão foi destinada, inicialmente, à função ordinária assumida pela Constituinte entre julho de 1934 e maio de 1935; depois, ela passou à primeira legislatura, empossada logo após. E, da mesma forma que nas constituintes estaduais, não houve uma simples transferência do confronto.

Um exemplo justifica o que estamos a afirmar. No art. 23, parág. 7º, da Constituição Federal, pode-se ler que: “na discriminação dos círculos [para o Congresso Nacional], a lei deverá assegurar a representação das atividades econômicas e culturais do país”. Logo, os “ramos da atividade econômica” (“lavoura e pecuária”, “indústria”, “comércio e transporte”, “profissões liberais e funcionários públicos”) deveriam ser divididos em grupos menores. Dessa forma, verificamos que as forças contrárias ao Clube Três de Outubro impediram a permanência da proposta dos “círculos das profissões afins”, mas não obtiveram uma vitória definitiva, pois a Constituição afirma a necessidade de a legislação ordinária subdividir aquelas categorias. Isto é, a luta pela afirmação de determinado modelo de “representação das associações profissionais” foi remetida a um segundo momento.

O interessante é que a necessidade de regulamentação trazia boas perspectivas para os dois lados. Abelardo Marinho (1934) mantinha a expectativa de que seu modelo

viesses a ser adotado, já que a subdivisão era um imperativo constitucional. As demais forças, ao inverso, tinham afirmado na Constituição – portanto, estava em vigor – um modelo que era do seu agrado e que não contemplava as idéias do Clube. Apesar disso, elas sabiam que teriam no futuro um novo confronto em torno das peculiaridades do arranjo institucional dessa representação na Câmara dos Deputados. E, dessa vez, a vantagem teórica era do inimigo.

Não admira, portanto, que as ações posteriores de cada uma dessas forças tenham procurado seguir essas circunstâncias oferecidas pela Constituição. Logo após a abertura da primeira legislatura, em 12 de maio de 1935, o reeleito deputado Euvaldo Lodi – não por acaso um dos artífices da emenda que serviu de base para o texto constitucional aprovado – apresentou o projeto de discriminação dos círculos profissionais. A principal oposição ao projeto, que redundou inclusive na apresentação de um substitutivo, proveio, também não por acaso, do igualmente reeleito Marinho.

O fato de Lodi, rapidamente, ter apresentado um projeto voltado à regulamentação desse fracionamento indica a intenção de tomar a frente, e de obter vantagem, em um terreno claramente desfavorável aos interesses que ele defendia. Essa rapidez pegou Marinho de surpresa. Afinal, ciente de que a perspectiva da legislação ordinária era de trazer a discriminação dos círculos mais para perto do seu modelo, ainda estava a rascunhar o seu projeto e a adaptar a sua idéia da “representação das profissões” ao filtro dos ramos da atividade econômica enxertado na Constituição.

Pouco surpreende que, diante da reação de Marinho, do impasse criado aos projetos de regulamentação dos círculos e da impossibilidade de minar a tendência favorável a este, a articulação liderada por Lodi tenha optado pela solução que melhor lhe convinha, isto é, não aprovar projeto nenhum e prolongar o mais possível a vigência exclusiva da vitória que eles haviam obtido na

Constituinte, qual seja a representação das associações profissionais “por ramos da atividade econômica”.

Nesse sentido, a Lei 451, de 23 de junho de 1937, estabelecia a proporção de deputados para a segunda legislatura e determinava que, se não fosse promulgada até três de novembro de 1937 a lei ordinária de que tratava o art. 23, parág. 3º, da Constituição Federal, a eleição da “representação profissional” seguiria as instruções expedidas pelo TSJE em setembro de 1934, referentes à escolha para a primeira legislatura. Como de fato essa lei não foi produzida, as eleições para a segunda legislatura, se tivessem transcorrido, seguiriam o critério do “ramo da atividade econômica”, a exemplo do que ocorreria em 1935.

É na perspectiva indicada pelos exemplos vistos acima que reside, no campo da política, a resposta para a imprecisão ou a ambigüidade da Constituição Federal, a qual veio a se refletir nos textos das constituições estaduais, nas decisões do TSJE e na produção legislativa do Congresso Nacional. Torna-se difícil, no entanto, determinar se a totalidade da imperfeita técnica de redação legislativa é devida, simplesmente, à falta de atenção e/ou de qualificação dos deputados constituintes, ou se ela tem motivação nos interesses que se confrontaram durante o seu processo de formulação.

A preponderância do aspecto político pode ter levado os constituintes a se despreocuparem com o modo de redigir o texto constitucional (e, assim, cometerem imprecisões e/ou introduzirem ambigüidades), bem como a deixarem-no propositadamente em aberto, no que tange às determinações relativas aos estados e à legislação ordinária. Nesse último caso, a imperfeita técnica legislativa não é um equívoco, mas o produto de uma decisão política tomada durante a Constituinte.

Não surpreende, por exemplo, que verifiquemos grande variação também no índice de cadeiras destinadas a “representantes das associações profissionais” nas as-

sembléias legislativas, na comparação com aqueles eleitos pelo povo. Mais uma vez, na ausência de uma determinação na Constituição Federal, os estados adotaram as mais diversas alternativas, muito em função da correlação de forças e de interesses que predominavam em cada assembleia constituinte.

A Constituição Brasileira definia que, na Câmara dos Deputados, essa representação seria equivalente a um quinto da população, cujos números efetivos seriam determinados pelo TSJE, tendo em vista duas regras: o cômputo oficial da população; e a relação de um deputado para cada 150 mil habitantes, até o máximo de 20, e, desse limite para cima, de um para cada 250 mil habitantes (art. 23, parág. 1º e 2º)¹¹.

Vários estados preferiram repetir essa fórmula. Em cinco, foram estabelecidos seis deputados “das profissões” e trinta do povo, num total de 36 na Assembleia Legislativa: Paraíba (*caput* do art. 13), Pernambuco (*caput* do art. 10), Alagoas (art. 10, parág. 1º), Pará (art. 3º, parág. 3º e 4º), Maranhão (art. 11, parág. 1º, a partir da segunda legislatura¹²). Na do Rio Grande do Sul, o número foi fixado em sete para o total de 42 cadeiras (art. 12 das DT). Na do Sergipe, foram quatro para 24 na Assembleia (*caput* do art. 13º). Para o Rio de Janeiro, foram nove para 45 do povo e 54 no total (art. 3, parág. 2º).

Em diversas outras, entretanto, foram definidas relações diferentes. Quatro unidades preferiram uma relação próxima àquela estabelecida na Constituição Nacional, porém ampliada, caso de: São Paulo (art. 4º, parág. 1º), Piauí (*caput* do art. 15) e Distrito Federal (*caput* do art. 7º), que fixaram em 1/4 da representação popular, o que significava, respectivamente quinze para sessenta cadeiras no caso do primeiro e seis para 24 no das outras duas unidades da federação; mais a Bahia (art. 4º), que formalizou 42 cadeiras populares e oito das associações profissionais (aproximadamente 19%). A Constituição do Espírito Santo (art. 7º, parág. 2º) determinou 25 representantes populares e

quatro das entidades (16%). As de Mato Grosso (art. 4º, parág. 1º) e de Goiás (art. 6º, parág. 1º) conceberam três cadeiras para um total de 27 deputados (12,5% da representação popular). A Constituição do Rio Grande do Norte (*caput* do art. 4º) foi um pouco mais rigorosa: 28 cadeiras, sendo 25 de representantes populares e três das associações profissionais (equivalente a 12% da popular).

As mais atenuadas foram as do Paraná (*caput* do art. 6º) e de Santa Catarina (*caput* do art. 4º), que definiram uma participação de 10% da representação popular (três cadeiras), mais a do Maranhão, na primeira legislatura. Ao inverso, na do Ceará (*caput* e parág. 1º do art. 4º), a participação era de um terço da popular (ou 25% do total de cadeiras), respectivamente dez e trinta vagas.

Há o caso da Constituição do Amazonas, que definiu em trinta os representantes do povo, mas não estabeleceu qualquer índice de deputados das profissões, tendo transferido a decisão à lei ordinária.

Enfim, vemos que, nas vinte constituições estaduais, mais a Lei Orgânica do Distrito Federal, há uma variação significativa na participação da representação das associações profissionais em relação à popular, que vai de 10% em Santa Catarina, Paraná e Maranhão (1ª legislatura) a um terço no Ceará, tendo, como as mais comuns, índices de 20% (nove estados) a 25% (quatro).

A mesma situação diz respeito à extensão dessa representação aos municípios. Em apenas três Constituições, há referência a esse fato, e mesmo assim em situações bastante diferentes. A de Goiás é a única que a torna obrigatória, ao afirmar que “o número de vereadores, assegurada a representação profissional e a dos distritos, será fixado na lei orgânica” (art. 65, parág. 1º). A do Piauí condiciona essa participação a: importância, economia e possibilidades de cada Município (art. 108, parág. 1º). A da Paraíba segue um caminho semelhante ao estabelecer que: “a lei de organização municipal

determinará os municípios, cujas câmaras devem comportar representação obrigatória das classes profissionais” (art. 90).

Conclusão

A investigação constatou que não houve suficiente clareza, rigor e correspondência entre a terminologia e as definições estabelecidas pelo arcabouço legal, relativo à participação de eleitos pelas associações profissionais nos órgãos legislativos do país, principalmente quando confrontadas com a classificação por nós estabelecida. No entanto, a intenção não é afirmar que os nossos preceitos são mais coerentes do que aqueles efetivamente adotados pelos legisladores brasileiros, nem criticar a cultura jurídica daquela época. Ao contrário, consideramos que as ambigüidades e as imprecisões, aqui identificadas, só se tornam perceptíveis porque formulamos uma teorização que tem, por referência, o processo histórico e político em que essa temática esteve envolvida, ou seja, porque nossa classificação tem por objetivo estabelecer e identificar as várias versões e modalidades de “representação das associações profissionais” em discussão naquele período.

Dessa forma, inventariar essa legislação, confrontá-la com uma determinada categorização e constatar uma série de ambigüidades não tem por intenção corrigir uma realidade específica, e, sim, demonstrar como o próprio arcabouço legal esteve sujeito às imprecisões e divergências inerentes àquele processo histórico.

As possibilidades de interpretação divergente derivam do processo de constitucionalização desse princípio e do conflito político e ideológico que ele contemplou, inicialmente, no plano nacional e, depois, nos vários panoramas regionais. Muitas vezes a falta de precisão e/ou as ambigüidades não são devidas unicamente à falta de domínio da técnica jurídica, porém assim se apresentam por causa da intencionalidade dos legisladores, embora não possamos descartar que

alguns desses problemas tenham por origem, única e exclusivamente, uma técnica legislativa dominada de modo imperfeito.

Em qualquer hipótese, foram geradas organizações díspares na comparação entre as constituições estaduais e dessas com a Federal, tanto no que tange ao número de deputados, quanto às denominações e aos tipos de categorias em que foram reunidas as entidades. Essa situação possibilitou o surgimento de uma jurisprudência confusa, que não chegou a produzir muitas disputas tão-somente porque a questão se tornou letra morta depois de novembro de 1937. Em outros termos, não houve tempo para que as divergências ganhassem fôlego e viessem a produzir novos episódios de conflito político e jurídico. Porém, isso não significa dizer que eles não existissem e, em alguns casos, fossem de efetivo conhecimento dos diferentes interessados, os quais estavam esperando o momento certo para (re)iniciar a disputa.

Notas

¹ A expressão pode ter sentido mais amplo e contemplar outros modelos organizacionais, como a participação de caráter consultivo, em organismos e conselhos técnicos. Neste artigo, como tratamos da legislação brasileira, vamos utilizá-la apenas no modo como foi regulamentada. Para mais detalhes sobre os possíveis significados da expressão, ver: Barreto (2001).

² Alguns chegaram a ser eleitos para a Constituinte, como Antônio Carlos e Carlos Maximiliano. O primeiro foi o presidente da Constituinte e o segundo, presidente da Comissão Constitucional.

³ A distinção entre sindicatos e associações profissionais deve-se ao fato de funcionários públicos e profissões liberais não poderem organizar-se sob a forma de sindicatos, conforme a legislação em vigor, o Decreto 19.770, de 19 de março de 1931.

⁴ O Anteprojeto não abriu espaço à participação das associações profissionais no parlamento nacional, mas lhes garantiu algumas cadeiras no Conselho Municipal do Distrito Federal (“até 12, eleitos pelos sindicatos e associações de classe e pelas corporações representativas dos interesses sociais, em todos os seus aspectos de ordem admi-

nistrativa, moral, cultural e econômica”, cf. art. 82, parág. 3º).

⁵ No panorama europeu, alguns concebiam essa representação como a formação de colégios eleitorais a partir dos vínculos profissionais, e não do território – caso de BENOIST (1896). Nesse caso, o sufrágio permaneceria direto e individual, e sem a participação das associações profissionais.

⁶ A dicotomia “patrões e operários/trabalhadores” era evitada, pois o Governo a identificava com o “conflito de classes”. E este deveria ser substituído pela “harmonia de classes”, conforme o famoso discurso de Lindolfo Collor, primeiro ministro do Trabalho, Indústria e Comércio.

⁷ Entretanto, Getúlio Vargas, sempre que se manifestou sobre esse assunto antes da convocação da Constituinte, denominou-o “representação de classes” (BARRETO, 2001).

⁸ A Resolução (art. 2º e 3º) e as Instruções (art. 1º e 17) do TSJE, de 11 de setembro de 1934, subdividiram, na prática, a categoria de profissões liberais e funcionários públicos, ao determinarem que as eleições ocorreriam em sessões separadas, e em dias diferentes, a cada uma correspondendo quatro vagas e três suplentes. A interpretação não deixa de ser controversa, haja vista que a Constituição Federal determina, no art. 23, parág. 5º, que: “exceтуada a quarta categoria [profissões liberais e funcionários públicos], haverá em cada círculo profissional dois grupos eleitorais distintos: um das associações de empregadores, outro, das associações de empregados”. O entendimento do TSJE foi de que este parágrafo tinha por referência as categorias em que se aplicava a distinção entre patrões e empregados e que, por consequência, a determinação de que, na quarta categoria, não haveria dois grupos eleitorais não deveria ser tomada de modo absoluto.

⁹ Esclarecemos que, além do conflito em torno do modo específico de regulamentar a representação das associações profissionais com assento no Congresso Nacional, houve um confronto anterior, fruto da existência de uma proposta da Chapa Única por São Paulo Unido, segundo a qual essa representação seria consultiva, a ser exercida em conselhos técnicos de apoio e assessoria ao parlamento (BARRETO, 2001).

¹⁰ Não podemos acompanhar como se deu, nas várias unidades da federação, o processo de regulamentação do princípio afirmado na Constituição Federal. Que ocorreram debates e proposições divergentes, ligadas às peculiaridades locais, não temos a menor dúvida. Mas quais foram as bases concretas desses debates e desses posicionamentos depende da análise de cada processo constituinte.

¹¹ Na Resolução de 11 de setembro de 1934, o TSJE fixou em 50 o número de deputados das profissões: 14 para “lavoura e pecuária”, “indústria”

e “comércio e transporte” (sete para empregados e sete para empregadores, em cada categoria), quatro para “profissões liberais” e quatro para “funcionários públicos” (art. 2º).

¹² A primeira legislatura no Maranhão teria apenas três deputados das associações profissionais, cf. art. 11, parág. 1º.

Bibliografia

- AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição nacional*. Brasília: Senado Federal, 1993.
- BRASIL. *Coleção das Leis dos Estados Unidos do Brasil*. Atos do Governo Provisório (1931). Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1942. 4. v.
- _____. *Coleção das Leis dos Estados Unidos do Brasil*. Atos do Governo Provisório (1932). Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1942. 4. v.
- _____. *Coleção das Leis dos Estados Unidos do Brasil*. Atos do Governo Provisório (1933). Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1934. 4. v.
- _____. *Coleção das Leis dos Estados Unidos do Brasil*. Atos do Governo Provisório (1934). Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1935-1936. 4. v.
- _____. *Coleção das Leis dos Estados Unidos do Brasil*. Atos do Poder Executivo (1934). Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1936. v. 5.
- _____. *Coleção das Leis dos Estados Unidos do Brasil*. Atos do Poder Legislativo (1937). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1938. v. 3.
- _____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)*. São Paulo: Acadêmica, 1935.
- _____. *A Constituição Federal e as constituições estaduais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Arquivo Judiciário, 1937.
- _____. *As Constituições dos estados e da República*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1937.
- _____. *Assembléia Nacional Constituinte*. *Anais*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1934-1937, 22 v.
- _____. *Câmara dos Deputados*. *Anais. Função Ordinária da Assembléia Nacional Constituinte (1934)*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. 5 v.
- _____. *Anais. Primeira Legislatura*. (1935-6). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937-1938.
- _____. *Instruções para as eleições de representantes profissionais na Câmara Municipal do Distrito Federal e dos deputados de classe nas Assembléias Estaduais*. *Boletim Eleitoral*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, v. 4, n. 76, p. 1.647-1649, 9 jul. 1935.
- BARCELOS, Milton. *Evolução constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933.
- BARRETO, Alvaro. *Aspectos institucionais e políticos da representação das associações profissionais, no Brasil, nos anos 1930*. 2001. Tese (Doutorado em História) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2001.
- _____. *A representação das associações profissionais na Subcomissão do Itamarati*. *Estudos Ibero-americanos*, Porto Alegre, v. 28, n. 1, jun. 2002b.
- _____. *O Código Eleitoral de 1932 e a representação das associações profissionais*. *História em Revista*, Pelotas, v. 8, 2002a.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *A Constituinte de 1934*. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 107-111, jul. 1983.
- BRITO, José Gabriel Lemos de. *A Nova Constituição Brasileira, promulgada em 16 de julho de 1934*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1934.
- CABRAL, João C. da Rocha. *Código Eleitoral da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1932.
- CALMON, Pedro. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1937.
- CARNEIRO, Levi. *Pela nova constituição*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1936.
- CASTRO, Araújo. *A nova constituição brasileira*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1936.
- COELHO, Euler. *Código eleitoral*. Belo Horizonte: Americana, 1932.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *A Constituição de 1934*. In: D'ÁVILA, Luiz Felipe (Org.). *As constituições brasileiras*. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2.
- _____. *Direito constitucional. Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FULGÊNCIO, Tito. *Anotações ao código eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 1932.
- GOMES, Angela Maria de Castro. *Confronto e compromisso no processo de constitucionalização (1930-35)*. In: FAUSTO, Boris (Org.). *História geral da civilização brasileira*. São Paulo: Difel, 1981. t. 10.
- _____. *A representação de classes na Constituinte de 1934*. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 53-115, jul./set. 1978.

- JOBIM, Nelson; PORTO, Walter Costa. *Legislação eleitoral no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1996. v. 2.
- KELLY, Octavio. *Código eleitoral anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1933.
- KELSEN, Hans. A competência da Assembléia Nacional Constituinte de 1933/4. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, p. 5-11, 1995.
- MARINHO, Josaphat. A Constituição de 1934. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 24, n. 94, p. 17-28, abr./jun. 1987.
- MARINHO, Abelardo. *O sufrágio profissionalista*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1934.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, [19—?]. 2 t.
- MOURA, G. de Almeida. *A representação profissional*. São Paulo: Acadêmica, 1937.
- NASCIMENTO, Nicanor. *Diretivas constitucionais (depois da guerra)*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1932.
- PINTO FERREIRA. A Constituição brasileira de 1934 e seus reflexos na atualidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 24, n. 93, p. 15-30, jan./mar. 1987.
- POLETTI, Ronaldo. A Constituição de 1934. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 23 n. 89, p. 63-102, jan./mar. 1986.
- _____. A Constituição de 1934. *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal: Centro de Estudos Estratégicos: Escola de Administração Fazendária, 2001.
- PORTO, Walter Costa. *O voto no Brasil: da Colônia à Quinta República*. Brasília: Senado Federal, 1989. v. 1.
- RAMOS, Carlos Roberto. Origem, conceito, tipos de constituição, poder constituinte e história das constituintes brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília v. 24, n. 93, p. 65-98, jan./mar. 1987.
- REIS, Antonio Marques dos. *Constituição Federal Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1934.
- SAMPAIO, Alde. *Problemas básicos na Constituição*. Rio de Janeiro: Ariel, [19—?].
- _____. Constituição de 1934: comemoração de 50 anos. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 27 n. 3, p. 42-44, set./dez. 1984.
- SERPA, José de. *Preceitos constitucionais*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1934.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. *A Constituinte de 1934 e a representação profissional*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- TRIBUNAL Superior de Justiça Eleitoral. Resolução e Instruções para a realização das eleições dos representantes profissionais, na primeira legislatura nacional. *Boletim Eleitoral*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 94, p. 3520-3522, [19—?].
- VELASCO, Domingos. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1935.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. Análise da Constituição de 1934. In: O PENSAMENTO constitucional brasileiro. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

A proteção do consumidor residente no Brasil nos contratos internacionais

Paulo R. Roque A. Khouri

Sumário

Introdução. 1. Regra geral do Direito Internacional Privado brasileiro. 1.1. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. 1.2. O Código Bustamante. 2. Breve panorama da proteção do consumidor na União Européia, Convenção do México e Mercosul. 2.1. A Convenção de Roma. 2.2 A Convenção do México. 2.3. Proteção do consumidor no Mercosul. 3. A proteção do consumidor na ordem jurídica brasileira. 3.1. A proteção do consumidor como direito fundamental no ordenamento brasileiro – a concretização do direito à igualdade. 3.2. O Código de Defesa do Consumidor e a integração do direito fundamental por meio de normas imperativas. 3.3. A proteção do consumidor e a ordem pública internacional. 4. As normas de aplicação imediata ou necessária e a proteção do consumidor. 4.1. As normas de aplicação imediata e normas autolimitadas. 4.2. A aptidão da defesa do consumidor para permitir o seu enquadramento nas normas de aplicação imediata. 4.3. O conteúdo e o fim perseguidos pelas normas de proteção do consumidor. Conclusão.

Introdução

É fato que a globalização aumenta sobremaneira os negócios entre os contratantes de diversos Estados. O Brasil, hoje, inclusive, é um dos quatro membros do Mercado Comum do Cone Sul, Mercosul, cujo objetivo primordial consiste na consolidação de mercado livre comum, com livre circulação de bens, serviços, capital e pessoas. Além do Mercosul, futuramente o Brasil

Paulo R. Roque A. Khouri é advogado, Professor da Faculdade de Direito do Uniceub-DF, pós-graduado em Direito do Consumo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Mestrando em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

poderá integrar a Área de Livre Comércio das Américas, a ALCA, que, proposta pelos Estados Unidos, pretende a formação de um grande corredor comercial em todo o continente americano. Os produtos e serviços, então, tendem a circular de país a país com maior velocidade. Naturalmente, o meio jurídico a que se recorre para viabilizar essa circulação é o contrato.

Evidente, então, que, se aumentam as transações transnacionais, aumentam as possibilidades de conflitos. Conflitos que só poderão ser resolvidos à luz do Direito Internacional Privado. Com referência ao consumidor, a questão não é diferente. É que as relações jurídicas de consumo dão-se, sobretudo, por meio do contrato. Pode-se dizer mesmo que o objetivo de um profissional no mercado, do fornecedor, é a celebração do contrato, porque só ele viabiliza, no sistema capitalista, a transferência do bem do fabricante, do produtor ou do prestador do serviço até o consumo final. Importa, portanto, saber que proteção tem esse consumidor que, em território brasileiro, busca adquirir bens e serviços de fornecedores estrangeiros; em outras palavras, interessa identificar a proteção do consumidor que celebra contratos internacionais. É nesse sentido que essa resposta deve ser buscada a partir do estudo do Direito Internacional Privado.

Num primeiro momento, este trabalho procurará identificar as fontes internas e internacionais do Direito Privado Internacional brasileiro relativas às obrigações contratuais, identificar o elemento de conexão adotado pelo Brasil para reger essas obrigações. Interessa saber qual será o direito aplicável em casos de conflito.

Uma vez identificada a questão acima, passaremos a cuidar do interesse específico deste trabalho, que é a proteção do consumidor brasileiro nos contratos internacionais. O elemento de conexão adotado pelo Brasil para reger as relações obrigacionais é absolutamente indiferente ao fato de essa relação envolver ou não consumidores? Ou

seja, da mesma forma que o direito brasileiro aceita a lei estrangeira para reger uma relação obrigacional entre uma grande empresa canadense e uma grande empresa brasileira, aceitará também que essa mesma lei estrangeira viesse a reger uma relação em que esteja em causa a defesa de consumidor residente no Brasil que celebrou contrato com um fornecedor estrangeiro?

Importam, primeiramente, breves considerações sobre como essa proteção do consumidor vem sendo considerada em alguns tratados internacionais importantes, em matéria de obrigações contratuais, principalmente na União Européia, que busca atribuir ao consumidor um elevado nível de proteção.

Como se sabe, na maioria dos ordenamentos, a celebração dos contratos é limitada por normas imperativas, particularmente, por normas destinadas a proteger os contratantes mais fracos economicamente. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, CDC, Lei nº 8078/90, decorre de uma imposição direta da Constituição de 1988, que não se limitou a incluir a defesa do consumidor como princípio de ordem econômica; foi além, ao incluí-la como um direito fundamental. Em que medida essa proteção, como direito fundamental, que já existe no direito interno, Lei nº 8078/90, constitui proteção mínima assegurada ao consumidor brasileiro na celebração de contratos com fornecedores com domicílio em outros países? Essa é, portanto, a indagação central deste trabalho. Essa indagação ganha relevância a partir do momento em que se constata a ausência de qualquer tratado internacional, em vigência no Brasil, que assegure de forma expressa ao consumidor uma proteção mínima nos contratos internacionais.

A verdade é que existe uma grande interrogação no Direito Internacional Privado brasileiro sobre a proteção do consumidor. Na existência real dessa interrogação, avulta a importância dos princípios do Direito Internacional Privado, como meio de

buscar uma solução para a questão colocada. Poder-se-ia dizer que a proteção do consumidor faz parte de uma ordem pública internacional e que o simples recurso a essa ordem pública garantir-lhe-ia uma proteção mínima?

Entretanto, este trabalho não se limitará à busca do confronto do problema colocado com a ordem pública internacional. Neste sentido, este trabalho deverá buscar avaliar como as normas imperativas internas, como o é no caso da legislação brasileira, o Código de Defesa do Consumidor, poderão ser aplicadas quando a *lex causae* não seja a brasileira. Seriam as normas protetivas do consumidor brasileiras normas de aplicação imediata? Antes, porém, importaria identificar nessas normas, qual o conteúdo e o fim por elas perseguidos, em outras palavras, em que medida elas têm a aptidão para se enquadrarem como normas de aplicação imediata. A partir de então, seria importante buscar, dentro do ordenamento brasileiro, uma fonte em que esteja consagrada essa aplicação necessária, ainda que de forma implícita; ou se haveria uma lacuna na norma de conflitos ou ainda que não seja sequer caso de uma lacuna, mas de uma decorrência de política legislativa.

Devemos, então, apreciar o que se entende por norma de aplicação imediata e se esse instituto constitui ou não um desvio admitido pelo DIP, em matéria de direito aplicável.

São questões para as quais este trabalho estará em busca de resposta nas páginas que se seguem.

1. Regra geral do Direito Internacional Privado brasileiro

1.1. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro

Os contratos internacionais celebrados entre brasileiros e estrangeiros, em princípio, podem submeter-se tanto à lei brasileira como à lei estrangeira. A lei aplicável vai

depender do local onde foi celebrado o contrato ou do local da residência do proponente. É o que vai dizer a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, no seu artigo 9º. São, portanto, dois elementos de conexão adotados: 1) *O do local onde foi celebrado o contrato*; 2) *O local da residência do proponente*¹.

O primeiro elemento de conexão do local da celebração do contrato diz respeito aos contratos celebrados entre presentes. Por local da celebração do contrato, conforme ensina Magalhães Collaço ([1954?]), deve compreender-se o “lugar onde se verificou o último elemento que a lei considera necessário para a perfeição do consenso”; o 2º, por sua vez, o da residência do proponente, deve ser aplicado toda vez que o contrato tenha sido celebrado entre ausentes.

De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 9º, ainda que o contrato não seja celebrado no Brasil, mas se a obrigação tiver de ser executada no Brasil, a exigibilidade da mesma em território brasileiro impõe que seja respeitada a formalidade prevista na lei brasileira para validade das declarações de vontade. Tratando-se, *v.g.*, de compra e venda de imóveis, impõe-se que o negócio seja celebrado, no estrangeiro, por escritura pública, tal como exige a lei brasileira, ainda que a lei do local da celebração ou aplicável não imponha tal formalidade.

Poderia também o direito aplicável ser livremente escolhido pelas partes? Segundo a doutrina majoritária, a lei brasileira não reservou nenhum espaço para que a autonomia da vontade das partes elegesse o direito aplicável². Esse fato, aliás, sempre mereceu da doutrina severas críticas, a ponto de o saudoso professor Marques dos Santos (2002, p. 387) falar de uma “irrelevância da autonomia da vontade” no DIP brasileiro.

Há, no Congresso Nacional, um projeto de lei, em tramitação, consagrando a autonomia da vontade no DIP brasileiro³. Mas o fato é que até hoje, mesmo diante da assinatura de tratados importantíssimos pelo Brasil, em matéria de obrigações contratuais, conforme se verá adiante, as partes, num

contrato internacional, estão impedidas de eleger qual direito vai reger as relações patrimoniais decorrentes do pacto de vontades.

O artigo 17 da Lei de Introdução também atua como importante limitador da aplicação do direito estrangeiro, inclusive, em matéria contratual, no território brasileiro. Por força desse dispositivo, não terão qualquer validade no território brasileiro não só “as declarações de vontade” efetivadas nos contratos, mas quaisquer “leis, atos e sentenças de outro país que violem a ordem pública”.

Como se vê, não existe, na Lei de Introdução ao Código Civil, qualquer norma específica do direito dos conflitos relativa à proteção do consumidor ou a qualquer outra categoria de contratante que já à época pudesse ser considerado economicamente vulnerável. E essa ausência tem uma justificativa histórica. Essa proteção já não constava da Lei anterior de Introdução ao Código Civil de 1916; e, da mesma forma, deixou de constar na Lei de Introdução atual de 1942. As leis de introdução, evidentemente, estavam em consonância com o Código Civil de 1916, fruto de influência direta do Código Napoleônico de 1804, de reconhecida vocação liberal, avesso a qualquer interferência maior do Estado nos negócios jurídicos. Mesmo com a crescente especialização do direito privado, o fato é também que o DIP manteve-se, na maioria dos ordenamentos, com o método conflitual genérico, não acompanhando aquela tendência do direito material⁴.

Deve-se ainda salientar que a defesa do consumidor só passou a ocupar espaços maiores nos ordenamentos ocidentais a partir da II Guerra Mundial, com o incremento dos chamados contratos de adesão. Nessas contratações, não raro o contratante mais fraco economicamente acabava submetido a cláusulas portadoras de flagrantes desequilíbrios contratuais.

Entretanto, indiretamente, pode-se dizer que a Lei de Introdução ao Código Civil, ao

não permitir a autonomia da vontade na escolha do direito aplicável, antes mesmo do advento de uma lei especial de defesa do consumidor, acabou se constituindo num instrumento indireto de proteção do contratante economicamente mais fraco. É que, havendo a possibilidade de o contratante mais forte fugir à lei brasileira, poder-se-ia submeter o consumidor brasileiro à legislação do país sede do fornecedor, onde, eventualmente, ele não tivesse o grau de proteção de que dispunha na ordem jurídica interna.

1.2. O Código Bustamante

Esse tratado, ratificado em 1929, é considerado um dos mais importantes tratados de Direito Internacional Privado em vigência no Brasil⁵. Ele foi também ratificado por quinze países da América do Sul e da América Central⁶.

O Código Bustamante, igualmente, não traz qualquer menção à proteção ao consumidor.

O elemento de conexão para as obrigações contratuais, estabelecido no Tratado, é o do local da celebração do pacto⁷, em sintonia com o que estabelece o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil. Pelo texto do Código, não há qualquer comprometimento dos países signatários quanto à autonomia da vontade para eleição do direito aplicável.

O “Código” também excepciona a “ordem pública internacional” como importante limitador da aplicação da lei estrangeira em matéria de obrigações contratuais.

Em duas ocasiões, entretanto, o Código não se limita a fazer genericamente a reserva da ordem pública internacional. Ele vai enumerar algumas condições aptas ao acionamento da dita reserva.

Por força de seu artigo 175º, são consideradas de “ordem pública internacional” as normas do direito interno que “vedam o estabelecimento de pactos, cláusulas e condições contrárias às leis, à moral e à ordem pública”.

Na verdade, o “Código” procurou compreender como limite de aplicação da lei estrangeira à exigibilidade das obrigações contratuais não só as normas de ordem pública, mas toda e qualquer norma cogente, imperativa, do direito interno. Veja que o citado dispositivo não fala apenas de pactos contrários à ordem pública, ele vai além; inclui, na proibição, as cláusulas pactuadas em contratos internacionais “contrárias às leis, à moral...”

O Código Bustamante, quando da sua elaboração, não se referiu literalmente às normas de aplicação imediata. Até porque essa discussão em torno desse instituto, no Direito Internacional Privado, ainda é muito recente. A questão que se coloca, entretanto, dada a função do intérprete, é de saber se dessa principal fonte do DIP brasileiro emerge uma norma implícita, em que as normas de proteção e defesa do consumidor possam ter sua aplicação assegurada, mesmo quando a *lex causae* não seja a brasileira.

Aqui temos de recorrer ao artigo 175º do Código. Ainda que literalmente o dispositivo se refira à ordem pública internacional, o fato é que ele não está tratando apenas da ordem pública internacional, dentro da perspectiva restritiva e excepcional em que ela é entendida. Não haveria sentido o dispositivo referir-se à *ordem pública internacional* e incluir na mesma o “estabelecimento de pactos, cláusulas e condições contrárias a lei”. O estabelecimento de pactos contrários à lei não se insere automaticamente no contexto da ordem pública internacional. São situações que, em princípio, não se relacionam com a ordem pública internacional, cujo campo de atuação é reconhecidamente restrito.

Do acima exposto, pode-se inferir que o artigo 175º impôs como importante limitador do direito da *lex causae* as normas imperativas da *lex fori*. Conforme se verá adiante, uma vez identificados os fins e conteúdo perseguidos pelas normas de proteção do consumidor, esse dispositivo poderá ser acionado para o fim de garantir a proteção mínima outorgada pela lei brasileira.

Entretanto, ainda que se admita a invocação do artigo 175º do Código para o fim de proteção do consumidor brasileiro, tal dispositivo não garante, por si, essa proteção em todos os contratos internacionais. É que o próprio Código delimitou seu espaço de aplicação aos Estados Partes.

2. Breve panorama da proteção do consumidor na União Européia, Convenção do México e Mercosul

2.1. A Convenção de Roma

A proteção do consumidor na União Européia tornou-se um imperativo ante a efetivação de um mercado comum com ampla liberdade de circulação de pessoas, capitais e serviços.

O Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Européia em 1957, inicialmente, não contemplava qualquer tratamento específico para os consumidores. Posteriormente, entretanto, o Tratado ocupou-se de garantir ao consumidor, em matéria de direito aplicável, uma proteção especial, a partir da constatação de que uma das conseqüências do funcionamento pleno de um mercado comum seria a afetação dos consumidores (Cf. MARTINS, 2002, p. 64). Hoje, é também objetivo na Comunidade Européia “promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes...”⁸.

De acordo com o artigo 3º da Convenção de Roma sobre obrigações contratuais, admite-se a autonomia da vontade para a designação do direito aplicável, mesmo nos contratos envolvendo consumidores. Entretanto, consoante o artigo 5º, nº 2, essa escolha tem um importante limite: ela não pode privar o consumidor da proteção que tem no país onde tem sua residência habitual.

Não havendo designação do direito aplicável, por força do artigo 5º, nº 3, da Convenção, este será o do país em que o consumidor tiver sua residência habitual. A presente regra será acionada sempre que esti-

verem preenchidas algumas condições básicas: o consumidor ter contratado bens e serviços, fora de sua atividade profissional, a partir de uma proposta ou anúncio publicitário que lhe seja encaminhada no país de sua residência habitual; o consumidor ter realizado no país de sua residência habitual todos os atos necessários à contratação; a proteção mínima assegurada será ainda outorgada se, de qualquer forma, o profissional ou seu representante receber o pedido do consumidor no país da residência habitual deste. Entretanto, mesmo que o consumidor celebre o contrato em outro país, que não o de sua residência habitual, a lei de seu país será chamada a reger a relação se ele se deslocou por viagem organizada pelo próprio vendedor com vistas à aquisição de seus produtos.

Quanto à mensagem dirigida ao consumidor, tem-se entendido, inclusive, que ela não precisa ser dirigida especificamente ao país da residência habitual daquele, basta que ela ali seja divulgada (Cf. PINHEIRO, 2002, p. 99). Nesse sentido, as mensagens comerciais distribuídas através da Internet enquadram-se nessa situação e, se dessa mensagem resultar a aquisição de um produto ou serviço, o profissional deve sujeitar-se à lei da residência habitual do consumidor.

No preenchimento dessas regras, emerge de forma clara a obrigação do profissional de sujeitar-se à lei da residência habitual do consumidor sempre que ele, por meio de qualquer mensagem publicitária, busque comercializar seus produtos e serviços para além do território de seu país, sede do seu estabelecimento. Nesse sentido, em princípio, não pode recorrer à lei do país de sua residência habitual o consumidor que contrata bens e serviços em qualquer país da União Européia e ali firma todos os atos necessários à contratação quando seu deslocamento não tenha sido promovido por profissional para aquele fim específico. Aqui, inclui-se o turista, o que viaja a serviço e adquire bens e serviços fora do país de sua residência habitual.

A Convenção, portanto, avançou ao reconhecer a necessidade de uma regra de conflito especial para proteger o consumidor “como parte economicamente mais fraca e negocialmente menos experiente” (PINHEIRO, 2002, p. 98).

2.2. A Convenção do México

A Convenção do México⁹, assinada em 1996, pode ser considerada, ao lado do Código Bustamante, o mais importante tratado assinado pelo Brasil em matéria de obrigações contratuais.

A Convenção cuida tanto do direito aplicável em matéria de contratos como de competência judiciária. A aplicação da referida convenção aos contratos internacionais celebrados entre um consumidor e um contratante não profissional poderia acabar por submeter o consumidor ao direito aplicável de países sem qualquer grau de proteção ao consumidor.

A Convenção consagra de forma ampla, no artigo 7º, a autonomia da vontade na eleição do direito aplicável e do foro¹⁰. Não há, no referido dispositivo, qualquer indicação no sentido de que o direito aplicável deva recair sobre um dos Estados dos contratantes. Tal implica que possa ser escolhido, inclusive, o direito aplicável de um terceiro Estado. Até porque a Convenção permite de forma expressa, no seu artigo 9º, que as partes, na solução de eventual conflito, recorram aos “costumes e princípios do direito comercial internacional, *bem como ao uso e práticas comerciais de aceitação geral*”.

Embora o artigo 7º, na sua parte final, deixe claro que “a eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável”, o foro eleito poderá ser um dos critérios a ser levado em consideração no momento de estabelecer a conexão ou o “vínculo mais estreito”, conforme preceitua o artigo 9º¹¹.

Por força do artigo 9º, na ausência de pacto sobre o direito aplicável, este será o do Estado com que o contrato “mantém os vínculos mais estreitos”. Aqui, o Magistrato

do poderá levar em consideração vários aspectos, como o local da celebração do contrato, o foro do contrato, a residência dos contratantes, o local do cumprimento da prestação característica. Na parte final do dispositivo, ainda permite a “dépeçage”, ao estabelecer a possibilidade de uma ou mais partes do contrato estarem sujeitas a outra lei, com a qual o contrato, no geral, estabelece os vínculos mais estreitos.

Nessa convenção, entretanto, mais uma vez, está presente a reserva da ordem pública como importante fator de limitação da autonomia da vontade e da escolha do direito aplicável. A Convenção admite a não eficácia do direito aplicável não só quando for contrário à ordem pública, como também às normas imperativas¹². Nos dispositivos abaixo transcritos, percebe-se, entretanto, que as normas imperativas e a ordem pública, que podem obstaculizar a aplicação do direito aplicável, são a da *lex fori*, não da *lex causae*. Quanto às disposições imperativas da *lex causae*, estas ficam à disposição do foro, que, se julgar conveniente, poderá aplicá-las, conforme se depreende da parte final do artigo 11º da Convenção.

Em princípio, a aplicação da referida Convenção aos contratos internacionais celebrados entre um consumidor e um contratante não profissional poderia acabar por submeter o consumidor ao direito aplicável de países sem qualquer grau de proteção ao consumidor, já que, como visto, a autonomia da vontade é amplamente consagrada.

Entretanto, não obstante a ausência de menção expressa à proteção do consumidor¹³, deve-se reconhecer que a Convenção avançou ao impor como limite à aplicação do direito estrangeiro não só quando estiver em causa a ordem pública internacional (cujo espaço de concretização é reconhecidamente reduzido, conforme adiante se verá), bem como as normas que se “revestem de caráter imperativo”.

Em matéria de obrigação contratual, é a primeira vez que um tratado assinado pelo Brasil faz menção expressa às disposições

imperativas “do foro” que deverão ser aplicadas “necessariamente”. A partir da sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro, podemos dizer que o Brasil, pela primeira vez, por força de seu artigo 11º, passará a contar com uma regra expressa sobre normas de aplicação imediata em contratos internacionais. O campo de aplicação deste e dos demais dispositivos da Convenção não se limitará aos Estados Partes, mas também abrangerá contratos internacionais celebrados em terceiros Estados. É o que decorrerá naturalmente da interpretação do artigo 2º da Convenção¹⁴.

Demonstrada mais adiante a aptidão das normas de proteção e defesa do consumidor para se qualificarem como de aplicação imediata, o referido dispositivo estaria a albergá-las (como normas imperativas de defesa do consumidor que são) como importante limitador da aplicação do direito da *lex causae*.

O artigo 11º da Convenção do México apresenta uma identidade com o artigo 7º da Convenção de Roma¹⁵, na medida em que permite o afastamento do direito designado pelo método conflitual para aplicação da norma imperativa da *lex fori*. De acordo com artigo 7º da Convenção de Roma, o seu campo de aplicação não se limita a autorizar o afastamento do método conflitual para prestigiar a norma de aplicação imediata da *lex fori*, esse afastamento pode ocorrer em favor do ordenamento de “outro país com o qual a situação apresente uma conexão estreita...”. Daí pode decorrer, inclusive, a aplicação da norma imperativa, que seja de aplicação imediata, de ordenamentos, onde o contrato tenha sido executado, celebrado ou onde o contratante tenha sua residência habitual, etc. Parece-me que, conjugando a primeira parte do artigo 11º da Convenção do México com a sua segunda parte, chegue-se a uma identidade completa entre os dois dispositivos convencionais. É que essa segunda parte, ao preceituar que “ficará à disposição do foro, quando este o considerar pertinente, a aplicação das disposições im-

perativas do direito do outro estado com o qual o contrato mantiver vínculos mais estreitos”, acaba por permitir que a norma de aplicação imediata de ordenamentos estrangeiros possa ser aplicada, em detrimento da *lex causae*.

2.3. Proteção do consumidor no Mercosul

O Mercado Comum do Cone Sul, Mercosul¹⁶, formado pelo Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, tem como objetivo o estabelecimento de um grande mercado com cerca de 210 milhões de pessoas.

Entretanto, na primeira fase de integração, o consumidor, concordando com o entendimento de Cláudia Lima Marques (1998), foi “o grande agente esquecido da integração”.

Somente a partir de 1995, a proteção do consumidor passou a fazer parte das preocupações dos governos no processo de integração¹⁷.

O Protocolo de Santa Maria sobre defesa do consumidor, assinado em 1996, trata de competência judiciária, ao estabelecer o foro do domicílio do consumidor, o que representa um grande avanço. Há também, no anexo do protocolo, a definição de consumidor individual e consumidor equiparado, bem como a de fornecedor, mas, em matéria de direito aplicável, acabou não constituindo qualquer avanço. É que o seu artigo 18^o¹⁸ prevê a adoção de um regulamento comum de defesa do consumidor, que vincularia todos os Estados Partes, inclusive, como condição de entrada em vigor do referido protocolo no âmbito do Mercosul. Ocorre que o Brasil acabou por vetar a idéia do regulamento. Isso porque ele representaria, no maior mercado consumidor do Mercosul, a revogação de cerca de duas dezenas de artigos do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

O fato é que hoje, diante do impasse do regulamento comum, o Mercosul não dispõe de qualquer tratado que regule o direito aplicável em matéria de relação de consumo¹⁹.

A tendência hoje é que se faça uma harmonização das legislações mais parecida

com a técnica das Diretivas adotada pela União Européia, ou seja, uma harmonização pontual e não uma unificação, como se propunha com o regulamento.

A primeira consequência dessa nova postura foi a aprovação da Resolução 42/98 sobre garantia contratual²⁰.

Do ponto de vista da proteção do consumidor, pode-se dizer, no entanto, que os delineamentos traçados pelo Protocolo de Santa Maria encontram-se paralisados e é bem provável que o referido protocolo, sequer, seja ratificado pelos Estados Partes, tendo em vista a ausência do regulamento.

3. A proteção do consumidor na ordem jurídica brasileira

3.1. A proteção do consumidor como direito fundamental no ordenamento brasileiro – a concretização do direito à igualdade

É fato que, na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, o consumidor goza de leis de proteção²¹, com maior ou menor grau de efetividade²². A Constituição de 1988 foi a primeira carta constitucional brasileira a tratar da proteção do consumidor.

A proteção do consumidor brasileiro constitui-se hoje em um dos direitos e garantias fundamentais, bem como é um dos princípios que informam a ordem econômica brasileira, ambos consagrados na Constituição Federal, nos seus artigos 5^o, XXXII, e 170, V, respectivamente. Os direitos fundamentais, na atualidade, não são apenas atribuídos aos cidadãos contra os abusos do Estado, mas também são atribuídos aos particulares contra os abusos cometidos por particulares nas suas mais variadas relações do cotidiano (Cf. SARLET, 2000, p. 63). É nesse contexto que a defesa do consumidor é um direito fundamental dirigido não só ao Estado, mas também ao particular fornecedor na relação com o destinatário final de seus produtos e serviços: o consumidor.

A doutrina de direito constitucional brasileira inclui o inciso XXXII do artigo 5^o

como norma de integração ou programática (Cf. TEMER, 1994, p. 24; SILVA, 1968, p. 75). É uma norma que, para a sua eficácia plena, depende da integração de uma lei infraconstitucional. O próprio texto do inciso XXXII não deixa dúvida quanto à natureza dessa norma ao preceituar que o “Estado promoverá, *na forma da lei*, a defesa do consumidor”. A Lei nº 8078/90 age, portanto, integrando a norma constitucional e permitindo sua eficácia plena.

O Código de Defesa do Consumidor age como norma instrumentalizadora da efetivação desses direitos consagrados constitucionalmente²³. Na feliz expressão da renomada professora da Faculdade de Direito da USP, Cristiane Derani (1999), “...a defesa do consumidor é um princípio constitucional impositivo e conformador a ser contemplado nos processos estatais com o fim de ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social’”.

Claúdia Lima Marques ([199-?], p. 74-75) coloca o acento da proteção do consumidor enquanto direito fundamental no ordenamento brasileiro, na concretização do princípio da igualdade. Deixar sem proteção o consumidor, sujeito apenas às regras de mercado, implicaria não tornar efetiva a igualdade material. A igualdade formal já não é suficiente. Com apoio nela, sempre se justificou o contrato leonino e a injustiça de um contrato acabava, contraditoriamente, como pretensamente querida pelo contratante mais fraco. Tratar de forma desigual os naturalmente desiguais é a forma de efetivar a igualdade e permitir que o Estado moderno possa imprimir às relações contratuais um mínimo de conteúdo de justiça.

A imposição da defesa do consumidor como um direito fundamental age no sentido de reduzir as desigualdades econômicas dos contratantes²⁴, materializadas, contratualmente, no desequilíbrio entre direitos e obrigações, vantagens e sacrifícios dos dois pólos da relação: o fornecedor e o consumidor, destinatário final de tudo o que a economia produz. O consumidor busca no

mercado, por meio da celebração do contrato, a satisfação de uma variada gama de necessidades próprias do ser humano (Cf. MIRAGEM, 2002, p. 121); necessidades de saúde, transporte, alimentação, lazer, etc; a satisfação dessas necessidades está implicitamente ligada à própria existência; liberdade de ir vir; saúde, segurança. É importante, então, que, ao buscar satisfazer essas necessidades humanas, via contrato, essa relação contratual seja minimamente equilibrada, de forma a não ofender flagrantemente a dignidade da própria pessoa. Esse equilíbrio, em área tão essencial, só pode fazer-se sentir pela intervenção do Estado, amenizando radicalmente os efeitos das desigualdades dos contratantes, permitindo um contrato minimamente equilibrado ou minimamente justo. Não se desprestigia com tal o contrato, como importante instrumento, que faz circular a riqueza. Entretanto, como há hoje a necessidade de se limitar a própria propriedade, por sua função social, igualmente, a liberdade de contratar, que está intimamente ligada ao próprio direito de propriedade, também deve ser limitada (Cf. LÔBO, 2003).

Parece-me evidente que a defesa do consumidor impõe-se no ordenamento jurídico brasileiro como forma de concretizar o princípio da igualdade material. Essa igualdade concretiza-se desigualando-o perante os outros sujeitos com os quais se relaciona, o empresário, o próprio Estado (Cf. KHOURI, 2002, p. 33-34; NISHIYAMA, 2002, p. 90).

A implicação imediata desse tratamento diferenciado do direito do consumidor, como direito fundamental, perante o ordenamento brasileiro é a própria limitação do poder constituinte derivado. Por força do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ...IV – os direitos e garantias individuais.” Ou seja, a norma do inciso XXXII do artigo 5º é também cláusula pétrea, não admitindo modificação em seu conteúdo.

3.2. O Código de Defesa do Consumidor e a integração do direito fundamental por meio de normas imperativas

Ora, se a proteção do consumidor, além de configurar um direito fundamental, atua como um elemento informador da própria ordem econômica, limitando a própria liberdade de mercado, seria, no caso brasileiro, praticamente impossível concluir no sentido de que a defesa do consumidor não integra a ordem pública brasileira. A proteção dessa categoria econômica, ao mesmo tempo em que concretiza a igualdade material, age também no sentido de efetivar o objetivo do Estado brasileiro para a obtenção do fim almejado: da justiça social²⁵.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, CDC, logo em seu artigo 1º, auto proclama-se lei de “ordem pública interesse social”:

“O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48º de suas disposições transitórias”.

Atento à justiça contratual, ao equilíbrio de determinadas relações, o Estado passou a limitar a autonomia da vontade, preocupação essa que não estava presente no Código Civil de 1916. A doutrina passou a denominar essas normas que comportavam esse objetivo normas de “ordem pública”, como que destacando essas normas do corpo das demais.

O certo é que as normas que compõem a intervenção do Estado no domínio dos contratos são imperativas²⁶. Mas será que, pelo simples fato de serem imperativas, seriam de ordem pública?

Se é verdade que todas as normas de ordem pública são imperativas, nem todas as normas imperativas são de ordem pública. Embora o conceito de ordem pública seja por demais elástico e de difícil delimitação, as normas imperativas só poderiam ser tam-

bém de ordem pública quando fosse possível uma “avaliação, da qual resulte a identificação do interesse fundamental da comunidade que está em causa”²⁷.

No âmbito do direito interno, as normas emanadas pelo Código de Defesa do Consumidor representam a mais radical intervenção do legislador brasileiro no domínio dos contratos do Código, limitam drasticamente a autonomia da vontade na celebração de contratos. Impedem a imposição ao consumidor de qualquer cláusula que limite ou implique a renúncia de quaisquer direitos que lhe tenham sido conferidos pelo Estado. Com o CDC, o legislador brasileiro busca garantir o equilíbrio contratual entre o fornecedor e o consumidor, estabelecendo normas que, limitando a autonomia da vontade, atuam no sentido de propiciar uma relação mais justa entre as partes. E se o Estado reconhece no consumidor o vulnerável, aquele que precisa da proteção, evidente que tal se deveu às injustiças e aos abusos reiterados cometidos contra esse importante segmento do mercado.

As normas do CDC são, portanto, de manifesto caráter imperativo. Esse caráter mostra-se mais presente no campo das nulidades do seu artigo 51º. É que, na celebração de qualquer contrato em que se revele a desobediência a um direito assegurado ao consumidor, a sanção é a nulidade absoluta e não a simples nulidade relativa. Mas, a par de todas essas características, o CDC poderia ainda ser considerado de ordem pública?

Para o fim deste estudo, o próprio título de “ordem pública”, expressamente atribuído ao conjunto de regras do CDC, em cotejo com o fim perseguido pelo referido diploma, parece autorizar uma resposta positiva à pergunta anterior. Isso porque a menção à ordem pública não surge de forma isolada, mas acompanhada de um diálogo maior com o próprio ordenamento jurídico brasileiro.

No diálogo anterior com o próprio texto fundamental do Estado brasileiro, percebe-

se quão “fundamental” é a proteção do interesse em causa para os objetivos perseguidos pela sociedade brasileira.

Ora, se a proteção do consumidor, além de configurar um direito fundamental, atua como um elemento informador da própria ordem econômica, limitando a própria liberdade de mercado, seria, no caso brasileiro, praticamente impossível concluir no sentido contrário: ou seja, que a defesa do consumidor não integra a ordem pública brasileira. Nesse sentido, pode-se também antecipar, desde já, a conclusão de que a defesa do consumidor integra também a ordem pública internacional, conforme adiante se verá.

3.3. A proteção do consumidor e a ordem pública internacional

O art. 17º da Lei de Introdução do Código Civil brasileiro²⁸, ainda que não se refira a uma “ordem pública internacional”, como faz o Código Civil Português, coloca a “ordem pública” como uma restrição à aplicação do direito estrangeiro.

O conceito de ordem pública, a exemplo do que ocorre, quanto a esse mesmo conceito, na ordem jurídica interna, é de difícil delimitação. A reserva da ordem pública, de acordo com a doutrina (Cf. VICENTE, 2001, p. 682), estará sempre relacionada com a efetivação dos princípios fundamentais do foro.

Por conta da dificuldade de se alcançar objetivamente o seu conteúdo, na verdade, na maioria dos ordenamentos, a reserva da ordem pública acabou sendo formulada na forma de uma verdadeira “cláusula geral” (Cf. PINHEIRO, [19--?], p. 462). A determinação de seu conteúdo, como é próprio das cláusulas gerais, dependerá da integração dos princípios e valores essenciais da ordem jurídica do foro.

Não obstante a sua difícil delimitação, o fato é que a doutrina trata a reserva da ordem pública à vista dos princípios informadores do DIP, principalmente o princípio da confiança, apontando para a necessidade

de uma concepção bem restrita²⁹ da ordem pública. Essa ordem pública só seria suficiente para afastar o direito aplicável se houvesse um confronto flagrante entre o direito aplicável e a ordem pública do foro. Esse confronto, somente ao produzir um resultado intolerável na solução da lide para a ordem pública do foro, é que deveria permitir o afastamento do direito, em tese, aplicável (Cf. SALCEDO, 1971, p. 244).

Há que separar os conceitos de ordem pública interna de direito material e ordem pública internacional. Em linhas gerais, pode-se dizer que a ordem pública de direito material interno é formada por normas imperativas, cuja natureza impede sua derogabilidade por convenção dos particulares. Porém não será correto sustentar que todas as normas imperativas da ordem pública interna o são também na ordem pública internacional.

Mas, a ordem pública internacional do foro, embora também seja nacional³⁰, porque provém do foro, portanto, não lhe é externa, é formada pelos princípios e até mesmo normas que informam aquela ordem. Tal implica que uma simples diferença de tratamento a determinada questão pela ordem jurídica do direito aplicável, por si só, não é suficiente para fazer acionar a reserva da ordem pública.

Só será feita a reserva da ordem pública internacional do foro para excepcionar o direito aplicável quando o resultado a ser obtido com a solução da lide não for apenas diferente do que se alcançaria com aplicação da ordem pública de direito material do foro, mas quando esse resultado se mostrar flagrantemente incompatível e intolerável em relação àquela ordem internacional.

É fato que a Constituição brasileira elege a proteção ao consumidor como um direito fundamental e, portanto, a sua defesa é princípio fundamental na ordem pública interna de direito material. Entretanto, será a proteção do consumidor pertencente também à ordem pública internacional brasileira? Pode-se dizer que, enquanto princípio de

proteção à parte mais fraca, vulnerável economicamente, nos contratos, sim³¹. O próprio Código Bustamante qualifica como pertencentes à ordem pública internacional os preceitos constitucionais³². Ainda que se deva dar a essa disposição uma interpretação restritiva, é mesmo inconcebível para qualquer ordem jurídica que uma proteção, que é tratada como direito fundamental, não integre a sua ordem pública internacional.

Do que aqui dissemos, permite-se concluir que as diferenças de proteção ao consumidor no ordenamento do direito aplicável, por si só, não implicam o acionamento da exceção da reserva da ordem pública internacional do foro. O que importa é saber se, no ordenamento do direito aplicável, a proteção ao consumidor não é dada ou é dada de forma muito frágil. Aqui, sim, uma vez que a tendência aponta para um resultado na solução do caso totalmente incompatível com a ordem pública internacional do foro, a reserva da ordem pública deverá intervir para afastar a aplicação do direito estrangeiro. Anote-se que, conforme reiterado pela doutrina brasileira³³, não basta uma simples incompatibilidade, mas uma flagrante incompatibilidade.

Entretanto, se existe no direito aplicável uma proteção e essa proteção, embora diferente, apresenta um grau razoável, não há qualquer sentido para se fazer uso de um princípio tão radical como a reserva da ordem pública internacional do foro. Isso pela simples razão de que a ordem pública internacional brasileira não estaria de fato afetada a ponto de justificar o sacrifício da *lex causae*.

As considerações aqui levantadas permitem concluir que, apenas excepcionalmente, poder-se-á recorrer à reserva da ordem pública internacional para efetivar uma proteção do consumidor nos contratos internacionais. Essa proteção não é a que resultaria da aplicação do CDC. É tão-somente uma proteção mínima, que será acionada quando o resultado material decorrente da aplicação do direito estrangeiro mostrar-se

flagrantemente incompatível com a defesa do consumidor.

Como o recurso à ordem pública é feito a *posteriori* e não a *priori*, o tratamento do direito do consumidor como direito fundamental, por si só, não é suficiente para fazer acionar o sistema protetivo interno de defesa do consumidor brasileiro³⁴. Diferentemente da exceção da ordem pública, conforme adiante se verá, a norma de aplicação imediata atua a *priori* e não a *posteriori*. Na exceção da ordem pública, a solução material já existe, mas é rejeitada por violá-la flagrantemente; enquanto, nas normas de aplicação imediata, elas incidiriam na relação preliminarmente à própria concretização do direito aplicável, independentemente do resultado a ser alcançado³⁵.

É nesse sentido que avulta a importância de se identificar as normas de proteção e defesa do consumidor como de aplicação imediata ou necessária (o que se fará a seguir), porque atuariam a *priori*, efetivando a proteção mínima assegurada pelo ordenamento brasileiro.

4. As normas de aplicação imediata ou necessária e a proteção do consumidor

É certo que a regra clássica do Direito Internacional Público, como regente de relações plurilocalizadas, é procurar resolver sempre a seguinte questão: qual, entre os vários ordenamentos, vai ser chamado a reger a relação, ou seja, qual será o direito aplicável. Nos ordenamentos que aceitam a autonomia da vontade, as próprias partes contratantes podem se encarregar de fazê-lo. Entretanto, quando as partes estão proibidas de indicá-lo ou, mesmo podendo indicá-lo, não o fazem, as regras de conflitos, presentes em cada ordenamento, é que se encarregarão de tal. Entretanto, como há um conflito de leis no espaço, o direito de um ordenamento terá de ser afastado para dar lugar ao outro.

Agora pergunta-se se não haverá alguma hipótese de esse direito, em princípio,

não aplicável a uma relação plurilocalizada, poder ser chamado a regê-la.

Se o ponto de partida for da total irrelevância para o DIP do outro direito “não aplicável”, qualquer regra desse ordenamento ficaria à margem da solução do problema.

Entretanto, o DIP não é um direito preocupado apenas com a solução do conflito, no sentido formal. Há uma crescente preocupação, dentro do DIP, com o controle da solução material³⁶. Embora seja possível afirmar que, entre os valores justiça e segurança jurídica, a doutrina do DIP adote, primordialmente, esse último, tal não implica, por outro lado, concluir que o conteúdo das normas do direito estrangeiro já não lhe são mais totalmente indiferentes. A reserva da ordem pública internacional é a revelação mais flagrante dessa preocupação.

Fora da reserva da ordem pública internacional, outra revelação dessa preocupação do DIP com o controle da solução material³⁷ é o instituto das normas de aplicação imediata³⁸.

É atribuído a Francescakis o pioneirismo do estudo do instituto das normas de aplicação imediata, por ele definido “como as leis cuja observância é necessária para a salvaguarda da organização política, social ou econômica do país” (Cf. VICENTE, 2001, p. 633). Independentemente do direito aplicável, a doutrina do DIP consagra modernamente que as normas de aplicação imediata teriam o seu espaço na solução dos conflitos internacionais.

Por força das normas de aplicação imediata, afasta-se o direito estrangeiro aplicável se a solução material a ser efetivada, por sua conta, entrar em confronto com a solução prevista naquela norma (de aplicação imediata).

Se é certo que a norma de aplicação imediata constitui-se em um desvio à regra de que, em princípio, apenas o direito aplicável do país sede da relação jurídica venha ser chamado a regê-la, não é tarefa fácil identificá-la nos ordenamentos jurídicos. É certo que, internamente, essas normas são im-

perativas; mas nem todas as normas imperativas internas são internacionalmente imperativas.

Como essas normas têm a característica de expandir sua aplicação para além das situações absolutamente internas, é importante identificar nas mesmas esse componente espacial. O próprio legislador poderia se encarregar de fazê-lo aderindo à norma essa espacialidade expansiva, como, *v.g.*, ocorre no direito português³⁹. É o que a doutrina chama de uma norma de conflito unilateral. Evidente que o fato de gravar a norma com essa particularidade expansiva só tem sentido naquelas matérias cuja obediência é vital para determinado ordenamento.

Entretanto, as normas de aplicação imediata seriam apenas aquelas expressamente indicadas pelo legislador?

Marques dos Santos (1990, p. 934) entende que, na omissão do legislador, elas podem ser identificadas toda a vez que as normas imperativas se relacionarem com o “interesse público”, para o funcionamento de determinado ordenamento jurídico. Ao contestar Francescakis, o saudoso professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa critica o critério “demasiado restritivo” por ele adotado para identificar essas normas apenas onde estivesse o “caráter vital” do interesse desse Estado.

Lima Pinheiro, sem discordar da possibilidade de se chegar a uma norma de aplicação imediata, por via interpretativa, adota uma posição mais restritiva a esse respeito, divergindo da orientação defendida por Marques dos Santos. O renomado professor da Faculdade de Direito de Lisboa diz que ela só poderá ser buscada na “revelação de uma lacuna oculta mediante interpretação restritiva ou redução teleológica das normas de conflitos gerais em causa...”. Essa posição traduz-se em uma orientação mais cautelosa na identificação dessas normas, de olho na preservação do método conflitual, ao mesmo tempo que deixa uma janela aberta para a sua rejeição quando plenamente

justificável⁴⁰. Moura Ramos (1949, p. 121), sem negar a possibilidade da existência implícita de normas de aplicação imediata, adverte para o fato de que “ela pode dar assim lugar a grandes incertezas na aplicação do direito, na medida em que se saberá precisamente quais as leis que apresentem essas características”.

Na verdade, o que está em jogo é a consequência profunda que resulta da norma de aplicação imediata: o afastamento do método conflitual tradicional e a maximização do direito do foro. Essa espécie de “privilegio” da lei do foro, não resta dúvida, é um fator propício à criação de insegurança jurídica para as partes no tráfico internacional. Parece-me que a tarefa de enxergar em uma norma imperativa, ainda que implicitamente, um comando espacial fora da ordem interna, antes de ser dificultada, é, na verdade, alimentada pela própria natureza do Direito Internacional Privado, que trabalha com conceitos indeterminados, inclusive, para a definição do elemento de conexão, em que os valores e princípios assumem fundamental relevância⁴¹. Se todos concordam, em maior ou menor grau, que essas normas de aplicação imediata são de importância “vital” para o funcionamento de determinado ordenamento, e se o próprio conceito do que seja “caráter vital” é reconhecidamente vago e impreciso, é evidente que o importante papel aqui sempre caberá ao intérprete, diante das situações que forem surgindo, de identificá-las ou não com esse “caráter vital”. Entretanto, tal não pode significar um sacrifício arbitrário do método conflitual, sendo, necessariamente, sempre restritiva a identificação de uma norma de aplicação imediata⁴².

É plenamente possível descobrir-se uma norma imperativa de aplicação imediata a partir da tomada em consideração de elementos que são vitais para o funcionamento daquela organização política, em que se localiza aquela norma⁴³. Aqui, parece-me absolutamente feliz a orientação de Marques dos Santos no sentido de verificar-se, por

meio daquela norma, se o Estado busca satisfazer algum interesse que lhe seja, naquele momento, importante para o seu funcionamento.

4.1. As normas de aplicação imediata e normas autolimitadas

As normas de aplicação imediata configuram espécie do gênero das normas de aplicação autolimitadas (Cf. SANTOS, 1990, p. 265).

A principal decorrência lógica dessa conclusão é que haverá normas imperativas que serão normas “autolimitadas” *stricto sensu*, ou seja, terão sua aplicação delimitada ao direito interno (Cf. PINHEIRO, [19--?], p. 193). Daí também decorrer que haverá normas imperativas autolimitadas de aplicação imediata, ou seja, que expandem sua aplicação para além das situações reguladas internamente.

É bom lembrar que a norma autolimitada *stricto sensu* da *lex causae*, em princípio, tem sua aplicação assegurada por força do próprio comando interno do direito aplicável. Para a *lex causae*, aquele negócio jurídico é tratado como se o contrato fosse celebrado sem qualquer contato com outra ordem jurídica. Daí que se impõe, normalmente, a obediência às normas imperativas da *lex causae*.

Para o objeto deste trabalho, o problema da norma de aplicação imediata tem relevância maior quando a mesma não seja da *lex causae* e sim da *lex fori* (ARAÚJO, 2000, p. 31). É do que cuidaremos a seguir.

Se a norma imperativa, autolimitada, traz em si, expressamente, uma autorização para a sua aplicação, independentemente do direito aplicável, ou seja, vem acompanhada expressamente de uma norma de conflitos unilateral, em tese, sua aplicação será imediata ou necessária no foro.

Entretanto, se ela vem desacompanhada de qualquer menção expressa a esse respeito, é ao intérprete que competirá a tarefa de identificá-la. E como proceder a essa identificação?

Marques dos Santos (1990, p. 275) diz que essas normas são portadoras de uma especial intensidade valorativa. Deve-se ter sempre em consideração os fins perseguidos por essas normas. Em outras palavras, se é possível identificar nas mesmas uma finalidade que se relacione de maneira direta com algum “aspecto vital” desse ordenamento. É por esse motivo que Dário Moura Vicente coloca o acento, independentemente da existência de uma aparente norma de aplicação imediata, no exame do conteúdo e função dessa norma até para justificar, no sentido oposto, a sua não aplicação.

Para Lima Pinheiro ([19--?], p. 165), as normas imperativas do foro, em regra, são autolimitadas *stricto sensu* e só deixarão de sê-lo por vontade expressa do legislador. O Autor não discorda que, por via interpretativa, seja possível a identificação do conteúdo e fim perseguido pela norma, mas tal, segundo sua opinião, jamais poderá conduzir à “criação” de uma norma de aplicação imediata, à margem do método conflitual.

Parece-me correto sustentar que uma elasticidade na identificação do que seja uma norma de aplicação imediata implica um sacrifício injustificável do método conflitual. É que o valor segurança jurídica perseguido por ele relaciona-se sobremaneira com os ordenamentos jurídicos dos Estados modernos. Entretanto, não parece razoável que essa norma só possa ser buscada sem se recorrer à via interpretativa. Como o próprio Lima Pinheiro reconhece que são “diminutos os casos” em que o legislador empresta à norma expressamente essa imperatividade internacional, tal não pode implicar que, por esse motivo, ela não exista e possa funcionar enquanto tal.

Em todas as situações em que se revele não apenas de forma branda, mas de forma manifesta, flagrante, que determinada norma persegue um fim essencial para determinado ordenamento, deixar de traduzir sua imperatividade interna em imperatividade internacional importaria sacrificar

sobremaneira o valor justiça contido na norma em detrimento do valor segurança contido no método conflitual.

4.2. A aptidão da defesa do consumidor para permitir o seu enquadramento nas normas de aplicação imediata

Conforme anteriormente assinalado, o direito do consumidor brasileiro constitui-se hoje em um dos direitos e garantias fundamentais, bem como é um dos princípios que informam a ordem econômica brasileira, ambos consagrados na Constituição Federal, nos seus artigos 5º, XXXII, e 170º, V, respectivamente. No presente estudo, já foi objeto, inclusive, de conclusão que a defesa do consumidor integra a ordem pública internacional brasileira.

Não obstante o entendimento de que a defesa do consumidor integre a ordem pública internacional brasileira, seria possível concluir também que as normas que integram o Código de Defesa do Consumidor seriam de aplicação imediata?

Em matéria de proteção contratual, pré-contratual e extracontratual (nesse último caso, quando trata da responsabilidade sem culpa do fornecedor por acidentes de consumo), o CDC é todo ele integrado por normas imperativas. Ao lançar mão de normas imperativas, o legislador abdicou de valer-se das normas supletivas, justamente para impedir que os seus comandos sofressem qualquer disposição por parte do contratante economicamente mais forte e sequer pudessem ser objeto de renúncia por parte do contratante destinatário da proteção, no caso o consumidor. Aqui, não é objeto de proteção um simples interesse patrimonial do particular. Uma vez que essa categoria, os consumidores, é destinatária de tudo o que mercado produz, interessa sobremaneira ao Estado intervir nas relações de consumo para prevenir e reprimir os abusos frequentemente cometidos contra essa categoria econômica. Aqui não é o interesse individual patrimonial do consumidor que aciona a necessidade de intervenção do Estado, mas

o consumidor enquanto uma comunidade econômica no relacionamento com outra comunidade, a de fornecedores ou profissionais⁴⁴.

É certo, como sustentado aqui, que o fato de uma norma ser internamente imperativa não quer dizer que o seja internacionalmente. Seria necessário recorrer à vontade do legislador⁴⁵ para ver se ele pretendeu outorgar a essa norma o conteúdo de norma de conflito unilateral ou de aplicação imediata. E por que ele outorgaria a essa norma esse conteúdo? Exatamente porque estariam em jogo elementos vitais da regulamentação desse ordenamento, seja numa visão mais restrita do que seja esse “caráter vital”, seja numa visão mais aberta, como sustenta Marques dos Santos, mas o certo é que esse caráter deverá estar presente. E tal faz sentido, exatamente porque a consequência da norma de aplicação imediata é por demais profunda para o método conflitual, ao implicar o afastamento do direito, em tese, aplicável.

Ao ter como ponto de partida a vontade do legislador, uma dificuldade se revela de imediato na identificação da norma do CDC como sendo de aplicação imediata: a falta de qualquer menção expressa em todos os artigos que compõem o Código sobre a sua projeção espacial internacional. Ao contrário do diploma das cláusulas gerais do direito português⁴⁶, não há na lei brasileira de defesa do consumidor qualquer indicação expressa quanto à presença de uma norma de conflito unilateral.

Restaria, então, buscar essa norma de conflito unilateral, no CDC brasileiro, por via interpretativa. Identificar essa norma de conflito unilateral, por via interpretativa, não pode significar precisamente a necessidade de recorrer à intenção do legislador. Essa identificação deve ter como ponto de partida a localização da norma dentro de determinado ordenamento jurídico e os princípios que informam esse sistema jurídico, não a vontade do legislador isoladamente considerada. Tem que se tomar em considera-

ção a importância daquela norma para determinado ordenamento jurídico, se ela está ou não a serviço da efetivação de um fim político ou social considerado importante para aquela organização política, no caso a brasileira. Colocar o acento, para a resolução da questão, na vontade do legislador implica uma limitação severíssima da atividade interpretativa. O acento deve ser sempre colocado na relação entre a norma em comento e o funcionamento da organização política; a sua obediência impõe-se tanto internamente como internacionalmente, para a salvaguarda desses interesses vitais dessa organização⁴⁷.

Em se tratando da defesa do consumidor, parece-me que, implicitamente, a própria Constituição impôs um limite ao direito aplicável resultante do método conflitual⁴⁸.

Não obstante a ausência no texto legal ordinário de qualquer norma nesse sentido, a conclusão se impõe por força do estatuído na própria Constituição Federal. Ao atribuir à proteção do consumidor o status de direito fundamental, implicitamente, o artigo 5º, XXXII, da Constituição passou a dispor sobre a necessidade dessa proteção toda a vez que esteja em jogo um interesse de um consumidor.

Se não se pode atribuir a toda norma constitucional a obrigatoriedade da sua aplicação às situações internacionais em detrimento do método conflitual⁴⁹, é inegável que os direitos fundamentais, assim reconhecido no foro, conforme sustenta Moura Ramos (1999, p. 209), “serão estes os que mais poderão ser chamados a influenciar as regras de conflitos”. Tal implica o reconhecimento de que a solução material do caso concreto, uma vez sujeita ao controle da *lex fori* brasileira, não pode ter como irrelevante o direito fundamental de defesa do consumidor consagrado nessa ordem jurídica. É que, se assim fosse, acabar-se-ia neutralizando todos os fins e objetivos perseguidos pelo próprio reconhecimento de um direito fundamental na *lex fori* (PINHEIRO,

[19--?], p. 484). Pode-se dizer, portanto, que o direito fundamental à proteção do consumidor impõe-se seja nos contratos internos, seja nos contratos internacionais.

4.3. O conteúdo e o fim perseguidos pelas normas de proteção do consumidor

Pode-se concluir que as normas de proteção do consumidor são essenciais para a salvaguarda dos interesses vitais do Estado Brasileiro⁵⁰? Vê-se que a resposta a essa questão importa em saber como se relaciona a importância da defesa do consumidor para a organização social e política brasileira, colocando-se, portanto, o acento no conteúdo e função dessas normas.

Como afirmado anteriormente, a defesa do consumidor não tem seu ponto de partida na proteção patrimonial de um contratante individualmente considerado, mas no alcance social dessa proteção. A proteção justifica-se na medida em que a desproteção é geradora de desigualdade social para esse importante seguimento do mercado, fim de tudo que o mercado produz: o consumidor.

As normas de defesa do consumidor buscam concretizar, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da igualdade material. O próprio *caput* do artigo 5º começa por preceituar que “*todos são iguais perante a lei... nos termos seguintes*”. Essa igualdade só será atingida, de acordo com a carta maior do ordenamento jurídico brasileiro, se também for promovida, na forma da lei, “*a defesa do consumidor*”. Não é a defesa do consumidor um privilégio dessa categoria, mas um instrumento que busca igualar desiguais, permitindo relações mais igualitárias, enfim, equilibradas. Pode-se mesmo dizer que o fim perseguido pela defesa do consumidor é diretamente o da igualdade material; o conteúdo dessas normas protetivas está impregnado invariavelmente desse objetivo, a fim de permitir uma relação contratual ou extracontratual minimamente equilibrada⁵¹.

Não se pode, sequer, destacar uma única regra do Código para a efetivação do fim

perseguido pelo Estado brasileiro. Aqui, é o próprio conjunto de regras do Código, como se depreende do seu artigo 1º, com manifesto caráter imperativo, que está ao serviço da efetivação daqueles fins. Uma vez identificada a aptidão das normas de defesa do consumidor para integrarem o instituto das normas de aplicação imediata, a questão que ainda persiste é o reconhecimento de sua existência ou não no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, a imperatividade internacional da norma de proteção do consumidor encontra um limite no elemento de conexão adotado na própria norma constitucional. A norma não persegue propriamente a proteção de todo e qualquer consumidor e nem do consumidor brasileiro em si, mas um consumidor que seja residente no Brasil. A residência no Brasil, conforme se infere do próprio *caput* do artigo 5º, que diz que esses direitos fundamentais serão garantidos aos “*estrangeiros e brasileiros residentes no Brasil*”, é o elemento de conexão adotado pelo constituinte brasileiro para autorizar o acionamento do sistema protetivo interno. Tal implica que um brasileiro não residente no Brasil, que celebra um contrato no país de sua residência, não poderia invocar a proteção da lei brasileira. Do contrário, um estrangeiro, desde que residente no Brasil, poderia invocar a proteção interna.

Mas a simples residência no Brasil, por si só, seria suficiente para acionar a proteção do CDC nos contratos internacionais? Parece-me que não. Mesmo residente no Brasil, o conteúdo e os fins das normas de proteção do consumidor não serão afetados se ele realiza contratos fora do Brasil e em país estrangeiro realiza todos os atos necessários à contratação. É importante para a preservação do conteúdo e dos fins da norma que ele tenha sido atraído para a celebração do contrato, no próprio território brasileiro, seja por mensagens publicitárias ou Internet, seja por meio do próprio profissional ou seu representante que aqui busca a contratação de seus bens e serviços junto ao

consumidor. É que, assim agindo, o profissional não será surpreendido com a aplicação da lei brasileira. Portanto, se nenhum desses atos necessários à contratação ocorre no Brasil, o consumidor que se desloca para fora do país e lá adquire bens ou serviços, mesmo que como destinatário final, deve sujeitar-se à lei do local da contratação.

Conclusão

Do aqui exposto e debatido, pode-se chegar à conclusão de que é possível fazer atuar a reserva da ordem pública internacional, nos contratos internacionais, com vista a garantir uma proteção mínima do consumidor brasileiro, quando o resultado decorrente da aplicação da *lex causae* for, em confronto com aquela (a ordem pública internacional brasileira), manifestamente incompatível. Não é uma simples diferença de tratamento da lei brasileira de defesa do consumidor em relação à *lex causae* que autoriza o acionamento da dita reserva. Esta só será acionada, excepcionalmente, de forma a garantir uma proteção mínima ao consumidor brasileiro, quando o resultado obtido com o método conflitual clássico se mostrar intolerável no foro brasileiro, diante da reserva da ordem pública internacional. Entretanto, esse controle da solução material frente ao recurso da reserva da ordem pública internacional é feito *a posteriori*, sem prejuízo inicial do método conflitual.

O controle *a priori* é também possível existir em matéria de proteção e defesa do consumidor brasileiro. Diante do conteúdo e dos fins perseguidos pela Lei nº 8078/90, pode-se dizer que esse diploma é de vital importância para a concretização do princípio da igualdade na República Federativa do Brasil, ao mesmo tempo em que age como princípio informador da ordem econômica, ajudando na redução das desigualdades sociais. Nesse sentido, as normas do CDC têm aptidão para enquadrarem-se como norma de aplicação imediata. Dentro das fontes externas do DIP brasileiro e nos

termos do debate aqui desenvolvido, é possível visualizá-la no Código Bustamante, entendendo que a pactuação em contratos internacionais de cláusulas contrárias ao que dispõe a Lei nº 8078/90, declaradamente uma norma de ordem pública e interesse social, importa em violação a normas imperativas de aplicação imediata do foro brasileiro. Anote-se, entretanto, que a aplicação do Código Bustamante e, por conseguinte, as normas de aplicação imediata dele decorrentes são restritas às relações entre contratantes de Estados Partes do *Código*.

Com referência à relação com outros países, que não são signatários do *Código Bustamante*, a solução deve ser buscada (pelo menos, por ora, até a ratificação da Convenção do México, que dispõe expressamente sobre as normas de aplicação imediata), no próprio ordenamento brasileiro, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal.

A natureza do interesse protegido como direito fundamental, e agindo o Código de Defesa do Consumidor como conjunto de normas tendentes a dar efetividade a esse direito constitucionalmente assegurado, impõe a sua aplicação necessária aos contratos internacionais celebrados por consumidores; consumidores que sejam residentes no Brasil e que sejam expostos, no território brasileiro, a mensagens publicitárias, por qualquer meio, de fornecedores estrangeiros, realizando aqui os principais atos tendentes à contratação.

Notas

¹ “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

Par. 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil, e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

Par. 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar que residir o proponente.”

² Estudos em homenagem à professora Collaço (2002, p. 387, 406).

³ Projeto de Lei 4.905.

⁴ Nesse sentido, Moura Ramos (1991, p. 191).

⁵ Tratado assinado em fevereiro de 1928 na VI Conferência Pan-Americana, em Havana; leva o nome de Código Bustamante em homenagem ao autor do projeto, Bustamante, renomado estudioso cubano. O “Código” tem 437 artigos e trata de quase todas as questões de DIP.

⁶ Ratificaram o “Código” os seguintes países: Brasil, Chile, Equador, Bolívia, Venezuela, Peru, Cuba, República Dominicana, Haiti, Panamá, Costa Rica, Nicarágua, Honduras, Salvador e Guatemala. Vários países assinaram a convenção com reservas a grande número de disposições. O próprio Brasil, à época, fez reserva quanto aos artigos 52^o e 53^o, por causa do divórcio.

⁷ “Art. 186^o Nos demais contratos, e para o caso previsto no artigo anterior, aplicar-se-á em primeiro lugar a lei pessoal comum aos contratantes e, na sua falta, a do lugar da celebração”. Valladão (1980) critica esse e os demais dispositivos da parte de obrigações, que, segundo ele, foram redigidos de forma muito confusa.

⁸ O atual art. 153^o e ex-artigo 129^o do Tratado assinado em Roma, em 25.03.1957.

⁹ A Convenção até hoje não foi ratificada pelo Brasil, apenas o México e a Venezuela a ratificaram.

¹⁰ “Art. 7^o O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O Acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência sobre acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas em seu conjunto. Esta escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.

A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.”

¹¹ “Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato rege-se-á pelo direito do Estado com o qual mantém vínculos mais estreitos.

O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão em conta os princípios de direito comercial internacional aceitos pelos organismos internacionais.

Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei do outro Estado”.

¹² “Artigo 11^o Não obstante o disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão necessariamente as disposições do foro quando revestirem de caráter imperativo.

Ficará à disposição do foro, quando este o considerar pertinente, a aplicação das disposições

imperativas do direito do outro Estado com o qual o contrato mantiver vínculos mais estreitos.”

¹³ “Artigo 18^o O direito designado por esta Convenção só poderá ser excluído quando for manifestamente contrário à ordem pública do foro”.

¹⁴ Art. 2^o “O direito designado por esta Convenção será aplicável mesmo que se trate de um Estado não parte”. No ordenamento jurídico brasileiro, o tratado internacional goza de simples *status* de lei ordinária. Embora essa posição dos tratados na hierarquia da lei seja criticada durante pela doutrina majoritária (Cf. RECHSTEINER, 2003, p. 103), o que os coloca numa situação de relativa instabilidade em face da possibilidade de revogação por uma lei ordinária posterior, enquanto não for sancionada nenhuma disposição em sentido contrário, o artigo 2^o da Convenção do México incorporar-se-á no nosso ordenamento jurídico como uma verdadeira cláusula geral de relativização do método conflitual clássico, consagrado no artigo 9^o da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

¹⁵ Convenção sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, assinada em Roma, em 19.6.1980.

¹⁶ O Mercosul foi criado pelo Tratado de Assunção, em 1990; hoje, após a constituição de uma zona de livre comércio, está na fase da União Aduaneira Imperfeita, com a adoção de uma política comercial externa comum e com uma tarifa externa também comum. A consolidação de um mercado comum é objetivo a médio prazo, em que serão asseguradas as cinco liberdades básicas: livre circulação de mercadorias, livre circulação de capitais, livre circulação de trabalhadores, livre concorrência e liberdade de estabelecimento.

¹⁷ Comunicado conjunto dos Presidentes do Mercosul, de 10 de dezembro de 1998: “A defesa do consumidor é: ‘elemento indissociável do desenvolvimento econômico equilibrado do Mercosul’”. Hoje, inclusive, dentro da estrutura organizacional do Mercosul, na Comissão de Comércio, existe o Comitê 07, especializado em legislar e velar pela defesa dos consumidores no Mercosul.

¹⁸ “Art. 18^o A tramitação da aprovação do presente Protocolo no âmbito de cada um dos Estados Partes, com as adequações que forem necessárias, somente terá início após a aprovação do ‘Regulamento Comum Mercosul de Defesa do Consumidor’ em sua totalidade, inclusive eventuais anexos, pelo Conselho do Mercado Comum”.

¹⁹ O Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, assinado em abril de 94, admite a autonomia da vontade na escolha do foro, mas exclui totalmente da sua aplicação os contratos celebrados com consumidores.

²⁰ Essa resolução praticamente repete o texto do artigo 50 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

²¹ Cf. LEITÃO, 2002, p. 19.

²² Cf. ROZAS (1996, p. 277-278).

²³ Cf. BRANCO, 2002, p. 156. Esse também é o entendimento corrente da doutrina consumerista brasileira (Cf. GUSTAVO TEPEDINO, ([200-?], p. 259).

²⁴ Cf. LEITÃO, 2002, p. 12. Nesse mesmo sentido, Tomasatti Júnior (1995, p. 30).

²⁵ No julgamento do Recurso Especial 292942/MG, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a natureza de ordem pública das normas do CDC: "...O caráter de norma de ordem pública atribuído ao Código de Defesa do Consumidor derroga a liberdade contratual para ajustá-la aos parâmetros da lei...". A doutrina brasileira conclui também majoritariamente nesse mesmo sentido (Cf. MARQUES, 1999, p. 220).

²⁶ Oliveira Ascensão (2001, p. 507) discorda do termo "norma imperativa", posto que "toda regra jurídica é imperativa por definição". O Autor prefere a expressão "regras injuntivas". Entretanto, no decorrer deste trabalho, embora concorde com o pensamento de Oliveira Ascensão, será utilizada a expressão "normas imperativas", por conta de sua utilização também corrente no Direito Internacional Privado.

²⁷ Ascensão (2001, p. 508); Irineu Stringer ([199-?], p. 434) defende uma maior amplitude na identificação das normas de ordem pública. Para o renomado Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, normas imperativas e de ordem pública têm absolutamente o mesmo significado. Mais adiante, Stringer defende a opinião de que ordem pública interna e internacional não se confundem, definindo esta última como "toda aquela base social, política de um Estado, que é considerada inarredável para a sobrevivência desse Estado".

²⁸ "As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer outras declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes". Ao comentar o dispositivo em tela, Haroldo Valladão (1968, p. 502) diz que ele se refere claramente a uma ordem pública internacional, diferente da interna, conforme adiante se verá, e afigura-se hoje como uma cláusula geral: é uma noção fluida, relativíssima, que se amolda a cada sistema jurídico, em cada época, e fica entregue à jurisprudência em cada caso".

²⁹ A doutrina brasileira também sempre apontou nessa direção. Valladão (1980, p. 505): "Sendo um limite, a ordem pública afastará apenas o preceito *absolutamente incompatível* com o direito do foro e as conseqüências variam caso a caso, normalmente levando à substituição do direito estrangeiro pelo do foro, para proibir ou para conceder (exemplo do divórcio), para autorizar ou denegar..."

³⁰ Cf. PINHEIRO, [19--?], p. 465.

³¹ Lima Pinheiro ([19--?], p. 465) sustenta que os direitos fundamentais consagrados nas constituições tendem a integrar a ordem pública internacional do foro. No mesmo sentido, Teles ([199-?], p. 28). Moura Ramos (1999, p. 234-235) sustenta que não são todos preceitos constitucionais, que, em princípio, estão aptos a integrar a ordem pública internacional, embora admita que é "...irrecusável que, no exercício da actividade judiciária, os tribunais poderão sentir totalmente desvinculados do quadro de intenções e diretrizes de sua lei fundamental, a pretexto de que a internacionalização de certas relações conduz que a regulamentação seja feita através de uma lei estrangeira... Pela consideração destes dois vectores – os valores de certeza e segurança do tráfego internacional e as exigências básicas da ordem constitucional – haverá de passar assim a solução de cada caso concreto de modo a, com menor dano ao primeiro, se garantir a integral realização do segundo".

³² "Art. 4º Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional". Penso que, não obstante a literalidade do dispositivo, o mesmo deve comportar uma interpretação restritiva, mais próxima do pensamento acima defendido por Moura Ramos. Sua interpretação não pode conduzir a uma autorização genérica para o sacrifício do método conflitual e, por conseguinte, da segurança jurídica, o que acabaria por implicar o acionamento da reserva da ordem pública internacional em situações injustificáveis, em que verdadeiramente nem a ordem pública interna poderia estar em jogo.

³³ Cf. RECHSTEINER, 2003, p. 156. Nesse mesmo sentido Valladão (1980, p. 496).

³⁴ Rechsteiner (2003, p. 157), embora, em sua obra, não faça um confronto maior entre a reserva da ordem pública internacional e as normas de aplicação imediata, reconhece a vantagem de se recorrer a esse último instituto, quando juridicamente possível.

³⁵ Ramos (1999, p. 121-133). O renomado professor de Coimbra apresenta de forma bem clara a questão, pois, como diz, as normas de aplicação imediata devem intervir antes das normas de conflitos.

³⁶ Cf. Lima Pinheiro ([19--?], p. 226), que admite um sintonia mínima entre a justiça da conexão e a justiça material: "A justiça do Direito Internacional Privado, ou justiça conflitual, é mais ampla que a justiça da conexão".

³⁷ Cf. ROZAS, 1996, p. 279.

³⁸ O termo *normas de aplicação imediata* não reúne a unanimidade das opiniões. Há autores, como Lima Piheiro ([19--?]), que preferem a expressão *normas de aplicação necessária*. Até porque, conforme anota o Autor, essas normas nunca reclamam a aplicação

imediate, mas necessária, porque a sua aplicação haverá de passar sempre por uma valoração conflitual, conforme adiante se falará. Embora concorde com a manifestação de Lima Pinheiro a esse respeito, no decorrer deste trabalho, apenas para meros efeitos de sistematização, utilizar-se-á a expressão *normas de aplicação imediata*, por conta de sua utilização mais corrente na própria doutrina pesquisada.

³⁹ Exemplo de norma de aplicação imediata em que o legislador atribuiu-lhe expressamente essa condição é o artigo do Código de Valores Mobiliários de Portugal, D.L. nº 486/99:

“Independentemente do direito que a outro título seja aplicável, as normas imperativas do presente Código aplicam-se se, e na medida em que, as situações, as actividades e os actos tenham conexão relevante com o território português”.

⁴⁰ Entretanto, Lima Pinheiro ([19--?], p. 198) admite que, diante de uma lacuna oculta, poder-se-á chegar a uma norma de aplicação imediata.

⁴¹ Cf. PINHEIRO, [19--?], 238. Embora Lima Pinheiro conteste os entendimentos de Machado e Ramos, que atribuem aos princípios uma função hierarquicamente superior à norma conflitual singularmente considerada, o próprio autor não deixa de emprestar aos princípios e valores posição de relevância no DIP. “Os valores e princípios estão subjacentes às regras, servem para sua interpretação e podem justificar uma extensão analógica ou uma redução teleológica. Mas não derogam as regras legais”.

⁴² Para Vicente (2001, p. 646), o intérprete tem ampla liberdade em identificá-las e mesmo quando, expressamente, haja estabelecido uma norma de conflito unilateral, o intérprete deve perquirir sempre seu conteúdo e função dentro do ordenamento jurídico de origem. Tal pode, na visão do Autor, implicar, inclusive, a simples tomada em consideração ou até que essas normas não sejam necessariamente aplicadas.

⁴³ Cf. ARAÚJO, 2000, p. 33. Araújo, entretanto, sugere que o Juiz tem um “poder discricionário de grande alcance” para identificação dessas normas no ordenamento jurídico do foro. Parece-me que a questão não se relaciona propriamente com um poder discricionário do Magistrado, porque a decisão não poderá ser jamais arbitrária. É contra essa arbitrariedade que a doutrina vem buscando critérios, conforme adiante se verá, para que o recurso a normas de aplicação imediata seja feito sem impor um risco demasiado à segurança das relações contratuais internacionais.

⁴⁴ Em sua tese de mestrado sobre *A proteção do Consumidor nos Contratos Internacionais*, FDUL, Teles (1997, p. 79) aponta para esse mesmo entendimento do tratamento do consumidor na ordem jurídica portuguesa.

⁴⁵ Cf. PINHEIRO [19--?]. Nesse mesmo sentido, Vicente (2001) e Teles (1997).

⁴⁶ DL nº 220/95. Art.23º: “Independentemente da lei que as partes hajam escolhido para reger o contrato, as normas desta secção aplicam-se sempre que o mesmo apresente ligação estreita ao território dos Estados-membros da União-Européia”.

⁴⁷ Para Menezes Leitão (2002, p. 27), a defesa do consumidor “é postulado político essencial” do Estado moderno.

⁴⁸ Mesmo diante da resistência de Lima Pinheiro ([19--?], p. 482- 483) em reconhecer a possibilidade de chegar-se a uma norma de conflito especial, por via interpretativa, ele admite que, em se tratando de certos preceitos constitucionais, em especial os que tratam de direitos fundamentais, é possível identificá-las com recurso a exegese.

⁴⁹ Cf. Moura Ramos, 1999, p. 188.

⁵⁰ Analisando a questão sob a ótica da natureza da defesa do consumidor, Teles (1997, p. 80) conclui que, em princípio, as normas de proteção aos consumidores têm aptidão para adquirirem a natureza de normas de aplicação imediata.

⁵¹ Não está o Código em busca de uma justiça total ou um equilíbrio total. Até porque os principais dispositivos do Código revelam-se verdadeiras cláusulas gerais, em que cabe ao intérprete a tarefa de, no caso concreto, efetivar os valores impregnados na norma. Admite-se que as cláusulas contratuais possam até ser geradoras de algum desequilíbrio ou alguma injustiça. O que não se admite é o desequilíbrio manifesto, a injustiça manifesta. A partir desse momento, o Estado aciona o sistema protetivo, intervindo drasticamente no conteúdo dos negócios jurídicos a fim de corrigi-los e permitir uma relação minimamente equilibrada, justa.

Bibliografia

ARAÚJO, Nádya de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BRANCO, Paulo Gonet Castelo et all. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COLLAÇO, Isabel de Magalhães. *Da compra e venda em direito internacional privado: aspectos fundamentais*. Lisboa: [s. n.,1954?].

- DERANI, Cristiane. Política nacional das relações de consumo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 29, p. 29-39, jan./mar. 1999.
- KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e responsabilidade civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- LEITÃO, Luis de Menezes. O direito de consumo: autonomização e configuração dogmática. In: _____. (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Consumidor*. Almedina, 2002.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 42, abr./jun. 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 32, p. 16-54, 1998.
- _____. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 35, p. 61-96.
- _____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. Direito comunitário do consumo. In: LEITÃO, Luis de Menezes (Coord.). *Estudos do Instituto do Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2002.
- MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, jul./set. 2002.
- NISHIYAMA, Adolfo Namoru. A proteção constitucional do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, [2001?]. v. 1. Parte Geral.
- _____. Direito aplicável aos contratos com consumidores. In: LEITÃO, Luis de Menezes (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito de Consumo*. Coimbra: Almedina, 2002.
- RAMO, Rui M. G. Moura. *Direito internacional privado e constituição: introdução a uma análise das suas relações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- RECHSTEINER, Beata Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROZAS, José Carlos Fernandes. *Deixo del comercio internacional*. Madrid: Enroles, 1996.
- SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *Derecho internacional privado*. Madrid: Editorial Tecnos, 1971.
- SANTOS, António Marques dos. *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado*. Lisboa: [s. n.], 1990.
- _____. Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no direito internacional privado em Portugal e no Brasil. In: RAMOS, Rui Manoel de Moma (Org.). *Estudos em Homenagem à professora Isabel de Magalhães Collaço*. Lisboa: Almedina, 2002. v. 1.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, out./dez. 2000, p. 54-104.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- STRINGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 4. ed. São Paulo: LTR, [19—?].
- TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, abr./jun. 1995.
- TELES, Eugênia Galvão. *A proteção do consumidor nos contratos internacionais*. 1997. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 1997.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, [19—?].
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. v. 1.
- VICENTE, Dário Moura. *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*. Almedina: [s. n.], 2001.

Controle concentrado de constitucionalidade

O “Guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Sumário

1. Introdução. 2. Estado, Constituição e normas constitucionais. 2.1. A *Grundnorm* de Kelsen. 2.2. Constituição e leis constitucionais em Schmitt. 3. Justiça constitucional. 3.1. O controle de constitucionalidade e o Tribunal Constitucional Kelseniano. 3.2. A crítica de Schmitt ao Tribunal Constitucional. 4. Quem deve ser o guardião da Constituição?

1. Introdução

Este ensaio buscará cuidar do embate entre dois dos mais notáveis juristas do século XX, Hans Kelsen e Carl Schmitt, acerca da questão sobre quem deveria ser o “Guardião da Constituição”. Pretendemos mostrar mais de cerca os fundamentos do sistema de controle concentrado, tal como foram pensados no Estado Social (para depois revê-los desde o atual paradigma do Estado Democrático de Direito). Ademais, a discussão mostrará, de forma geral, os princípios do próprio controle *judicial* de constitucionalidade. Isso porque é com Kelsen que o controle de constitucionalidade passa a ser tido como um *capítulo* do Direito. O que havia antes, principalmente nos EUA, eram práticas jurisprudenciais que, como bem dizia Lúcio Bittencourt, declaravam o princípio da nulidade absoluta de uma lei declarada inconstitucional sem mostrar-lhes os fundamentos (BITTENCOURT, 1997, p. 140-141).

Kelsen leva a sério o tema do controle de constitucionalidade, buscando dar-lhe con-

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia é Advogado, Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela UFMG.

tornos científicos; não só do controle concentrado que ele cria, mas também do controle americano, que ele busca estudar, até mesmo para ao final tecer-lhe críticas. O confronto entre Kelsen e Schmitt representa – além de uma belíssima demonstração de técnica e retórica – a afirmação da teoria kelseniana sobre o controle judicial de constitucionalidade.

O resultado dessa oposição é uma teoria mais depurada por parte de Kelsen, oferecendo a todos um trabalho final muito melhor. Para nós, o trabalho de Kelsen é um referencial não só pela grandeza de suas teses, mas também porque foi justamente ele o criador do controle concentrado que viemos a copiar em meados do século passado e que hoje tem enorme importância no que se refere à jurisdição constitucional no Brasil. Não é possível estudar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) nas várias ações hoje existentes em nosso intrincado sistema de controle concentrado de constitucionalidade sem estudar os fundamentos dados pelo jurista vienês; é importante, outrossim, para vermos o quanto seus ensinamentos podem ser adequados à nossa realidade constitucional.

Para tanto, seguiremos as discussões travadas entre os dois juristas acerca de quem deveria ser o “Guardião da Constituição” e como essa discussão contribuiu para a Teoria da Jurisdição Constitucional (OLIVEIRA, 2000, p. 119 et seq.).

Os textos que utilizaremos para expor o tema serão basicamente, de Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung (A defesa da constituição)*, publicado no princípio de 1931, e a resposta de Kelsen, *Were soll der Hüter der Verfassung sein? Quem deve ser o Guardião da Constituição?*, publicado pouco depois.

Mesmo antes da publicação de Schmitt, Kelsen já sofria ferrenha oposição de alguns juristas, que acusavam sua teoria de “extremadamente formalista, uma lógica vacia, incapaz de dar cuenta de los fenómenos reales, de la vida del derecho, una teoría sin sustancia” (HERRERA, 1994, p. 198).

Quanto a Schmitt¹, seu antagonismo a Kelsen já pode ser visto desde a primeira década do século, mas, a partir da publicação de *A defesa da Constituição*, tornou-se uma confrontação direta.

Vale a pena lembrar que a época em que os dois juristas publicaram os textos acima foi marcada pela instabilidade. Em 1929, a grande crise econômica mundial afetou sensivelmente a República de Weimar. Havia também internamente uma crise de sustentação política do governo. A partir do final de 1930, o chanceler Brüning começa a governar por regulamentos (editados pelo presidente), que se apoiavam na segunda parte do famoso artigo 48 da Constituição de Weimar:

“Art. 48. (...) No caso de a ordem e a segurança pública do Reich serem perturbadas ou ameaçadas, o Presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para seu restabelecimento, se for necessário, com o auxílio das forças armadas”.

O próprio Schmitt (1983, p. 25), a despeito de apoiar publicamente a decisão de Brüning, reconhece a crise vivida pela Alemanha, chegando a escrever no prefácio de seu livro que a análise acerca do guardião da Constituição era um trabalho “difícil e perigoso”; na Áustria, a situação não era muito diferente, conforme veremos *infra*.

Além disso, ambas teorias se deparam com o problema da unidade do Estado, ameaçada pela emergência política do proletariado, principalmente após a 1ª Guerra. Procuram elas, de alguma forma, mostrar como seria possível a integração dessas massas em um Estado cujas lutas prefaciavam a aniquilação e/ou a ameaça bolchevique.

A proposta da Constituição de Weimar apontava na direção de uma democracia orgânica em um Estado Social e inclusivo, inaugurando uma nova fase dentro do constitucionalismo; mas, como dissemos, justamente essa ordem estava a ruir. O “Estado Plural” vai ser grandemente combatido por Schmitt, que vê na homogeneidade o princí-

pio da democracia. Kelsen, ao revés, apóia o aumento de agentes na política e ataca, dizendo que, na verdade, as elites estavam a temer uma emergência do proletariado. É esse o pano de fundo que dará a tônica das discussões que se seguem.

Apenas para podermos situar a concepção de cada um sobre a defesa da Constituição, vamos, ainda que sucintamente, expor algumas de suas idéias centrais sobre uma concepção de Estado, de democracia e de Constituição.

Antes, porém, queremos deixar aqui uma observação a respeito dos textos de Kelsen que pesquisamos no sentido de concordar com Herrera (1994, p. 215), quando afirma que ocasiões como essa servem para desmistificar o autor de *Teoria pura do direito* como um teórico despreocupado dos problemas concretos; muito ao contrário, como se verá, o que percebemos foi um publicista ferrenhamente defensor da democracia e da formação plural e democrática das leis no Parlamento.

2. Estado, Constituição e normas inconstitucionais

2.1. A Grundnorm de Kelsen

Kelsen acredita no Parlamento como instituição nuclear da democracia representativa. Como bem analisou Fioravanti (1999, p. 156), na perspectiva de Kelsen, a Constituição democrática não possui donos, não é *filha* de um sujeito ou de um poder, mas de “*un proceso que produce constitución en la medida en que es capaz de mediar, de componer, de representar en su interior la pluralidad de las fuerzas y de los concretos intereses existentes*”. Os grupos representados no Parlamento, em suas discussões, procurariam não verdades absolutas (como acusava Schmitt, infracitado), mas verdades relativas, que gerariam *compromisso*, essência da democracia e que consiste em “posponer lo que separa a los asociados en favor de lo que los une” (KELSEN, 1992, p. 453)².

Contribuiriam para esse mecanismo as oscilações de maiorias, o que possibilitaria sempre a revisão dos compromissos de acordo com a representação mais atual. Apesar da possibilidade de se constituírem novos compromissos, isso não poderia significar mudanças tão drásticas justamente porque, ao final, *o Parlamento teria de ser fiel à Constituição, já que lhe é tributário quanto à sua origem e atribuições*³. Por essa razão, para Kelsen (1998, p. 129), não faz sentido opor a Justiça Constitucional frente a uma pretensa “soberania do Parlamento” (que, aliás, não existe para ele). É que

“no se puede dejar de reconocer que la Constitución regula, en definitiva, el procedimiento legislativo de la misma forma que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y de las autoridades administrativas, que la legislación está subordinada a la Constitución exactamente igual que la justicia y la administración lo están a la legislación”.

Assim, a grande importância dada por ele ao Parlamento não configura uma “soberania do Parlamento” e nem qualquer defesa de uma “ditadura da maioria”, antes pelo contrário, apesar do apoio às decisões colegiadas no Parlamento, Kelsen coloca as leis daí decorrentes dentro de uma (rígida) estrutura escalonada, em que estas estão abaixo – e, logo, sob a dependência – da Constituição⁴, e, como veremos *infra*, uma das funções da Justiça Constitucional é justamente a defesa das minorias.

A Constituição da Áustria a ser aqui considerada é a aprovada em 1920 até as reformas de 1930. As emendas após 1930 não serão por ele consideradas para tratar do tema da jurisdição constitucional, porque, nas palavras do próprio Kelsen ([19--?], p. 81), tais emendas “fueron decretadas bajo un régimen semifacista y tenían la tendencia de restringir el control democrático de la constitucionalidad de las leyes”.

É sobre aquele período anterior que Kelsen traça uma proposta de proteção de

tipo judicial e concentrada à Constituição, o que representou não só uma novidade, mas uma revolução conceptual, que viria a propagar-se pelas mais diversas regiões do globo, conforme vimos na primeira parte deste trabalho. Nesse *status* constitucional, foram dadas garantias à Constituição contra *leis* e *regulamentos*. Sobre os “regulamentos”, vale a pena esclarecer que estes não são apenas aqueles editados pelo governo para darem eficácia às leis (os nosso conhecidos decretos), mas aos doutro tipo, isto é, aos regulamentos editados “diretamente debaixo da Constituição”.

Kelsen ([19--?], p. 82) tem uma especial preocupação com essa espécie normativa – preocupação essa que não se mostraria infundada dados os acontecimentos futuros. Segundo o mestre vienês, o controle sobre os regulamentos era até mais importante do que o sobre as leis, já que “el peligro de que los órganos administrativos excedan los límites de su poder de crear normas jurídicas generales es mucho mayor que el peligro de una ley inconstitucional”. A observação, inclusive, é particularmente interessante e vale para nosso atual momento institucional; referimo-nos às medidas provisórias que têm se proliferado e que certamente ameaçam a ordem constitucional tanto ou mais que as leis.

Conclui Kelsen ([19--?], p. 84),

“la utilización abusiva del artículo 48 de la Constitución de Weimar, que autorizaba al Gobierno a promulgar reglamentos, fue el camino a través del cual el carácter democrático de la República fue destruido en Alemania, y preparó el ascenso del nacional-socialismo al poder” [grifos nossos] (Cf. KELSEN, 1998, p. 133-134).

Mais à frente, mostraremos o quanto ele estava preocupado com os regulamentos no tocante à independência do Tribunal Constitucional em relação à Administração e à forma de escolha dos juízes.

Qual a concepção de Kelsen sobre a Constituição? A *Grundnorm* é a Norma

Fundamental. Trata-se de uma norma que se constitui no fundamento do Estado (que na verdade com ele se confunde) e que regula a produção de todas as outras normas, por isso, deve ser rígida e assegurada a maior estabilidade possível. A unidade do ordenamento jurídico dá-se enquanto as leis ordinárias são produzidas em conexão de dependência em relação à Constituição.

Fala-se então de Constituição em sentido *material* – normas que regulam a produção das demais normas – e Constituição em sentido *formal* – um documento que contém normas referentes a assuntos politicamente relevantes. Sinteticamente, pode-se entender Constituição como

“un principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en el momento que se toma en consideración” (...) [é também, como norma superior,] “la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, de los tribunales y de las autoridades administrativas” (KELSEN, 1998, p. 115; Cf. FIORAVANTI, 1999, p. 155).

A nova fase do constitucionalismo, o Social, inaugurado formalmente com a Constituição de Weimar, não passa despercebida por Kelsen. Observa ele que, nas “Constituições modernas”, é ampliado o conteúdo de normas naquele segundo sentido, pois contém um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos ou liberdades individuais.

A consequência é que agora uma lei pode ser inconstitucional por contrariar o procedimento de sua elaboração (inconstitucionalidade formal) ou por seu conteúdo contrariar os princípios da mesma (inconstitucionalidade material). Com a ajuda da pirâmide hierárquica do ordenamento, Kelsen (1998, p. 110) mostra que, no transcurso desde a Constituição até a sentença (e regulamentos), “el Derecho regula su propia creación y el Estado se crea y se recrea sin tre-

gua con el Derecho”⁵ (Cf. KELSEN, 1998, p. 111-112).

A *regularidade* da lei e normas inferiores (ou, o que dá no mesmo, a garantia da Constituição) se afere pela relação de correspondência de um grau inferior com um superior. Dessa forma, não só as normas individuais (sentença e atos administrativos) podem ser conferidas com relação à lei, mas também esta pode ser avaliada frente à Constituição. Essa regularidade apenas pode ser aferida por um Tribunal Constitucional, conforme falaremos mais adiante.

2.2. Constituição e leis constitucionais em Schmitt

A respeito do Parlamento e da Democracia, era opinião de Schmitt (1983) que a crença de que a democracia exercida no Parlamento por meio do livre jogo de opiniões não era mais do que uma “metafísica liberal”. Democracia para Schmitt é vista como homogeneidade e, por isso, não estaria ameaçada pelo fascismo ou pelo comunismo, mas pela democracia de massas.

Schmitt diferencia Constituição (um todo unitário ou decisão política sobre a existência de um Estado) e leis constitucionais (realização normativa). Constituição é a decisão conjunta de um povo sobre sua existência política (SCHMITT, 1983, p. 130). A Constituição seria democrática quando

“ha sido querida por el pueblo soberano, que en ella aparece como unidad política capaz de decidir sobre su propio futuro, [logo, o grande inimigo da Constituição se mostra] en el gran proceso histórico, evidente a lo largo del siglo XX, de articulación de la sociedad civil y política en sentido pluralista, que en esta línea se ve como algo que continuamente corroe y pone en discusión la unidad del pueblo soberano representada en la constitución” (FIORAVANTI, 1999, p. 159).

Para o autor alemão, a Constituição de Weimar era “liberal”, portanto desconforme à realidade (devedora de uma tradição

já superada), mas essa não é uma crítica que apenas opõe o empírico e o ideal; trata-se de condenar todo o modelo e sua base legítima. O problema é que a Constituição de Weimar surgira na época em que o Reich estava limitado pelo Tratado de Versalhes.

Desde a reconstrução histórica feita por ele, a Constituição de Weimar era, quanto à sua ideologia, uma Constituição “póstuma”, porque buscava realizar as já fracassadas idéias liberais-burguesas do século XIX, mantendo suas instituições e regulamentos.

No século XIX, imperava o dualismo Estado (burocrático, monárquico, que suscita desconfiança) vs. Sociedade (representada no Parlamento), e a Constituição era um contrato entre esses. Apenas em tal quadro, em que a Constituição é vista como um contrato entre Monarca e Povo (representado no Parlamento), em que o segundo precisava a todo momento opor a Constituição frente à insubordinação do primeiro, é que o Parlamento pode ser visto como o protetor da Constituição, de forma similar a uma parte contratante quando vela pelo pactuado⁶.

Com o tempo, porém, o Parlamento começa a se sobrepor e passa a ser o centro das atividades estatais; o Estado Legislativo vai se aperfeiçoando e desaparece aquela dualidade, pois o Estado passa a ser a “auto-organização da sociedade”, intervencionista, assistencialista. Aqueles que se mostravam descontentes com as mudanças trataram logo de atacar esse “Estado Total”, principalmente seu órgão mais saliente, o Parlamento: logo surgem reclamações de garantias contra o legislador – aqui estaria o “germe” das aspirações a um controle das leis⁷. Vale a pena ressaltar que Schmitt não estava solitário nessas observações, como aponta Fioravanti (1999, p. 151), as discussões em torno de um pretense “absolutismo parlamentar” estiveram presentes desde o início da República de Weimar.

Voltando à questão da Constituição como contrato entre Governo e Parlamento, tendo como substrato uma sociedade dualista ou até pluralista, se antes de 1919 po-

dia-se falar nessa idéia contratualista, após a Constituição introduz-se a “idea democrática de la unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo alemán”, que *se deu* uma Constituição, por um *ato unilateral*. Logo, a Constituição já não mais pode ser vista como um contrato, senão no que tange ao compromisso federativo.

Ao lado de – e competindo com – esse elemento unilateral, haveria outro, o dos grupos *pluralistas* (SCHMITT, 1983, p. 114), que formariam, sobre todo o território nacional, “constelações sociais” e “complexos de poder”. Apesar de não negar sua existência e sua força – pelo contrário, Schmitt mostra o quanto têm eles influenciado a política do Reich –, ele acaba por relegar-lhes o papel de *amostras da fragmentação pluralista do Estado*, que não é vista com bons olhos por ele, conforme dissemos acima, dentro de sua visão de democracia como unidade do povo.

Dessa forma, a atuação desses grupos de poder faria a Constituição transformar-se mais uma vez em um *compromisso*, apenas não mais entre Rei e Parlamento, mas entre os próprios grupos sociais. Tal concepção, *ultrapassada*, de Constituição não pode ser aceita na nova ordem, sendo de todo incompatível com aquele ato unilateral.

Mesmo que houvesse coalizões entre esses grupos formando “compromissos”, elas seriam variáveis e instáveis, o que geraria desagregação. A Constituição, assim, uma obra atomizada dos grupos sociais (Constituição como convênio), poderia pois ser reclamada pelos mesmos, frente ao Estado. Schmitt (1983, p. 116) cita casos do Tribunal de Justiça Constitucional, em que se percebe que as partes “aparentes” na verdade representavam estruturas sociais ou coalizões de partidos em disputa, o que é incompatível com sua teoria democrática⁸.

Além de pôr em perigo a formação da unidade nacional, o pluralismo do conceito de legalidade destruiria o respeito à Constituição e transformaria sua área de atuação em uma zona cinzenta.

Ainda que não concordemos com sua opinião sobre a influência “danosa” dos grupos pluralistas, há um ponto que deve ser levado em consideração pela sua atualidade:

“Los grupos (...) que en cada momento dominan, consideran sinceramente como legalidade la utilización exhaustiva de todas las posibilidades legales y el aseguramiento de sus posiciones, el ejercicio de todas las atribuciones políticas y constitucionales en materia de legislación, administración, política personal, (...) de onde resulta naturalmente que toda severa crítica e incluso cualquier amenaza a su situación aparece para esos grupos como ilegalidad, como acto subversivo o como un atentado contra el espíritu de la Constitución” (SCHMITT, 1983, p. 153)⁹.

Um outro aspecto na doutrina de Schmitt (1983) é a “teoria da exceção”. Em sua *Teología política* (1922), ele define o soberano como aquele que “decide sobre o Estado e a exceção”. O ordenamento jurídico está assentado sobre uma *decisão*¹⁰ e não sobre uma norma. Contrapõe-se a Kelsen, que identifica Estado e Ordenamento Jurídico, além de priorizar a formação democrática das leis a partir das discussões parlamentares.

Schmitt critica ainda Kelsen dizendo que sua teoria de Estado constitui uma “metafísica monista que exclui o arbitrário e a exceção”. Segundo ele, a exceção faz parte do direito, pois é na situação de exceção que a subsistência do Estado mostra sua superioridade sobre a validade da norma jurídica, pois é aí que a decisão fica livre de toda obrigação normativa e a norma se reduz a nada (SCHMITT, 1983, p. 132; HERRERA, 1994, p. 199).

3. Justiça constitucional

3.1. O controle de constitucionalidade e o Tribunal Constitucional Kelseniano

Em primeiro lugar, vale apontar que a justiça constitucional, para Kelsen (1998, p.

109), é “un elemento del sistema de medidas técnicas que tienen como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”¹¹. A importância que já à época de Kelsen se dava à jurisdição constitucional deve-se, segundo o mesmo, a razões teóricas e jurídicas – às primeiras, pois somente há pouco tempo teria surgido a doutrina do escalonamento das normas, que é para ele o que dá suporte ao controle de constitucionalidade.

Quanto às razões políticas, como bem mostra Kelsen, as doutrinas que até então se debruçavam sobre a realidade das monarquias constitucionais, paradoxalmente, não valorizavam o controle de constitucionalidade das leis — já que é aqui que surge a doutrina da *Constituição como limite*. Essas doutrinas, ao contrário, apresentavam o monarca como o “artífice único” ou autêntico da legislação, e a função do Parlamento seria a de apenas aderir, de maneira mais ou menos necessária, às suas ordenações.

Hodiernamente, portanto, a justiça constitucional deparava-se com um problema teórico-constitutivo básico: como tratar da regularidade da legislação, ou criação do Direito, usando padrões estabelecidos pelo próprio Direito, objeto do controle?¹² Esse problema fica ainda maior – diz Kelsen (1998, p. 110) – quando se confundem legislação e criação do Direito, e, conseqüentemente, Direito e lei. A identificação entre legislação e criação do Direito não pode ser aceita por Kelsen, pois, segundo sua doutrina, o aplicador da norma (juiz/administrador) também cria Direito.

Haveria, enfim, duas formas de garantia da regularidade das normas. As chamadas garantias preventivas e as repressivas. O controle preventivo refere-se às formas políticas de responsabilização pessoal do órgão que promulgou a lei e o outro, repressivo, jurídico, consiste em nada menos que a não aplicação da lei.

As garantias repressivas referem-se à teoria das nulidades: nulo (*a priori*) é o ato quando qualquer pessoa pode lhe examinar a regularidade; anulável quando neces-

sita de outro ato jurídico que lhe retire sua “qualidade jurídica”. Essa distinção torna-se muito importante quando combinada à distinção entre inconstitucionalidade formal e material (supracitado - 2.1.); no primeiro caso, temos um ato nulo (trata-se de uma pseudolei) e, no segundo, o ato é anulável (aqui, sim, a lei é inconstitucional).

Dessa forma, dentro de uma *teoria das garantias*, como observa o Professor José Alfredo de Oliveira Baracho (1999, p. 100), Kelsen percebeu muito bem que a “anulação do ato inconstitucional representa a principal garantia e o meio mais eficaz de preservação da Constituição”.

A despeito da teoria das nulidades, Kelsen (1998, p. 124) diz que no sistema de direito positivo não é possível conceber-se uma norma que possa ser tida como nula, pois apenas há nulidade após o reconhecimento por uma autoridade pública, e nunca *a priori*¹³. Por isso, apenas se pode falar em nulidade como anulação com efeito retroativo. Leis criadas em desconformidade com o procedimento legislativo (ou que não contenham o conteúdo por ele determinado) são “válidas” – no sentido de existentes – a despeito de revogáveis por um processo especial.

A questão sobre quando um ato é nulo/anulável deve ser decidida por uma esfera pública. O particular não pode ter a prerrogativa de atribuir nulidade a uma norma, pois faria com que a mesma tivesse cessada sua força coativa. Se o indivíduo ainda assim o faz, é *por sua conta e risco*, pois pode vir a sofrer conseqüências caso a norma seja posteriormente tida como constitucional.

Assim, apenas os tribunais poderiam verificar a constitucionalidade das leis. Mas todo e qualquer tribunal? Não, segundo a concepção kelseniana. Se qualquer tribunal pudesse verificar a regularidade de normas gerais em um caso concreto, isso resolveria o problema para aquele caso, mas sua atuação “apenas” pontual não conferiria unidade ao sistema, podendo causar insegurança jurídica; esta foi a maior crítica de

Kelsen ([19--?], p. 83) ao sistema difuso americano, *in verbis*, “la ausencia de una decisión uniforme en torno de la cuestión sobre cuándo una ley es inconstitucional (...) es un gran peligro para la autoridad de la Constitución”.

Se o controle difuso não é a melhor opção, propõe então o mestre de Viena um controle “concentrado”. Mas, para isso, era necessária uma redefinição da organização judiciária, já que a cúpula do Judiciário austríaco (como de resto em toda Europa Continental) não possuía força suficiente para possibilitar o respeito às sentenças. De fato, a *Obster Gerichtshof* não possuía autoridade para que suas decisões sobre a constitucionalidade das leis se impusessem aos demais tribunais ordinários (e administrativos) inferiores, nem mesmo aquela Corte Suprema estaria obrigada a decidir da mesma forma em caso análogo posterior.

A criação de um Tribunal Constitucional era, pois, de suma importância para Kelsen, principalmente no que diz respeito à Constituição Austríaca (cujo projeto lhe pertencia). Senão vejamos. A Constituição de 1920 previu, nos artigos 137 a 148, a criação do primeiro Tribunal Constitucional, o *Verfassungsgerichtshof*, a quem foi dada a competência primordial de anular leis que considerasse inconstitucionais.

As decisões desse Tribunal anulavam a lei inconstitucional, valendo (em princípio) para o futuro. Caso o *Verfassungsgerichtshof* considerasse que a lei é inconstitucional, a decisão valeria contra todos, e a lei seria anulada, cassada (*aufhebt*), ou seja, perderia a eficácia a partir da decisão. Isso quer dizer que, até a sentença começar a ter eficácia, a lei seria válida e os atos celebrados com base nela permaneceriam inalterados; em contrapartida, a decisão, quando começasse a produzir efeitos, atingiria a todos os órgãos do Estado e aos cidadãos em geral.

Essa peculiaridade torna-se muito importante no Brasil a partir do momento em que as Leis 9.868/99 e 9.882/99 que regulamentaram as ações referentes ao controle

concentrado de normas contêm dispositivo semelhante, possibilitando ao Supremo Tribunal Federal,

“tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, (...) por maioria de dois terços de seus membros, (...) decidir que ela [a decisão] só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (art. 27 da lei 9.868/99).

Voltando ao Tribunal Constitucional Austríaco, Kelsen defendia que ele deveria ser independente do Governo e do Parlamento; seus membros eram escolhidos pelo Parlamento entre juristas renomados (Kelsen mesmo presidiu o Tribunal por largo tempo). A razão de assim ser está relacionada diretamente com a posição do Tribunal Constitucional como legislador negativo. Como a Constituição lhe confere uma função tipicamente legislativa (derrogar leis), segue-se natural para Kelsen a escolha de seus membros pelo órgão legislativo, o que de pronto diferenciava os juízes daquela Corte dos demais, escolhidos pela Administração. Tal é a importância disso que o jurista vienês, ao se referir à reforma de 1929, destaca, como um dos indícios da ascensão do nazismo na Áustria, a mudança na forma de escolha dos membros da Corte Constitucional, pois, com a citada reforma, os antigos juízes do Tribunal Constitucional foram *afastados* e os novos juízes passaram a ser escolhidos pela Administração.

É curioso observar que o jurista vienês não faz referência às outras mudanças que a reforma de 29 provocou no *Verfassungsgerichtshof*, ao alargar a legitimidade ativa da “ação de inconstitucionalidade”. A possível razão dessa omissão, como já referido, é que essas reformas já apontavam para a queda do Estado austríaco e, com ele, da Constituição tão cara a Kelsen.

Sob o aspecto político, o Tribunal Constitucional possuía duas funções: garantir a idoneidade da democracia, oferecendo às minorias um instrumento para se defende-

rem das decisões da maioria, e ser também uma garantia para o Parlamento, na medida em que controlava também os regulamentos do Governo. Importante salientar que essas eram as razões de existir um órgão de controle de constitucionalidade, na perspectiva de Kelsen. Quanto à proteção das minorias, diz ele:

“Si se considera que la esencia de la democracia se halla, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y por la minoría y, como consecuencia de ello, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para hacer efectiva esta idea” (KELSEN, 1998, p. 152).

Dessa forma, o Tribunal Constitucional podia então garantir a paz política dentro do Estado. Dizia Kelsen (apud HERRERA, 1994, p. 204), em seu ensaio *Essência da democracia*, que “uma democracia sem controle não pode durar”.

3.2. A crítica de Schmitt ao Tribunal Constitucional

Preliminarmente, começa Schmitt (1983, p. 27), “la demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución”. Assim teria sido, segundo seu parecer, na Inglaterra após Cromwell e na França, na Constituição de 1799, que, após grande agitação política, coloca o Senado como *conservateur* da Constituição. Se no século XIX, na Alemanha, os problemas constitucionais puderam ser tidos apenas como políticos e os mecanismos de defesa da Constituição, deixados de lado, admite o jurista alemão que, desde a Constituição de Weimar, voltam a interessar as garantias especiais da Constituição e se demanda que “alguém” a proteja, pelas razões que abaixo relacionamos.

A princípio, pensa-se em um controle judicial, mas essa é apenas uma solução in-

tuitiva, pois ignora a superioridade do Parlamento sobre o Judiciário, na medida em que as decisões deste baseiam-se em leis ditadas por aquele. Os ensaios sobre um controle de tipo judicial produzidos até então foram como que *atos reflexos* às ambições intervencionistas do Estado, capitaneadas, segundo Schmitt, pelo Parlamento.

Considerando a situação constitucional política em que vivia, essa não lhe parecia a melhor resposta à questão. O Estado abstencionista do século XIX desaparecera, dando lugar cada vez mais a um Estado que intervém, e em que “todos os problemas se tornaram estatais”.

Seguindo os apelos dos que pediam um controle contra o Parlamento, o Tribunal de Justiça Constitucional do Reich chegou a se colocar como protetor da Constituição. No mesmo sentido, pululavam projetos de lei que atribuíam a um tribunal a missão de defender a Constituição. Mais uma vez, Schmitt atribui tal posicionamento à ideologia que concebe que um procedimento judicial resolve todos os problemas e desconhece a diferença entre uma sentença e uma resolução acerca de um preceito constitucional, limitando a proteção apenas contra leis e regulamentos.

Schmitt admite que os tribunais façam um controle geral e acessório das leis, mas isso não significaria, pelo menos na Alemanha, uma defesa da Constituição. Para isso, ele diferencia *proteção* e *controle*. O que os tribunais em geral fazem é o controle das leis (tal atividade é ocasional, *incidenter*, difusa), mas não a proteção. Dizer o contrário é querer importar o sistema de controle americano, que não poderia ser adaptado a nenhum Estado da Europa Continental.

De outro lado, também ruim é a alternativa de se confiar tal missão a um Tribunal Constitucional; diz Schmitt (1983, p. 58) citando Hugo Preuss, “pai” da Constituição de Weimar, que retirar dos juízes comuns a função do controle difuso e atribuí-la a um Tribunal excepcional seria como “encomendar as ovelhas ao lobo”.

Apenas poderia haver um controle judicial em um país onde toda a vida política estivesse sob o controle dos tribunais, como seria o caso dos EUA (SCHMITT, 1983, p. 46, 52) (ver infracitado, 3.2), em que o tribunal, com base em princípios gerais e critérios fundamentais, defendesse a ordem social e econômica existente.

Afora isso, para que fosse possível poder falar-se em contradição de uma lei frente à Constituição, seria imprescindível que a norma constitucional se pudesse subsumir de forma precisa, concreta, no litígio e, frente a isso, estar em contradição com a norma ordinária. O juiz poderia, então, *nessa situação de necessidade*, deixar de aplicar essa última, mas não lhe retirar a validade. Caso contrário, qualquer pessoa, física ou jurídica, poderia arrogar-se em protetor da Constituição. *Se não há um caso concreto, então a atividade resume-se apenas em comparar “normas sobre normas”, o que desqualifica a atividade do juiz como jurisdicional e o transforma em legislador.*

Colocada nesses termos a verdadeira atuação difusa dos tribunais no trato das leis, Schmitt propõe-se a rebater o *natural* controle judicial da função de proteção da Constituição.

A atribuição de soluções judiciais a problemas políticos, no ideal do Estado de Direito, apenas traz prejuízos para o Poder Judiciário, pois representaria mais uma “politização da justiça” do que uma “juridicização da política”¹⁴. A distinção entre controle judicial e proteção política advém de uma distinção anterior, feita por Schmitt, entre *Constituição* e *lei constitucional*: as leis ordinárias podem ser controladas judicialmente frente às leis constitucionais, mas a Constituição, como decisão política de um povo, tem de ser protegida politicamente.

Mas não é isso o que se tem feito, não é assim que a doutrina (e até o Tribunal de Justiça Constitucional do Reich, como vimos *supra*) tem trabalhado. Ao contrário, tem-se preferido trabalhar com “ficções sem conteúdo”. Parte-se de que, se no século XIX o

Parlamento era o natural defensor da Constituição frente ao Governo (daí as teorias em torno das monarquias constitucionais), agora no século XX, se o Executivo não pode sê-lo, e nem o Legislativo, pois, como se disse, ele assumiu grande importância na estrutura do Estado, segue-se intuitivamente que cabe ao Judiciário ser o guardião da Carta Política.

A limitação de um controle judicial, que não pode ir além do jurídico, pois do contrário iria desnaturar-se, pode ser exemplificada por dois acontecimentos importantes da história constitucional alemã: o conflito prussiano de 1862 – 1866 e a dissolução do *Reichstag* em 1930¹⁵. Casos como esses, em que a questão ultrapassava o âmbito jurídico, penetrando no político, deixaram o Tribunal de Justiça Constitucional sem ação, sem poder decidir; ora, isso mostra o que Schmitt tem sempre afirmado: o juiz apenas pode dar conta das leis e regulamentos, não de questões políticas, função essa típica do Legislativo.

Assim, a atual teoria da defesa da Constituição formulada, segundo ele, frente às variações das maiorias parlamentares seria devedora do constitucionalismo do século XIX, em que tal função cabia ao Parlamento (que representava a sociedade), em sua luta contra o soberano, não podendo, pois, dar-se ao juiz aquela função – que é – política, sem alterar sua posição constitucional.

Schmitt insiste nesse ponto: *sentença e lei são coisas diversas*. Não se pode aceitar, por formalismo, que qualquer ato proferido pelo juiz seja tido como jurídico. Para ser uma decisão judicial, é-lhe fundamental derivar de uma lei (lei essa que deve ser minimamente específica a ponto de obrigar de modo concreto o juiz).

“Si las normas de la política, en lugar de ser determinadas por el Chanciller del Reich, lo fueron por el Tribunal Supremo, bajo la égida de su independencia judicial, ello no produciría Justicia ” (SCHMITT, 1983, p. 81).

As conclusões são inevitáveis: *nenhuma lei pode proteger outra lei*; lei é fundamento, e não objeto de decisão; subsumir um fato a uma lei não é o mesmo que subsumir uma lei simples frente a uma lei constitucional. Quanto à última, não se olvide que só é possível, como dissemos, falar-se em emparelhamento de uma lei a outra caso haja um fato concreto subjacente, e mesmo aí, na verdade, a subsunção se dá entre cada lei e o fato, para se saber se o legislador, intérprete autêntico, atribuiu correto conteúdo à lei constitucional.

Sobre a atuação de Tribunais com função de controle, para o jurista alemão, em quaisquer decisões existe um elemento de pura *decisão*, que não deriva da norma, mas que, pelo contrário, é *sentido e objeto* desse tipo de sentença. Isso estaria presente em Tribunais como a Suprema Corte Americana, em que a existência de votos vacilantes ou divergentes mostraria que o que ela faz não é, por meio do livre jogo de argumentações, chegar a esclarecer o sentido verdadeiro da Constituição, em contraposição a uma norma alegada inconstitucional, mas tão-só, *suprimir a dúvida de modo autoritário* (mais uma vez, o elemento decisionista e uma supervalorização da exceção).

Isso tornar-se-ia ainda mais evidente em um Tribunal tal qual o pretendido por Kelsen, que apenas cuida de resolver “dúvidas e divergências de opinião” (pois não há um caso subjacente) e em que ao elemento decisionista somar-se-ia o fato de que dita Corte, sendo formada por *expertos*, tornaria seus “informes” uma atividade pericial tipicamente administrativa e não judicial, mas que, ao se tornarem obrigatórios, converter-se-iam em *sentenças* (SCHMITT, 1983, p. 93)¹⁶.

Um Tribunal Constitucional, ademais, só é possível se a Constituição é vista como um contrato (uma relação jurídica bilateral e não uma decisão política unitária). O que ocorre é que Kelsen (1998, p. 152) entende democracia como compromisso constante entre os grupos presentes no Parlamento e a

Constituição como Lei Constitucional, ou seja, como norma, como um sistema de direitos, que podem ser vindicados pelas partes (SCHMITT, 1983, p. 102).

Schmitt (1983), ao contrário, faz diferença entre *litígios constitucionais* (políticos) e as *dúvidas e opiniões sobre a interpretação das leis constitucionais*, estas como se disse podem ser ocasionalmente resolvidas pelos juízes sem alterar sua competência. Mas se for colocado para os primeiros quaisquer lides que tenham imediata ligação real com a Constituição, isso seria o mesmo que dar ao próprio tribunal a missão de delimitar sua competência.

O máximo que pode-se admitir no federalismo da Constituição de Weimar é que o Tribunal de Justiça Constitucional do Reich resolva questões políticas entre a União e os Länder, entre os Länder e até no interior de um Länder (como quando alguma associação invoque para si a proteção baseada no Livro Segundo, referente aos Direitos e Deveres Fundamentais), mas sempre dentro da teoria contratual do federalismo.

Já que, para além dos casos de litígios federais, a Jurisdição Constitucional não se traduz na melhor forma de constituir um defensor da Constituição, já que a justiça é incompatível com a política, e tendo em mira todas as considerações acima, quem deve ser o defensor da Constituição?

4. Quem deve ser o guardião da Constituição?

Concluindo o pensamento de Schmitt (1983), ao contrário do Poder Judiciário, apenas o Executivo poderia fazer frente à grandeza do Parlamento.

Isso porque, em conformidade com a leitura que ele faz do art. 48 da Constituição de Weimar, o único que ainda manteria a característica de representar plebiscitariamente *o povo em sua unidade* seria o *Presidente do Reich*, porque seria o único a se manter acima de todos os interesses parciais. Segundo o mestre alemão, o presidente, nos

últimos anos, já teria até assumido tal encargo, agindo, com frequência, como defensor da Constituição (SCHMITT, p. 30, 222)¹⁷. O *Reichspräsident* constituir-se-ia em uma instância neutra e superior, capaz de unificar a vontade estatal, diante da “impureza” pluralista.

Além de suprir a lacuna sobre a proteção da Constituição, tal teoria dá sentido à própria existência de um Presidente ou um Rei em um regime parlamentar, que *règne et ne gouverne pas*. De fato, o chefe de Estado não é uma figura apenas “decorativa”, ele possui importantes funções, entre as quais, segundo Schmitt (1983, p. 219), estaria a de representar “la continuidad y permanencia de la unidad política y de su homogéneo funcionamiento” e por isso “deve tener una especie de autoridad que es tan consustancial a la vida de cada Estado como la fuerza y el poder imperativo que diariamente se manifiestan de modo activo”.

De toda sorte, esse papel não é realizado continuamente pelo Presidente; ao contrário, é uma função fundamentalmente “mediadora, tutelar y reguladora”, isto é, ocasional, excepcional, porque não deve competir com os demais poderes, atuando apenas em casos de necessidade. Nesse sentido ele dá como exemplos de atuação dessa função presidencial o *Poder Moderador*, previsto nas Constituições Brasileira de 1824 (art. 98) e Portuguesa de 1826 (art. 71).

Segundo vindica Schmitt, sua doutrina fundamenta-se na teoria política do *pouvoir neutre* de Benjamin Constant¹⁸, para quem os conflitos políticos podem ser resolvidos, excepcionalmente, por um órgão judicial, quando se objetive atribuir pena ao que transgredir a Constituição; ou por um terceiro acima dos litigantes, soberano do Estado.

Mas pode ser dada tal competência a um organismo não superior, mas um *terceiro neutro*, intermediário e regulador, que se coloque não numa relação de superioridade, mas de *coordenação*. Esse outro poder, distinto dos já existentes, garantiria o funcio-

namento constitucional dos outros poderes e da Constituição. A conclusão de Schmitt é automática, o *Presidente do Reich* era o único que poderia ser o “Guardião da Constituição”, pois que não estaria sujeito às paixões dos partidos e logo só ele poderia resolver (“de fora”) os conflitos dos grupos pluralistas, que, disputando em equilíbrio, ameaçavam a Constituição, como ordem política da unidade do povo alemão.

É em resposta à teoria de Schmitt que Kelsen publica o artigo *Quem deve ser o defensor da Constituição?*. A crítica de Kelsen é desenvolvida principalmente sobre a defesa do controle judicial da Constituição em face do caráter “nada novo” e “ideológico” da argumentação de Schmitt. Kelsen ataca primeiramente a falsa distinção feita por Schmitt entre *controle* e *defesa* da Constituição, dizendo ser essa uma distinção apenas terminológica.

Schmitt (1983) tentara retirar o caráter jurisdicional do Tribunal Constitucional, ao argumento de que, em um processo comum, decide-se uma causa, enquanto o Tribunal Constitucional apenas resolveria acerca de dúvidas/divergências acerca de uma lei.

Ora, rebate Kelsen, na maior parte das decisões judiciais decidem-se divergências sobre o conteúdo de uma lei; se não há divergências, cessa a jurisdição. Valendo-se da própria teoria de Schmitt, poder-se-ia concluir que, em um processo sobre a constitucionalidade, há tanta subsunção quanto em um processo criminal, por exemplo. O problema seria que o jurista alemão concebe o controle de constitucionalidade como o confronto entre duas leis, o que não corresponde ao pensamento kelseniano, que é mais complexo: para Kelsen, na verdade, o controle visa averiguar o processo legislativo como *fattispecie* subsumível à Constituição da mesma forma como a doutrina clássica (entre eles o próprio Schmitt) desenvolve a subsunção tendo o *fato* como premissa menor e a *norma* como premissa maior¹⁹.

Assim, *não é que uma lei mais débil é tutelada por outra mais forte, mas sim que deve ser*

anulada porque a fattispecie que a produziu contrasta com a norma que regula esta fattispecie (KELSEN, 1991, p. 248; HABERMAS, 1998, p. 315-316).

Para KELSEN, o principal argumento de Schmitt sobre a danosa influência da política em um Tribunal Constitucional é um falso-problema: se se entende o *político*, no sentido dado por Schmitt, como *exercício do poder*, fácil é perceber que aquele não se limita ao Parlamento, pois que toda sentença, ao resolver um conflito, tem um elemento decisivo²⁰.

Logo, o controle judicial de constitucionalidade das leis não altera a posição constitucional da jurisdição. Kelsen não vê uma distinção qualitativa entre legislação e jurisdição, mas quantitativa, porquanto a legislação produz normas gerais e a jurisdição, normas individuais (dito doutra forma, quem interpreta também cria). Antes pelo contrário, chega mesmo a afirmar que o Judiciário possui até um caráter mais político que o Legislativo:

“quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell’uno o dell’altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere ‘politico’ che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione” (KELSEN, 1991, p. 242).

Schmitt então é que seria “devedor” de uma doutrina própria ao constitucionalismo monárquico, que consideraria o Parlamento como o único órgão político e criador do Direito e o juiz como um “autômato jurídico”, que apenas aplica a lei.

Dessa forma, se a política não se restringe ao Parlamento e se também as sentenças contêm uma fração de poder, *todo conflito judicial é também um conflito de poder*, não há uma natureza política incompatível com a judicial. Além do que, se todo conflito judicial é também político, confiar o controle de constitucionalidade a um Tribunal, em que

a ação segue em contraditório, possuiria a vantagem de dar publicidade à efetiva situação de interesses ao invés de mascará-los sob o capa de “política” e escondê-los debaixo de ficções como “unidade da vontade geral” e “Estado Total”.

O ponto central, portanto, contra a teoria de Schmitt do Presidente como o Guardião da Constituição é, por um lado, o velho princípio “*nessuno può essere giudice in causa propria*” (KELSEN, 1991, p. 232) [apenas em itálico no original] e, por outro lado, a necessidade de que o controle seja feito por um Tribunal independente dos poderes Executivo e Parlamentar, para que possa ter condições de controlar os atos inconstitucionais porventura praticados por algum deles. Como observa o Professor Marcelo Cattoni de Oliveira (2000, p. 31), o debate de europeus e norte-americanos em torno do controle de constitucionalidade e de sua legitimação “é conduzido quase sempre em relação à distribuição de competências entre Legislativo e jurisdição e, como afirma Habermas (1998, p. 314 et seq.), ‘nessa medida ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes’”.

Voltando ao publicista austríaco, o que na verdade pretenderia a doutrina de Schmitt seria restaurar a doutrina do constitucionalismo monárquico que considerava o rei como um *pouvoir neutre*. Caso um rei ou um Presidente representassem de fato um poder neutro, isso significaria uma contradição para alguém que diz que as estruturas monárquicas do século XIX teriam sido abandonadas com a Constituição de Weimar. É que Schmitt confia ao Executivo a tarefa de Guardião da Constituição porque parte do pressuposto de que, se nas Monarquias Constitucionais era contra aquele que se deveria ficar atento, hoje o Parlamento é que estaria sob suspeita – pressupondo uma pretensa preponderância deste. A contradição esboça-se claramente: se hoje a situação é outra, como aplicar uma teoria antiga? Como querer dar ao Presidente poderes típicos do Monarca? E mais, Schmitt faz pres-

suposições “*como se*, na Alemanha, o problema da constitucionalidade da atividade do ‘governo’, (...) desenvolvida com base no art. 48, não fosse (...) um problema vital” (KELSEN, 1991, p. 233, 238, tradução livre; 1998, p. 114).

E continua Kelsen, a teoria de Constant é uma “ficção de extrema audácia” que dividia o poder executivo em poder ativo (governo/administração) e passivo (sanção, celebração de tratados, alto comando das Forças Armadas...); este último representava o poder neutro. Mas o monarca não é passivo; de outro lado, o Presidente do Reich não está acima das pressões dos partidos, já que é eleito por eles e com eles mantém relações de dependência política.

Em síntese, Kelsen conclui que as idéias de Schmitt são produto de uma confusão entre um problema de teoria jurídica (o conceito de jurisdição) e outro de política do Direito (a melhor organização de um controle jurisdicional). Além do que, se Schmitt critica a teoria kelseniana acusando-a de normativista e formalista, esquece que tais “abstrações” não haviam impedido que o Tribunal Constitucional Austríaco realizasse uma “boa dose de trabalho criativo”, o que não é examinado por Schmitt, lá do alto de suas próprias abstrações (KELSEN, 1991, p. 252).

Concluindo, a imensa importância que a discussão entre Kelsen e Schmitt tem para toda a Teoria da Constituição e, mais de cerca, para a doutrina acerca do controle de constitucionalidade não nos impede de tecer algumas críticas aos mesmos. Isso, contudo, não invalida a importância de ambos para nós hoje (até o fato de hoje estarmos relendo-os e repensando seus postulados apenas mostra o quanto algumas pessoas conseguem se eternizar por suas contribuições à Ciência).

Assim, porque suas teorias têm algo a nos dizer em pleno século XXI e porque, por outro lado, pior que desconhecê-los é querer aplicar seus postulados sem um mínimo cotejo espaço-temporal é que podemos nos

sentir à vontade em tecer-lhes algumas críticas.

Quanto a Schmitt, além das críticas feitas por Kelsen, é importante ressaltar que, “[q]uién, como en su tiempo C. Schmitt, quisiera convertir en ‘protector de la Constitución’ al presidente del Reich, es decir, à cúpula del ejecutivo, en lugar de a un tribunal constitucional, estaría invirtiendo, por tanto, el sentido que la división de poderes tiene en el Estado democrático de derecho, convirtiéndola exactamente en lo contrario” (HABERMAS, 1998, p. 314).

Gostaríamos de ressaltar algumas opiniões de Kelsen, principalmente por sua importância com relação à nossa realidade constitucional.

Sobre a extensão das funções da Corte mais alta do país, é interessante observar – principalmente em tempos como os que hoje vivemos, em que a todo momento se levantam vozes a favor da criação de um Tribunal Constitucional – a afirmação do jurista vienês de que seria melhor o Tribunal Constitucional não se limitar ao controle de constitucionalidade:

“... puede ser oportuno, si se presenta el caso, hacer también del tribunal constitucional un Alto Tribunal de Justicia, encargado de juzgar a los ministros sometidos a acusación, un tribunal de conflictos central o atribuirle otras competencias para evitar instituir jurisdicciones especiales. Es preferible, en efecto, de una forma general, reducir lo más posible el número de autoridades supremas encargadas de aplicar el Derecho” (KELSEN, 1998, p. 137) [grifos nossos].

Sobre a caracterização da função do Tribunal Constitucional como sendo de um “legislador negativo”, isso contraria a natureza da atividade judicial desenvolvida por qualquer Tribunal, inclusive uma Corte Constitucional; claro está que, como dissemos, não há contradição no pensamento kelseniano em afirmar que o Tribunal Constitucional é um órgão Judicial e ao mesmo

tempo dizer que sua tarefa é de “derrogar leis” à semelhança do que o Parlamento também faz (a distinção seria quantitativa, não qualitativa). Sem embargo, não podemos concordar com um tal posicionamento, pois, como bem mostra o Professor Marcelo Cattoni de Oliveira (2000, p. 122), as atividades Legislativa e Judicial possuem “perspectivas lógico-argumentativas” diversas; enquanto a primeira “visa ao estabelecimento de programas e políticas para a realização dos direitos constitucionais”, a segunda deve ter em mira “a aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional”; não podemos nos esquecer, outrossim, da diferença feita por K. Günther (1993) entre discursos de justificação e de aplicação.

Quanto à “danosa influência da política no direito”, como vimos, Kelsen admite que a política é um dado presente; em vez de tentar extirpá-la ou ignorá-la, ele tenta trabalhar com ela de forma a manter o Tribunal o mais imparcial possível. A política entra no raciocínio kelseniano no momento de escolha dos membros da Corte, uma escolha feita pelo Parlamento entre juristas expertos (técnicos), o que garantia a neutralidade do Tribunal. Ele acredita que toda controvérsia jurídica é de interesse político e todo conflito de interesse político pode ser decidido na esfera jurídica. Como se disse, a necessidade de um Tribunal Constitucional reside em ser justamente a instância neutra e equidistante do confronto latente entre Parlamento e Governo.

Dessa perspectiva, dá-se um passo à frente, ao criar um outro órgão e não dar mais poderes a uma das partes, como queria Schmitt. É um avanço outrossim a naturalidade com que ele lida com a questão da interferência do Judiciário nas decisões legislativas (ainda que apenas o Tribunal Constitucional possa fazê-lo). Dessa forma, uma questão que sempre é colocada frente ao controle de constitucionalidade, qual seja, a legitimidade que possuiria o Judiciário de invalidar atos procedentes do órgão de representação popular, parece estar supera-

da em seu pensamento, ainda que se possa vir a criticá-lo por isso (conseqüentemente, não faz sentido a discussão da contradição entre Democracia – materializada no Parlamento – e Constituição – como limite àquela²¹).

Contudo, seguindo o raciocínio de Kelsen, pode-se ver que apenas é possível falar-se em efeitos *ex nunc* porque há o pressuposto de que o Tribunal Constitucional é o único, além do Parlamento, que pode interpretar autenticamente a Constituição. Assim, as leis criadas pelo Parlamento possuem presunção de constitucionalidade porque ele está autorizado a interpretar a Constituição; forma-se aí a presunção (relativa) de constitucionalidade da lei que apenas poderá ser elidida se o outro órgão encarregado – o Tribunal Constitucional – disser que a lei é inconstitucional.

Tais colocações nos obrigam, mais uma vez, a empreender críticas ao seu sistema, pois, apesar de defender o elemento pluralista como forma de obter compromissos – que são, como já se disse, a essência da democracia –, o jurista vienês não pode admitir que outras pessoas sejam legitimadas a interpretar a Constituição, porque, se isso ocorresse, todo seu sistema cairia por terra. Contudo, a legitimidade do ordenamento jurídico moderno está diretamente ligada à aceitação por parte dos cidadãos das normas que lhes são impostas; já que não se pode recorrer a um centro que forneça o substrato dessa legitimidade (Deus ou a razão), o Direito Moderno necessita do cidadão para, paradoxalmente, legitimar uma violência que não é sentida como tal apenas se racional e intersubjetivamente aceita. Nas palavras de Habermas (1998, p. 96), as normas apenas podem cobrar cumprimento “*haciendo que los destinatarios de esas normas jurídicas puedan a la vez entenderse en su totalidad como autores racionales de esas normas*”.

Limitar a interpretação (*autêntica*) da Constituição a apenas dois órgãos, além de irreal – pois “todo aquele que vive a Consti-

tuição é um seu legítimo intérprete”²² –, é também temerária. Considerando que o Tribunal Constitucional possui a última palavra, pode ele vir a se transformar numa instância máxima de definição dos valores de uma sociedade, uma espécie de “alter ego” daquela comunidade, o que não parece adequado desde uma perspectiva atual de Estado Democrático de Direito²³.

Para finalizar, gostaríamos de deixar clara nossa posição a respeito da questão sobre quem deve ser o *Guardião* da Constituição e dizer que a mesma não é bem respondida (pelo menos desde o atual paradigma do constitucionalismo) nem atribuindo tal prerrogativa ao Chefe de Estado (SCHMITT, 1983) nem a um Tribunal Constitucional (KELSEN), pois “[a] cidadania não precisa de tutores” (OLIVEIRA, 2001, p. 213, 263); dito doutro modo, somente os cidadãos, legítimos intérpretes da Constituição, podem não apenas *guardá-la*, mas também *desenvolvê-la proceduralmente* em suas relações diárias.

Notas

¹ Para um estudo mais completo da obra de Schmitt, ver, Diniz (1998, p. 150-170).

² Schmitt (1983, p. 61), ao contrário, vê nessa proteção às minorias um atentado ao princípio democrático das maiorias.

³ Colocação semelhante na defesa da *Judicial Review* pode ser vista em Freeman (1994, p. 187).

⁴ “La ley vale ahora [desde a perspectiva de Kelsen, não mais em razão de ter sido elaborada pela “vontade geral” mas] en cuanto, y sólo en cuanto, realice en sí el ideal democrático de la pacífica convivencia entre la pluralidad de las fuerzas e intereses que operan en realidad” (FIORAVANTI, 1999, p. 158).

⁵ Schmitt (1983, p. 83) critica expressamente tal tese, no que diz respeito à hierarquia entre normas, que considera uma “antropomorfización, insensata e confusa”.

⁶ Sobre sua classificação dos Estados segundo a *função estatal que neles predomina*, ver Schmitt (1983, p. 131-132).

⁷ Trataremos mais pormenorizadamente disso mais à frente, ao tratarmos da opinião de Schmitt sobre o controle judicial e suas ferrenhas críticas a ele.

⁸ “En suma, desde el punto de vista del jurista alemán se debía evitar que la crisis del conjunto de los partidos y de la representación política del parlamento arrastrase consigo a toda la Constitución” (FIORAVANTI, 1999, p. 153).

⁹ Sobre as críticas de Schmitt ao pluralismo, ver ainda Herrera (1994, p. 220) e as críticas de Kelsen (1991, p. 261 et seq.) a tal conceito.

¹⁰ A *decisão* é o elemento central da ordem jurídica, cria a norma, mantém-na e a aplica, além de não derivar de nenhum outro elemento (BATISTA, 1999, p. 173 ; DINIZ, 1998, p. 142, 151).

¹¹ Ver também Diniz (1998, p. 150). As funções estatais seriam os atos jurídicos produzidos pelo Estado e se dividem tradicionalmente em: legislação (promovida pelo Poder Legislativo) e execução (que englobaria os Poderes Executivo e Judiciário).

¹² No fundo, o que se apresenta aqui é o conhecido paradoxo sobre o Direito, que cria a si mesmo e se auto-regula. Nesse sentido, Habermas (1998), notadamente o Capítulo 3.

¹³ E “a ordem jurídica não pode fixar as condições sob as quais algo que se apresente com a pretensão de ser uma norma jurídica tenha de ser considerado *a priori* como nulo e não como uma norma que deve ser anulada através de um processo fixado pela mesma ordem jurídica” (KELSEN, 1987, p. 308).

¹⁴ A respeito, há ainda as críticas de B. Constant (1815, p. 65) e de Guizot (1846, p. 101 apud SCHMITT, 1983, p. 75); segundo este, com a juridicização, “la política no tiene nada que ganar, y la Justicia puede perdelo todo”.

¹⁵ Para os detalhes acerca dos dois episódios, ver Schmitt (1983, p. 66-69).

¹⁶ Ver também, na mesma página, nota 65, a opinião de A. Bertram.

¹⁷ Schmitt terá a oportunidade de defender publicamente suas posições em 1932 como Conselheiro do Reich, quando redigiu um *memorandum* a favor de uma intervenção federal na Prússia, com base em sua teoria sobre o Presidente do Reich como “guardião da Constituição” (HERRERA, 1994, p. 214).

¹⁸ Sobre as fontes de que se valeu o jurista alemão, ver Schmitt (1983, p. 214, 216), em que também se poderão encontrar interessantes pareceres de Hugo Preuss e Neumann.

¹⁹ Apesar de trabalhar com esses conceitos, é importante lembrar que Kelsen não vê a atividade jurisdicional como simplesmente dedutiva; qualquer juiz, ao aplicar a lei, não o faz como um autômato, mas como criador de normas individuais.

²⁰ Interessante reler o que já dizia Ruy Barbosa (1932-1934, p. 41-42), referindo-se já à função de controle de constitucionalidade, no começo do século passado: “não há nada, realmente, mais artificial (...) do que a distinção entre questões *políticas* e

jurídicas”. A função de declarar a inconstitucionalidade “é um poder, até certa altura, político, exercido sob as formas judiciais”.

²¹ Um bom panorama dessa discussão pode ser visto em Fioravanti (1999) e também Freeman (1994).

²² Apresentação feita por Gilmar F. Mendes ao livro de Häberle (1997, p. 30-31).

²³ Não vamos nos alongar mais nesse aspecto, já que não é o objeto do presente. Para maiores detalhes, ver, Maus (2000).

Bibliografia

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, p. 89-154, 1999.
- BARBOSA, Ruy. *Commentarios á constituição federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932-1934. v. 4.
- BATISTA, Vanessa de Oliveira. Elementos de teoria da constituição: de Carl Schmitt aos dias de hoje. *Revista de Direito Comparado da FD-UFMG*, Belo Horizonte, v 3, p. 165, 1999.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atualizada por José A. Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- _____. *Processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 1999.
- FREEMAN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade: *Lua Nova*, São Paulo, n. 32, p. 181-199, 1994.
- GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. New York: State University of New York, 1993.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.
- HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución. *Revista de Estudios Políticos*, Madri, n. 86, p. 195-227, 1994.
- KELSEN, Hans. Chi dev'essere il custode della costituzione? In: _____. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1991.
- _____. El control de la constitucionalidad de las leyes: estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana. *Ius et Veritas*, San Miguel, a. IV, n. 6, p. 81-90, 2000.
- _____. La garantía jurisdiccional de la constitución: la justicia constitucional. In: _____. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1998. (Colección universitaria).
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- _____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, 2000.
- OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de. *Devendo processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.

O poder econômico no mercado e o seu controle na legislação antitruste

Rodrigo Garcia da Fonseca

Sumário

1. Introdução. 2. Poder econômico no mercado. 2.1. Poder econômico. 2.2. Formas de obtenção do poder econômico. 2.3. Direito Societário e Direito Antitruste. 3. A identificação do poder econômico. 3.1. As manifestações do poder econômico. 3.2. Critérios de identificação do poder econômico. 3.3. A noção de mercado relevante. 4. Controle do poder econômico na legislação antitruste. 4.1. Finalidades da legislação antitruste. 4.2. Natureza da legislação antitruste. 4.3. Setores regulados. 4.4. Técnicas de controle do poder econômico. 4.5. A legislação antitruste no exterior e no Brasil. 5. Conclusões.

1. Introdução

O objeto do presente trabalho, como descrito no título, é a análise do poder econômico no mercado e do seu controle no âmbito da legislação antitruste.

O primeiro aspecto a ser abordado, de modo a garantir a sistematização do estudo, refere-se à própria definição de poder econômico. Em seguida, ver-se-á quais são as formas de obtenção do poder econômico por parte das empresas e como se relacionam as normas do Direito Societário e do Direito da Concorrência.

O passo seguinte é o exame das diferentes maneiras pelas quais se manifesta o poder econômico e dos critérios de sua identificação para os fins da legislação antitruste.

No tocante ao controle do poder econômico no âmbito das normas de defesa da

Rodrigo Garcia da Fonseca é Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo com Especialização em Direito da Empresa (PUC/RJ) e em Economia e Direito da Concorrência e da Regulação (UFRJ).

livre concorrência, serão abordadas as finalidades e a própria natureza jurídica da legislação antitruste. O trabalho segue com considerações sobre o controle do poder econômico em determinados setores regulados da economia e sobre as técnicas legais de controle preventivo e repressivo. Finalmente, o estudo é encerrado com um painel resumido das principais características das normas antitruste de controle do poder econômico nos Estados Unidos, na Europa, no Mercosul e no Brasil.

2. Poder econômico no mercado

Não é fácil definir o que vem a ser o poder econômico no mercado. Economistas e juristas tentam fazê-lo, mas nem sempre concordam com as opiniões uns dos outros. Trata-se de figura mais fácil de reconhecer empiricamente do que de definir na teoria. Diz-se corriqueiramente, e aceita-se a afirmação, por exemplo, que as grandes empresas transnacionais têm poder econômico. Mas o que nelas revela tal poder? O que significa deter poder econômico?

Não é possível estabelecer qualquer forma de controle do poder econômico, como pretende a legislação antitruste, sem antes definir e identificar justamente o objeto desse controle, ou seja, o poder econômico.

Assim, a definição, ainda que difícil, é pressuposto necessário para o estudo do Direito da Concorrência.

2.1. Poder econômico

Dentro da linha liberal e clássica da teoria econômica, especialmente a partir da obra de Adam Smith, o mercado livre tenderia ao modelo da concorrência perfeita, no qual produtores e consumidores chegariam a um ponto de equilíbrio, maximizando o bem-estar da sociedade mediante a produção e comercialização de bens aos melhores preços possíveis.

Num tal cenário de concorrência perfeita, nenhuma empresa teria poder maior do que a outra, não sendo possível que os agen-

tes econômicos individualmente pudessem distorcer essa situação de equilíbrio concorrencial e fazer prevalecer os seus interesses particulares sobre os da coletividade.

Na vida real, porém, não é isso que se observa, e o modelo da concorrência perfeita não passa efetivamente de um modelo, teórico e ideal, uma abstração dissociada daquilo que se vê na prática.

Dentro desse contexto, a própria existência do poder econômico, por meio do qual determinadas empresas são capazes de impor ao mercado a sua vontade, em maior ou menor grau, é resultado da existência de falhas no sistema de mercado¹.

Ao mesmo tempo que o acúmulo de poder econômico nas mãos de determinados agentes econômicos revela a presença de imperfeições no mercado, não se pode negar que, do ponto de vista de cada empresa individualmente considerada, numa economia capitalista voltada para a obtenção do lucro, conseguir e aumentar o poder econômico é o principal objetivo a ser almejado.

Se de um lado a teoria da eficiência capitalista se baseia na excelência do mercado, de outro as empresas querem amealhar cada vez mais poder econômico, aproveitando-se das falhas desse mesmo mercado para aumentar os lucros. Esse paradoxo se faz presente na análise da legislação antitruste de todos os países, como veremos, e não pode jamais ser esquecido ou menosprezado.

É comum se definir o poder econômico de uma empresa no mercado, simplisticamente, como o poder de aumentar os preços dos seus produtos. Mas a definição é pobre e incompleta. Há outros atributos inerentes ao agente econômico que detém poder, tão importantes quanto o de aumentar os preços.

Calixto Salomão Filho (2002, p. 83) bem mostra que o detentor de poder econômico tem, na realidade, uma opção, na qual o aumento de preços é apenas uma das várias escolhas que se apresentam. O agente economicamente poderoso tem a possibilidade de escolher entre uma maior participação no mercado com menor lucratividade

de ou uma menor participação no mercado com maior lucratividade.

Não se pode esquecer, porém, que tal possibilidade de escolha tem uma dimensão quantitativa e uma outra temporal. Só se fará efetivamente presente o poder econômico se o agente for capaz de manipular o mercado em níveis quantitativamente significativos (com relação ao mercado como um todo, seja em participação ou em preços) e por um período considerável de tempo (desconsiderando-se, assim, as situações conjunturais e passageiras).

Nessa ótica, uma definição bastante completa e abrangente é aquela dada por Michael J. Trebilcock e Robert Howse (1999, p. 464). Em termos econômicos, o poder significa a capacidade de aumentar preços, ou reduzir aspectos concorrenciais não ligados diretamente ao preço, de modo lucrativo, acima dos níveis de competição do mercado, em montantes não triviais, e por um período extenso de tempo.

Uma observação adicional é importante. A experiência demonstra que o poder econômico resulta normalmente não só em acúmulo crescente de recursos financeiros, como também em forte capacidade de influência política na região em que atua (ou quer atuar) o agente poderoso, interferindo na própria atividade normativa e reguladora do Estado.² Essa situação tende a perpetuar o poder econômico nos mesmos setores sociais e cria riscos sérios para a democracia.

Com tais conceitos em mente, passamos ao ponto seguinte.

2.2. Formas de obtenção do poder econômico

A primeira e mais óbvia forma de crescimento de uma empresa ou agente econômico, adquirindo poder econômico, é mediante o aumento das vendas, produção e lucro, por meio da eficiência. Sendo mais eficiente que os seus concorrentes, uma determinada firma coloca produtos melhores no mercado, a preços mais competitivos, com boas margens de lucratividade. Com o lucro acumulado, cresce, produz mais, fixa a sua marca,

aumenta a sua participação no mercado, obtém ainda mais lucro e com o tempo se coloca em situação perfeitamente lícita de poder.³

Por outro lado, além de se obter poder econômico por meio da competição no mercado, também é possível obtê-lo, ou aumentá-lo, falseando essa mesma competição. É possível que o exercício de práticas abusivas e desleais por parte de uma empresa tenham o efeito de minar os concorrentes, enfraquecendo-os e alçando-a a uma condição de poder econômico superior. A legislação antitruste reprime tais comportamentos e considera o poder econômico assim obtido ilegítimo.

Outra maneira de falsear a concorrência, obtendo ou consolidando o poder econômico, é a combinação de ações de alguns agentes econômicos em detrimento dos demais. É o caso, por exemplo, dos acordos de divisão de mercado, ou de fixação artificial de preços, e demais práticas oligopolísticas e de cartelização. Tais atuações concertadas tendem a não ser explícitas, uma vez que são normalmente consideradas ilícitas pela legislação antitruste, e freqüentemente é difícil comprovar concretamente a sua existência.⁴

Finalmente, dá-se a obtenção do poder econômico pela concentração empresarial, que pode tomar várias formas. Podem ser citadas as concentrações horizontais, entre empresas que desempenham a mesma atividade; as concentrações verticais, entre empresas que desempenham atividades sucessivas ou entrelaçadas dentro de uma determinada cadeia produtiva; e a formação de conglomerados, entre empresas que desempenham atividades independentes e não relacionadas entre si.⁵

Do ponto de vista contratual e/ou societário, tais concentrações tomam as mais variadas formas. Há operações de fusão ou incorporação de empresas; há as chamadas fusões de fato (ou *de facto mergers*), por meio de permutas de ações ou permutas de ações por ativos; há reengenharias empresariais e montagem de grupos de sociedades e conglomerados; há a aquisição de controle societário, acordada ou hostil; há a alienação

de ativos, como a compra e venda de fábricas, de marcas, etc.; há a pura e simples alienação de participações de ações ou quotas; há os acordos de acionistas; há a formação de consórcios e *joint ventures*, entre outras operações.⁶

2.3. Direito Societário e Direito Antitruste

Em tese, o Direito Societário é neutro com relação à concorrência. O seu objetivo não é proteger a livre competição entre os agentes econômicos, mas sim regular as relações entre os sócios das empresas.⁷

É possível, no entanto, que a legislação societária facilite a concentração de poder econômico dependendo de quais forem as suas normas. Um exemplo brasileiro, na Lei nº 6.404/76, é a norma que permite a emissão, pela sociedade anônima, de ações preferenciais, sem direito a voto, em até 2/3 do capital social. Ora, se a empresa tiver 2/3 do seu capital em ações preferenciais, é possível ao acionista adquirir o seu controle, com 51% do capital votante, comprando apenas 16,7% do capital total da sociedade, o que é muito mais barato do que se todo o capital fosse votante, ou se apenas uma pequena parcela fosse não votante.⁸

Da mesma forma, as regras relativas ao direito de recesso, ou aquelas tocantes às ofertas públicas obrigatórias de aquisição de ações de minoritários, afetam diretamente o preço de aquisição das sociedades anônimas, e, portanto, o preço de determinadas concentrações empresariais, facilitando ou dificultando, conforme for o caso, a obtenção do poder econômico por parte das firmas.

Por outro lado, os direitos de participação de acionistas minoritários na gestão de empresas e as normas de responsabilidade dos administradores e dos acionistas controladores são regras que afetam diretamente (ainda que de forma involuntária) a gestão, atuação e consolidação do poder econômico do âmbito das empresas.

De outra parte, o operador do Direito Antitruste deve entender certos conceitos da legislação societária. É preciso compreen-

der os mecanismos internos de tomada de decisões das empresas, a noção de controle individual ou compartilhado e os direitos decorrentes de acordos de acionistas, tudo de modo a verificar se é possível que um determinado acionista, isoladamente ou em conjunto, exerça influência determinante sobre os destinos do negócio.⁹

Para efeitos da legislação antitruste, é preciso averiguar, em cada situação dada, quais agentes econômicos têm capacidade de influenciar os rumos da sociedade e em que grau. Assim, o Direito Concorrencial deve entender os princípios do Direito Societário, ainda que não se preocupe necessariamente com vários deles, e por vezes até mesmo os ignore.

Um exemplo desse divórcio entre os princípios societários e concorrenciais se verifica na questão da personalidade jurídica. Para o Direito Antitruste, não importa se várias empresas têm existência legal distinta, desde que tenham controle comum, pertencendo a um mesmo grupo econômico. No Direito Antitruste, prevalece a noção econômica de empresa, e não a noção estritamente jurídica de cada sociedade com personalidade jurídica independente.¹⁰

Os conceitos a serem fixados nesse campo, portanto, são vários. O Direito Societário é em princípio neutro com relação à questão da livre concorrência, mas pode influenciá-la, facilitando ou dificultando o surgimento e a consolidação do poder econômico de empresas e grupos empresariais. Por outro lado, para a correta aplicação do Direito Antitruste, é preciso compreender vários institutos de Direito Societário, ainda que nem sempre os princípios jurídicos aplicáveis a um desses ramos do Direito sejam aplicáveis ao outro.

3. A identificação do poder econômico

Para que seja passível de controle, o poder econômico deve antes ser identificado, o que tampouco é tarefa simples. Mas como se manifesta esse poder?

3.1. As manifestações do poder econômico

Já vimos que o poder econômico dá ao agente a capacidade de aumentar a sua lucratividade a níveis superiores aos de uma hipotética situação de concorrência perfeita, seja mediante aumento de preços, seja por meio de outros comportamentos anti-concorrenciais.

A teoria microeconômica está baseada no conceito do agente econômico racional. Sendo o objetivo primordial das empresas a maximização dos lucros, o postulado do comportamento racional indica que elas farão tudo o que puderem para atingir tais objetivos. Buscarão a melhor relação possível entre o custo de produção, o preço de venda do produto e a quantidade de produtos vendidos.

Como o poder econômico possibilita à empresa justamente maximizar os seus lucros, mediante vários tipos de comportamentos, inclusive o aumento de preços, o comportamento racional da empresa que detém poder econômico será no sentido de exercer, tanto quanto for possível, esse poder. Noutras palavras, a microeconomia prevê que o poder econômico, quando existente, será sempre exercido.¹¹

A situação de poder econômico mais evidente é a do monopólio. O único fornecedor de um determinado bem tem o grau máximo de domínio sobre o mercado. A principal e mais fácil forma de o monopolista maximizar os seus lucros é pela redução da oferta e do respectivo aumento do preço, regulando a relação entre os dois elementos da forma mais lucrativa possível.

São vários os aspectos negativos decorrentes de tal comportamento monopolístico racional. Revela-se para a sociedade o que a doutrina chama de perda do peso morto (*dead weight loss*). A redução da oferta do produto implica a redução do consumo deste. Assim, consumidores que estariam dispostos a adquirir o produto a preços competitivos deixam de usufruir das suas utilidades, pois ficam incapacitados de consu-

mi-lo em razão da oferta reduzida e do preço elevado.¹²

Do ponto de vista distributivo, há uma transferência de renda dos consumidores para o monopolista. Este, como mostra a experiência, faz gastos pesados em *lobbies* governamentais destinados unicamente a manter a sua posição de monopólio, exercendo forte influência política e direcionando recursos para atividades não produtivas. Os monopolistas freqüentemente têm a capacidade até de enfrentar governos e resistir a políticas macroeconômicas, aumentando os preços mesmo em contextos de combate ferrenho à inflação. Paralelamente, o monopolista tende a não investir em inovações tecnológicas ou em qualquer tipo de melhoria de eficiência, em razão da sua cômoda posição sem concorrentes.¹³

Os oligopólios, como visto acima, caracterizam-se na maior parte das situações por acordos tácitos entre as poucas empresas que dominam o mercado. Tais acordos tendem a produzir um aumento paralelo e progressivo dos preços, mediante o mecanismo conhecido como *price leadership*. Uma empresa aumenta o seu preço e as demais seguem logo após, igualmente elevando os seus preços em níveis semelhantes. Empresas oligopolísticas tendem a também coordenar um processo de diferenciação entre os seus produtos, criando nichos de mercado para cada uma e viabilizando aumentos de preços. Em oligopólios, identifica-se ainda uma manutenção de participações estáveis no mercado ao longo do tempo.¹⁴

Os monopsônios e oligopsônios, concentrações de poder econômico no lado da demanda, e não da oferta, merecem análise em separado. Se obtêm vantagem na compra do insumo, o comportamento racional de tais agentes econômicos será de não repassar tais benefícios ao consumidor dos seus próprios produtos, mas só poderão impor os preços que desejarem se ostentarem poder também no mercado do produto final. Portanto, do ponto de vista exclusivo do consu-

midor final, monopsonios e oligopsonios são em princípio irrelevantes.¹⁵

Seja qual for a estrutura do mercado, há outros comportamentos que normalmente revelam a existência de poder econômico, sendo manifestações típicas.

Contratos de exclusividade, vendas casadas, diferenciação entre consumidores (cobrando mais daqueles que têm maior poder aquisitivo ou que necessitam mais do produto) são alguns exemplos.

O *dumping*, ou seja, a venda a preços abaixo dos custos mínimos de comercialização, também é freqüentemente empregado pelos poderosos como forma de eliminação da concorrência.¹⁶ Embora aparentemente a redução predatória de preços fuja do comportamento racional tradicionalmente esperado da empresa, na prática pode ser uma forte arma para expulsar do mercado os competidores existentes, e inclusive afugentar quaisquer concorrentes em potencial.

Em resumo, são várias as formas de manifestação do poder econômico, e devem ser avaliadas caso a caso, dentro do contexto fático de cada situação colocada.

3.2. Critérios de identificação do poder econômico

O aumento de preços como critério identificador do exercício do poder econômico é o mais utilizado. É o que povoa até mesmo o imaginário popular, na figura do empresário poderoso e ganancioso que aumenta seguidamente o preço dos produtos em detrimento dos consumidores. Mas o critério é falho, em vários aspectos.

Em primeiro lugar, é possível que a situação de poder econômico esteja tão consolidada com o tempo que o preço já esteja nos níveis de lucratividade mais altos. Em tal situação, não haverá aumento de preços, pois um aumento acarretaria uma queda de consumo desvantajosa para a empresa, mas a simples manutenção dos preços será uma forma de exercício do poder econômico.

Por outro lado, nem sempre o agente detentor do poder econômico aumenta os seus

preços. Como visto acima, há outras maneiras de exercer o poder econômico, e muitas vezes este se manifestará com outra feição. Já se abordou o exemplo da hipótese de *dumping*, na qual até mesmo o monopolista poderá ter uma política de agressiva baixa de preços.

De outra parte, a capacidade de aumentar preços muitas vezes é decorrência direta da eficiência do agente econômico, e não do exercício ilícito do poder econômico. É o caso, por exemplo, da empresa que investe em inovações e passa a produzir determinados bens de consumo com qualidade superior à dos produtos dos seus concorrentes. O consumidor aceita pagar mais por um produto melhor.

Finalmente, a dificuldade de obtenção de informações completas sobre todo o ciclo desde a produção até a distribuição dos produtos, e das distintas realidades das várias empresas, faz com que seja extremamente complexo, quando não impossível, definir um preço teórico de competição perfeita, acima do qual os aumentos de preços seriam abusivos e decorrentes do exercício do poder econômico. O mundo real é muito mais complicado do que os modelos abstratos da microeconomia clássica.

No mesmo passo, é comum pretender identificar o exercício do poder econômico com a figura do lucro excessivo ou do aumento arbitrário de lucros. Mas como definir se uma determinada lucratividade é excessiva? Da mesma forma como o aumento dos preços, o aumento do lucro pode ser decorrente da eficiência da empresa ou da ocorrência de situações conjunturais. Logo, o aumento do lucro só poderá ser considerado excessivo ou arbitrário se for o resultado do exercício do poder econômico, confundindo-se, assim, causa e efeito.

Diante de tantas dificuldades, as legislações antitruste costumam identificar critérios objetivos de poder econômico presumido. Normalmente, é tida como possuidora de poder econômico a empresa que detiver uma certa participação mínima do mer-

cado (*market share*) e/ou que ostente um determinado faturamento. Enquadrando-se na hipótese legalmente prevista, a empresa passa a ser monitorada, tendo que comunicar e/ou pedir autorização para práticas ou contratos que possam colocar em risco a livre concorrência.

3.3. A noção de mercado relevante

De outra parte, não se pode aquilatar o poder econômico de um agente no mercado sem definir, ainda, qual é exatamente o seu mercado de atuação. O poder econômico se manifesta dentro de um espaço determinado, que é conhecido pela doutrina como o “mercado relevante”. Fora do seu mercado relevante, a atuação do agente econômico é inócua.

O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.¹⁷

Duas são as dimensões básicas do mercado relevante, reconhecidas por todos os autores. Uma dimensão substancial, ou seja, qual é o produto (ou são os produtos) transacionado(s) nesse mercado, e uma dimensão geográfica, ou seja, qual é a área física na qual tais transações ocorrem ou podem ocorrer. Calixto Salomão Filho (2002, p. 98) ressalva que a doutrina mais moderna adiciona uma terceira dimensão, a temporal.

O enquadramento do mercado relevante nem sempre é simples. As definições são flexíveis e freqüentemente afetadas por avaliações subjetivas.

Justamente em função da subjetividade envolvida na definições dos mercados relevantes, e dos conceitos elásticos aí empregados, Paula Forgioni (1998, p. 199-218) fala em “válvula de escape”, por meio da qual se pode flexibilizar a incidência das normas antitruste de controle do poder econômico.

A conclusão é intuitiva. Quanto maiores os mercados relevantes, menor será a avaliação do poder de cada agente econômico; quanto mais restritos forem os mercados re-

levantes, maior será a identificação de situações de poder econômico merecedoras de atenção e controle por parte das autoridades de defesa da concorrência.

3.3.1. Mercado relevante de produtos

Para a definição do mercado relevante de produtos, é preciso definir quais os bens são vistos pelos consumidores e produtores como substitutos uns dos outros. Se, na falta de um produto, o consumidor aceita adquirir um outro, pois o considera de utilidade semelhante, então ambos os produtos farão parte do mesmo mercado relevante substancial.

Para tanto, é preciso analisar os comportamentos passados de produtores e consumidores dos produtos em questão, inclusive as relações de preços. O comportamento dos vendedores e dos compradores leva em conta a possibilidade de substituição dos produtos, um pelo outro e vice-versa?

Na falta de manteiga, os consumidores compram mais margarina? Se aumenta o preço da margarina, aumenta o consumo de manteiga? O produtor de manteiga se interessa em passar a produzir margarina quando o preço daquela se torna atrativo? Nas suas estratégias comerciais, o fabricante de margarina leva em conta a atuação dos fabricantes de manteiga? Se as respostas forem positivas, chegar-se-á à conclusão de que manteiga e margarina são substitutos e compõem um único mercado relevante. Caso contrário, haverá um mercado relevante de manteiga e outro mercado relevante de margarina.¹⁸

A tais relações entre a oferta e a demanda de dois ou mais produtos se denomina elasticidade cruzada de oferta ou demanda, conforme for o caso. Quanto maior a substitutividade de um produto por outro, maior será a elasticidade cruzada e vice-versa.¹⁹

A análise das relações passadas de elasticidade cruzada, entretanto, também apresenta riscos. Em mercados altamente concentrados, o preço do produto poderá ser

tão alto ao longo do tempo que a elasticidade cruzada com produtos substitutos tenderá a ser grande, mesmo que para o consumidor a substituição seja parcial e imperfeita. O analista será induzido a acreditar que a substitutividade entre os produtos considerados é maior do que ela efetivamente seria numa situação mais próxima da concorrência perfeita.²⁰

Tampouco podem ser ignorados os custos de substituição dos produtos, tanto para os produtores como para os consumidores. A substituição, mesmo quando desejada, nem sempre é factível.

Para os produtores, há os custos de redirecionar a produção, comprar novas máquinas ou adaptar as existentes, treinar pessoal, fazer propaganda, entre outros.

Para os consumidores, além da questão do gosto pessoal de cada um, a substituição também pode ter um custo, que, conforme o caso, não é desprezível. Parar de comprar ou alugar vídeos para passar a comprar ou alugar DVDs envolve o custo de comprar o aparelho de reprodução de DVDs (como ocorreu na mudança tecnológica dos LPs para os CDs). Existe ainda a situação conhecida como de *lock in*. Uma vez adquirido um produto, muitas vezes num ambiente competitivo, o consumidor fica preso a determinados fornecedores de carácter monopolista. O consumidor pode escolher vários fabricantes ou modelos de automóveis ou de aparelhos eletrônicos. Mas, uma vez que comprou um determinado veículo ou aparelho, fica preso à sua rede de assistência técnica e peças de reposição. O custo para trocar de fornecedor de peças de reposição envolve aquele de comprar outro veículo ou aparelho, de outro fabricante (que por sua vez colocará o consumidor em nova situação de *lock in*).²¹

Por fim, ainda que se considere um produto como substituto do outro, e portanto integrante de um mesmo mercado relevante substancial, existe a necessidade de se determinar quanto da produção de cada bem deverá ser considerada no mercado unifi-

cado, o que nem sempre é óbvio, notadamente do ponto de vista da oferta.²²

3.3.2. Mercado relevante geográfico

Definido o mercado de produtos, é preciso definir então o mercado geográfico. A produção de um determinado local poderá se deslocar e ser vendida em outras regiões? Terão os consumidores de um lugar facilidade para comprar os produtos de outro local?

A análise pode ser razoavelmente simples em algumas situações. A concorrência entre padarias se dá nos bairros. Dificilmente alguém se desloca para longe para comprar pão. Já o consumidor de restaurantes, ou supermercados, normalmente está disposto a um deslocamento um pouco maior, embora normalmente não vá sair de uma cidade para outra.

Do ponto de vista da oferta, os fornecedores têm uma região na qual são capazes de distribuir os seus produtos, o que dependerá dos recursos de cada um, do seu sistema e dos custos de distribuição, do tipo de produto (perecível ou não perecível, por exemplo) e de uma série de outros fatores, como as tarifas de importação ou barreiras sanitárias, no caso de fornecedores estrangeiros.

Em algumas situações, novas tecnologias podem ampliar os mercados geográficos para consumidores e fornecedores, como ocorre, por exemplo, com a possibilidade de vendas de produtos por telefone ou por *internet*.

Também com relação ao mercado geográfico, há dificuldade em se definir qual a quantidade da produção de uma determinada região será capaz de ser direcionada para outra, caso isso se torne economicamente interessante. É um exercício em cima de hipóteses e, como várias outras análises nesse campo, envolve um alto grau de subjetivismo, freqüentemente impregnado dos conceitos ideológicos daquele que define os critérios do exame.

É inegável, no entanto, que a existência de mercados comuns internacionais e o

movimento de globalização econômica vêm alargando os mercados geográficos para um grande número de produtos.

4. Controle do poder econômico na legislação antitruste

Como visto no início, a concorrência perfeita é um modelo teórico ideal, que não se reproduz com todas as suas características no mundo real. No entanto, considerando-se as virtudes do modelo, a legislação de defesa da livre concorrência pode combater as falhas do mercado e fazer com que, ainda que artificialmente, mediante a intervenção do Estado, as empresas e o mercado se comportem o mais próximo possível da teoria.

Para tanto, é indispensável que se submeta o poder econômico a diferentes formas de controle, de modo a impedir que ele seja exercitado em detrimento da concorrência.

4.1. Finalidades da legislação antitruste

Não é pacífico, no entanto, o entendimento quanto a quais são as finalidades primordiais da legislação de defesa da concorrência e tampouco a sua natureza jurídica.

Dependendo da ideologia dominante, “defender a concorrência” pode ter vários significados e pode ser conseguido de maneiras diversas.

Na realidade, não se pode falar no tema como um assunto fechado e definido. Como bem lembra Paula Forgioni (1998, p. 149-153), as funções exercidas pela legislação antitruste serão tão variadas quanto forem distintos os locais e momentos históricos de sua aplicação e normalmente estarão relacionadas às políticas econômicas então prevaletentes.

Diz-se que a livre concorrência faz funcionar a “mão invisível” do mercado, citada por Adam Smith. Mas o Direito de Defesa da Livre Concorrência vai além da mera garantia de funcionamento da mão invisível.

Nos Estados Unidos, onde surgiu no final do século XIX, inicialmente com o *Sher-*

man Act, o Direito Antitruste tinha um exacerbado caráter político. Servia para o combate aos grandes monopólios e grandes grupos empresariais, como as ferrovias e a indústria do petróleo, que, naquele momento histórico, acumulavam um excesso de poder econômico e, por conseguinte, também de poder político.

Consolidada essa visão, no início dos anos 60, a Suprema Corte dos EUA chegou a dizer, no caso *Brown Shoe*, que a lei expressava uma opção de política econômica aprovada pelo Poder Legislativo no sentido de favorecer uma economia pulverizada, de pequenas empresas locais.²³

No entanto, com o passar dos anos, economistas e empresas passaram a identificar a perda de competitividade de companhias americanas com as restrições impostas pelas normas antitruste, e surgiram novas concepções. O poder econômico passou a ser visto como uma necessidade, desde que apto a promover a eficiência econômica, e não mais como algo ruim em si mesmo. O pensamento da chamada Escola de Chicago, ou neoclássica, começou a dominar a Suprema Corte a partir dos anos 80 e do Governo Reagan.²⁴ As autoridades se tornaram muito mais receptivas às fusões de empresas, como solução de sobrevivência num mercado internacional cada vez mais duro, a tal ponto que, nos anos 80, de dez mil fusões notificadas, o Governo Norte-Americano só questionou vinte e oito.²⁵

Já na Europa, e notadamente na Alemanha, historicamente a legislação protegia a lealdade da competição, ou seja, regulava a boa-fé na relação entre as empresas concorrentes no mercado. Paralelamente, porém, havia a formação de grandes cartéis e monopólios, muitas vezes com o estímulo do próprio Estado. A situação se modificou logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, quando a política dos aliados para a Alemanha tendeu à descartelização da economia e à cisão compulsória de grandes grupos. Em seguida, porém, o esforço de reconstrução levou à necessidade de um novo pro-

cesso de concentração empresarial, que acarretou modificações na legislação.²⁶

Nesse contexto, a partir do advento do Tratado de Roma, de 1957, e com a consolidação da Comunidade Econômica Europeia, a nova legislação comunitária passou a dar mais ênfase à liberdade de competir das empresas, ao lado da já antiga preocupação da lealdade na competição. Tal tendência se fez sentir também nos vários países europeus tomados individualmente, e persiste até os dias de hoje.

Atualmente, há duas grandes escolas teóricas que balizam as discussões sobre as finalidades da legislação antitruste.

Segundo a Escola de Chicago, ou neoclássica, que hoje prevalece no pensamento norte-americano, o objetivo principal da legislação de defesa da concorrência deve ser a garantia da eficiência econômica das empresas, pois assim se possibilitará a redução dos preços dos produtos e o consumidor final será beneficiado. As teorias da Escola de Chicago, assim, têm grande apelo político-ideológico, por colocarem o consumidor como o grande beneficiário da legislação antitruste.

No entanto, ao aceitar a formação de grandes grupos em nome da eficiência, a linha da Escola de Chicago propicia muitas vezes a concentração do poder econômico. Em tal cenário, nem sempre a redução dos custos de produção serão repassados aos preços dos produtos, pois, como vimos, o agente econômico poderoso tenderá a manter para si os ganhos obtidos.

A influência de conceitos econômicos, no que ficou conhecido como a Análise Econômica do Direito (*Economic Analysis of Law*), base teórica da Escola de Chicago, elimina preocupações valorativas, tais como as questões de justiça distributiva. Também deixa de lado a preocupação com aspectos subjetivos do comportamento do consumidor não ligados diretamente ao preço.

No cenário europeu, ressalta a Escola da Freiburg, ou ordo-liberal, de origem alemã. Para tal linha de pensamento, a legislação

de defesa da concorrência não tem um objetivo econômico predeterminado. Os modelos econômicos buscam uma concorrência perfeita que é impossível, e portanto não podem ser a única base da análise. Quanto maior a concorrência, porém, maior será a liberdade de escolha dos agentes econômicos, de modo que possam descobrir a melhor opção no mercado e o comportamento mais racional. Assim, na esteira de Hayek, o sistema concorrencial se confunde com um processo de descoberta, e a possibilidade de escolha é tomada como um valor em si mesmo.²⁷

4.2. Natureza da legislação antitruste

No Brasil, tradicionalmente nunca se reprimiu o poder econômico por si só, mas apenas o seu abuso. O poder econômico só é combatido quando exercido em deturpação às regras do mercado, pois do contrário é considerado normal e não abusivo.²⁸

E qual seria a natureza da legislação de combate ao abuso do poder econômico, aí incluída a legislação antitruste, ou de defesa da livre concorrência?

Há quem defenda fazer parte do Direito Administrativo. Outros entendem que pertence ao Direito Penal. Uma terceira posição é dos que a classificam dentro do Direito Econômico.

Parece difícil enquadrar a legislação antitruste no ramo do Direito Administrativo, no entanto, pois este é essencialmente voltado para o funcionamento do Estado e à prestação dos serviços públicos.

Por outro lado, as leis de repressão ao abuso do poder econômico, no Brasil, têm origem na proteção à economia popular, com forte caráter punitivo e criminal. Daí alguns autores ainda considerarem a legislação antitruste como parte do Direito Penal.²⁹

Entendemos contestável, porém, a inserção do Direito Antitruste no âmbito do Direito Penal. A legislação de defesa da concorrência tem como característica uma fluidez e flexibilidade dos conceitos e dos limites das responsabilidades que não se coadunam com os rígidos princípios da legis-

lação criminal, como o princípio da tipicidade.³⁰ Além do mais, as normas antitruste incorporam formas de controle preventivo da atuação do poder econômico, como o controle prévio de fusões de empresas, que tampouco se encaixam nas noções clássicas de Direito Penal, essencialmente punitivas, e não preventivas.

Já o Direito Econômico, entendido como o ramo do Direito que tem por objeto o tratamento jurídico da política econômica e dos agentes que dela participem,³¹ parece a área mais adequada para inserir a legislação de defesa da concorrência.

Tratando-se de uma intervenção regulatória do Estado na ordem econômica, seja permitindo concentrações de empresas, seja dificultando-as, seja reprimindo determinadas condutas, seja admitindo-as, a aplicação do Direito Antitruste bem se amolda aos limites do Direito Econômico.

4.3. Setores regulados

Uma questão que surge frequentemente na aplicação da legislação antitruste é o problema da sua eventual incidência, ou não, em determinados setores da economia já regulados por normas próprias e específicas. É o caso, por exemplo, das concessionárias de serviços públicos e das instituições financeiras.

Calixto Salomão Filho (2002, p. 210-223) discorre a respeito das doutrinas desenvolvidas sobre o assunto nos Estados Unidos. Lá surgiu, com base na forte tradição federalista, a *State Action Doctrine*, segundo a qual não se aplica a legislação federal antitruste a atividades reguladas por um Estado se, cumulativamente, (a) o Estado toma a decisão política de substituir a competição pela regulação e (b) o Estado fiscaliza ativamente a sua regulamentação. Quanto às demais agências reguladoras governamentais, desenvolveu-se ainda a *Pervasive Power Doctrine*, pela qual afasta-se a incidência das normas de defesa da concorrência quando a agência governamental tem, cumulativamente, (a) uma competência tão ampla (que

substitui o sistema de concorrência por um sistema regulado) ou profunda (por receber competência para aplicar, ela mesma, as normas de concorrência) que afasta as normas antitruste comuns da concorrência e (b) a agência efetivamente exerce o seu poder.

É difícil transferir as doutrinas americanas para o Brasil. O federalismo é muito diferente, a Constituição é muito diferente e as normas específicas sobre as competências estatais não se confundem.

No Brasil, por sinal, a Lei nº 8.884/94, o principal diploma legal antitruste, afirma no artigo 15 ser aplicável a todos os setores da economia, mesmo aqueles explorados em regimes especiais de monopólio legal.

Em matéria de instituições financeiras, porém, a Lei nº 4.595/64 atribui ao Banco Central a competência para autorizar as fusões (art. 10, X, "c") e para regular as condições de concorrência, coibindo eventuais abusos (art. 18, § 2º). Considerando que, em virtude do artigo 192 da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 4.595/64 só pode ser alterada por lei complementar e que a Lei nº 8.884/94 é lei ordinária, a Advocacia-Geral da União deu parecer no sentido de que esta última não se aplica às instituições financeiras.³²

Há quem sustente, da mesma forma, que, em se tratando de concessionárias de serviços públicos, a competência do Poder Concedente e das agências reguladoras (federais ou estaduais) exclui a incidência da legislação antitruste, a não ser que haja reserva legal explícita.³³

No setor de telefonia, privatizado na gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso, há legislação específica (Lei nº 9.472/97) disciplinando a aplicação das normas de defesa da concorrência e dividindo as atribuições da agência reguladora (ANATEL) e das autoridades antitruste (SDE, SEAE e CADE). No setor elétrico, apenas parcialmente privatizado, há um regime híbrido de concorrência e regulação (Leis nºs 9.427/96 e 9.648/98), ainda não totalmente delineado, prevendo-se convênios entre a ANEEL e as autoridades antitruste.

Caberá ao Poder Legislativo explicitar a questão nas demais áreas, mediante a edição de novos diplomas normativos, e ao Judiciário, quando provocado especificamente sobre o tema, decidi-la em definitivo.

4.4. Técnicas de controle do poder econômico

A legislação antitruste dos vários países normalmente se utiliza de duas técnicas principais de controle do poder econômico. Pode haver o controle repressivo, quando a autoridade pune o agente e faz cessar uma determinada prática anticoncorrencial. E pode haver o controle preventivo, nas concentrações empresariais, quando a efetivação destas fica sujeita à apreciação da autoridade antitruste.

No controle repressivo, freqüentemente há condutas que são consideradas ilícitas *per se*. A concorrência desleal é combatida sempre, mesmo que o agente não detenha poder econômico específico ou não se preveleça dele na sua atuação.

Já no controle preventivo, guia-se a autoridade sobretudo pelo princípio da razoabilidade, ou regra da razão (*rule of reason*). Não se impede a concentração por si só, pois, como se viu, o combate não deve ser ao poder econômico apenas, mas ao seu abuso. A concentração empresarial poderá ser permitida se houver justificativas razoáveis que a sustentem como algo positivo, econômica e socialmente. Busca-se antever qual poderá ser a conduta futura das empresas concentradas, de modo a se impedir que possam exercer o poder econômico, que passam a ostentar, de maneira anticoncorrencial.

4.5. A legislação antitruste no exterior e no Brasil

Feitas as considerações acima, o ponto final é a abordagem dos aspectos principais da legislação antitruste nos Estados Unidos, na Europa, no Mercosul e no Brasil.

4.5.1. Estados Unidos

Conforme explicado acima, os Estados Unidos foram o berço da legislação antitruste.

O *Sherman Act*, de 1890, foi a primeira lei de defesa da livre concorrência a ser editada no mundo e ainda hoje é a principal norma na matéria, tendo as leis subseqüentes, como o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, ambos de 1914, servido para complementá-lo e modernizá-lo.³⁴

A *Federal Trade Commission*, ou simplesmente FTC, é o órgão governamental responsável por fazer aplicar as normas de defesa da concorrência, ressalvadas as exceções da *State Action Doctrine* e da *Pervasive Power Doctrine* já mencionadas.

No famoso caso *Standard Oil*, em 1911, a Suprema Corte aplicou pela primeira vez a chamada *rule of reason*, segundo a qual as práticas anticoncorrenciais e o exercício do poder econômico só devem ser repudiados se a restrição que impuseram aos negócios for desarrazoada (*unreasonable*). O princípio passou a ser aceito como regente da aplicação das normas antitruste. Ainda assim, apesar da regra geral, a jurisprudência norte-americana reconhece alguns casos de ilicitude *per se*, ou de falta presumida de razoabilidade, segundo a definição da Suprema Corte no caso *Northern Pacific Railway*, de 1958. São hipótese extremas, como aquelas de acordos de divisão de mercado ou de fixação de preços.³⁵

As autoridades norte-americanas aplicam as suas normas de defesa da concorrência extraterritorialmente. Não importa se a concentração empresarial ou a conduta ocorreu no exterior, pois, se há efeitos nos Estados Unidos, são aplicáveis as suas regras.³⁶

O *Clayton Act* permite que as empresas ou pessoas que se considerem individualmente prejudicadas por práticas anticoncorrenciais de terceiros ajuízem ações indenizatórias, as quais, se tiverem sucesso, dão ao autor o direito à indenização dos seus prejuízos multiplicada por três (*treble damages*). Com isso, houve um estímulo a um grande número de ações indenizatórias baseadas na legislação antitruste, o que mereceu crítica de parte da doutrina e da jurisprudência.

dência, compondo parte do quadro de litigiosidade exacerbada que se observa nos Estados Unidos.³⁷

Finalmente, é interessante notar que, embora a legislação antitruste norte-americana seja famosa pelos casos contra grandes empresas – *Standard Oil*, *AT&T*, *IBM*, *Microsoft*, para citar alguns –, ela tem imensa aplicação em situações locais, impedindo abusos no pequeno comércio das cidades.³⁸

4.5.2. União Européia

No âmbito da Comunidade Econômica Européia, hoje União Européia, as principais normas relativas à defesa da livre concorrência constam do Tratado de Roma, de 1957. O artigo 81 trata dos acordos, associações e práticas que possam ter efeitos anti-concorrenciais, e o artigo 82 disciplina a ilicitude do abuso de posição dominante, terminologia empregada para classificar o abuso do poder econômico.³⁹

Os órgãos de defesa da concorrência, na Comissão Européia, têm competência para editar regulamentação de forma a dar aplicabilidade às normas comunitárias, inclusive no tocante ao controle das concentrações empresariais.

As normas européias não visam apenas manter a livre concorrência, mas também são uma ferramenta de política econômica, sendo aplicadas de modo a favorecer o desenvolvimento econômico comunitário e a competitividade internacional das empresas européias.⁴⁰

O artigo 86, § 2º, do Tratado de Roma (antigo artigo 90, § 2º) cria um regime de exceção para os monopólios fiscais e as empresas encarregadas pelos Estados da gestão de serviços de interesse econômico geral. Tais atividades estão em princípio submetidas às regras antitruste, mas poderão ficar de fora se a aplicação das normas de defesa da concorrência implicarem embaraços e impedirem o cumprimento dos objetivos da delegação recebida.

Os subsídios ou outras formas de estímulo econômico eventualmente estabeleci-

dos por determinados Estados a certas atividades ou regiões, embora possam criar situações artificiais que falseiam a livre concorrência, são apreciados dentro de um exame de razoabilidade, podendo ser aceitos como justificados se aptos a corrigir distorções e a promover o desenvolvimento econômico.⁴¹

Tal como os Estados Unidos, a União Européia aplica as suas normas de defesa da livre concorrência de maneira extraterritorial, bastando que haja efeitos no território comunitário para que as mesmas sejam tidas por incidentes, ainda que os atos ou práticas em questão tenham lugar no exterior.

Cada país também tem a sua própria legislação antitruste. Embora nos últimos anos esteja ocorrendo um movimento no sentido da harmonização da legislação dos vários países, ainda há situações de conflito.

Como princípio, a competência comunitária se limita àquilo que foi definido expressamente no Tratado de Roma (consolidado pelo Tratado de Amsterdã). Fora daí, cada país conserva a sua própria competência legislativa independente e soberana. No âmbito da competência legislativa comunitária, porém, esta prevalece sobre as competências nacionais.

Assim, o Tribunal de Justiça Europeu desenvolveu com o tempo a doutrina da dupla barreira mitigada, também conhecida como a doutrina do efeito útil. As normas comunitárias e nacionais podem ser aplicadas concorrente e cumulativamente, mas, se houver incompatibilidade, prevalece a norma comunitária, por hierarquicamente superior. Mesmo dentro da competência nacional, porém, a norma local deve ser afastada se a sua aplicação resultar na eliminação do efeito útil perseguido pelo Tratado de Roma, no sentido da promoção da livre concorrência. Noutras palavras, os Estados nacionais não podem tomar medidas que anulem o efeito útil das normas comunitárias de concorrência. Por exemplo, o

Estado não pode autorizar uma prática que a União Européia proíbe. Também aí, na análise do conflito, prevalece o princípio da razoabilidade. Para restringir a livre concorrência, as regras estatais excepcionais devem ser razoáveis, proporcionais e necessárias para os fins a que se destinam, mesmo que o objetivo seja de interesse geral (como é o caso em normas sanitárias, tributárias, ou de combate à inflação). Apesar de muitas idas e vindas, e de uma jurisprudência muitas vezes vacilante, esta é, resumidamente, a maneira de solucionar os conflitos entre as legislações antitruste nacionais e comunitárias.⁴²

4.5.3. Mercosul

No âmbito do Mercosul, o diploma fundador do mercado comum, o Tratado de Assunção, não aborda expressamente a questão da concorrência sob o aspecto antitruste. O artigo 1º, porém, proclama ser o objetivo do acordo a eliminação de qualquer restrição não alfandegária à circulação de mercadorias, o que faz a doutrina considerar aí incluídas as eventuais restrições decorrentes de práticas anticoncorrenciais e do abuso do poder econômico.⁴³

Os países membros do Mercosul firmaram em 1996 um Protocolo de Defesa da Concorrência, conhecido como Protocolo de Fortaleza, promulgado no Brasil com o Decreto nº 3.602, de 18.09.2000.

O Protocolo de Fortaleza prevê a futura integração de suas normas aos sistemas jurídicos da cada país, com a harmonização das legislações nacionais. Há um rol exemplificativo de condutas consideradas como anticoncorrenciais e não se prevê o controle de concentrações, embora o artigo 7º acene com a sua futura instituição, o que até hoje não ocorreu. Por outro lado, é reconhecida a competência privativa dos Estados para os atos que gerem efeitos apenas em cada país respectivamente.

A falta de instituições comunitárias fortes como as européias, notadamente um Tribunal de Justiça, faz com que as normas

antitruste do Mercosul estejam muito mais no plano teórico e programático do que na realidade prática, e resta esperar e observar se os países estarão dispostos a efetivamente transferir parcelas significativas de suas próprias soberanias para órgãos supranacionais, cenário que hoje ainda parece distante.

4.5.4. Brasil

As normas antitruste, no Brasil, passaram por interessante evolução histórica, sendo marcante, ao longo do processo, a influência estrangeira, especialmente norte-americana.

O primeiro diploma a promover estruturalmente a repressão ao abuso do poder econômico foi a Lei nº 4.137/62, que tinha origem em regras constitucionais e penas de proteção da economia popular. A mencionada Lei criou o CADE, ainda que com características muito distintas das atuais, e regulava um tanto genericamente a repressão ao domínio dos mercados, às formações monopolísticas, ao aumento arbitrário dos lucros, à elevação de preços, à eliminação da concorrência e à concorrência desleal.⁴⁴

O Decreto nº 52.025/63, no entanto, dispensava de registro os acordos e ajustes que visassem realizar operações normais aos usos e praxes comerciais para contratos da mesma natureza, numa verdadeira carta branca a um sem-número de práticas e concentrações potencialmente anticoncorrenciais.

Por outro lado, como comentado anteriormente, houve momentos em que a política econômica governamental foi abertamente favorável à formação de grandes grupos empresariais nacionais, proporcionando a concentração do poder econômico não apenas consentida, mas estimulada, como foi o caso do II PND, nos anos 70.

Hoje, o arcabouço legislativo de defesa da livre concorrência tem esteio na Constituição Federal, notadamente no § 4º do artigo 173, que remete à lei a repressão ao “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concor-

rência e ao aumento arbitrário dos lucros”. E, com base nesse dispositivo, foi editada a Lei nº 8.884/94, que transformou o CADE em autarquia, dando-lhe atribuições e poder dos quais antes não dispunha, e regulou “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”.

A própria norma constitucional dá à matéria uma feição pluralista, concepção essa abarcada no artigo 1º da Lei nº 8.884/94, que define como suas finalidades a observância aos ditames constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão do abuso do poder econômico.⁴⁵

A conquista de mercado e o crescimento da empresa em razão de sua eficiência, sem abuso de poder econômico, são expressamente reconhecidos como legítimos na legislação (Lei nº 8.884/94, art. 20, § 1º).

Há o reconhecimento de que a política econômica pode ser uma justificativa para excepcionar a aplicação rigorosa das normas antitruste, como previsto no § 2º do artigo 54, mas é no mínimo discutível, no sistema constitucional brasileiro, se pode ser o CADE o juiz do que venham a ser “motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum”. A regra parece transformar o CADE em formulador de política econômica, o que é claramente fora do seu escopo de competência. Além do mais, segundo o artigo 174 da Constituição da República, o planejamento econômico estatal é meramente indicativo para o setor privado, e não determinante, o que torna obscura a constitucionalidade de regra que vincule a aprovação ou não de atos ou contratos de empresas privadas às decisões de política econômica, seja qual for o órgão governamental a decidilas e/ou implementá-las.

Como regra, a concorrência desleal é sempre reprimida, e o seu combate independente de haver ou não poder de mercado.

Por outro lado, a Lei Antitruste é refratária a quaisquer das formas de abuso de poder econômico, e não apenas àquelas que

afetem o consumidor, como se pode depreender dos artigos 1º e 21, V, da Lei nº 8.884/94.

Ainda assim, pode ser sentida na legislação uma forte influência da Escola de Chicago, na medida em que se adota o sistema da regra da razão⁴⁶ para a avaliação de concentrações potencialmente anticoncorrenciais, permitindo-se que estas sejam justificadas mediante a demonstração de ganhos de eficiência, além de outros requisitos, como se verifica do artigo 54, § 1º, da mencionada lei.

A forma jurídica dos contratos ou atos submetidos à apreciação do CADE é irrelevante e não inibe a aplicação das regras antitruste, pois o que importa são os efeitos econômicos que deles possam advir. Nessa linha, admite-se amplamente a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para fins de incidência das normas antitruste.

A Lei nº 8.884/94 criou parâmetros de presunção de poder econômico, como se verifica nos artigos 20, § 3º, e 54, §3º. Uma participação acima de 20% em determinado mercado relevante, ou um volume anual de faturamento bruto a partir de R\$ 400 milhões, coloca a empresa (ou o grupo de empresas) em situação de poder econômico presumido, e portanto sujeita a maiores restrições legais. Tais parâmetros servem mais para a análise estrutural, especialmente em matéria de concentrações, pois, como já se afirmou, em matéria de condutas mais importa a deslealdade da prática em si do que a situação econômica daquele que age.

O artigo 29 da Lei nº 8.884/94 dá ampla legitimação a qualquer um que se considere prejudicado por práticas anticoncorrenciais para ingressar em juízo, pedindo a cessação da prática e/ou indenização, e também permite o ajuizamento de ações coletivas.

Na mesma esteira de outros países, especialmente dos Estados Unidos e da União Européia, a lei brasileira também se considera aplicável de modo extraterritorial, na forma do artigo 2º.

O sistema de controle repressivo dos abusos do poder econômico se encontra cen-

trado nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94. Primeiramente há a definição teórica de tipos ilícitos, para em seguida ser feita uma listagem exemplificativa de condutas inaceitáveis. A doutrina critica a imprecisão técnica do legislador, que parece ter tentado compatibilizar o formalismo do jurista de origem civilística, romano-germânica, com a flexibilidade da regra da razão de origem norte-americana, e acabou criando certas confusões conceituais.⁴⁷

São várias as penas previstas para a prática dos ilícitos dos artigos 20 e 21, podendo chegar até mesmo à fragmentação compulsória da empresa ou grupo de empresas, em caso de reiteradas infrações, como prevê o inciso V do artigo 24.⁴⁸

A parte poderá, em qualquer fase do procedimento administrativo, acordar com a autoridade antitruste um compromisso de cessação da prática sob investigação, cujo cumprimento será posteriormente monitorado, tudo conforme previsão do artigo 53 da Lei nº 8.884/94.

No campo do controle preventivo, ou controle das concentrações empresariais, a legislação submete à apreciação do CADE “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços” (Lei nº 8.884/94, art. 54, *caput*). A regra da prévia apreciação do CADE, portanto, aplica-se a quaisquer formas de atos, não importando se de cunho societário ou meramente contratuais. Assim, para tais finalidades, pouco importa, por exemplo, se uma empresa faz uma cisão seguida de incorporação da parcela cindida por outra ou se há simplesmente a venda direta de ativos de uma empresa para a outra. Justamente por ser preventivo, esse controle independe da concretização de qualquer prejuízo à livre concorrência, bastando que a operação em questão seja potencialmente perigosa, ou seja, possa ter efeitos prejudiciais.

Como já se viu acima, os vislumbrados ganhos de eficiência econômica decorren-

tes da concentração poderão justificar a autorização do ato pelo CADE, desde que não seja substancialmente eliminada a concorrência, sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados e os eventuais benefícios sejam distribuídos equitativamente entre produtores de um lado e consumidores do outro (Lei nº 8.884/94, art. 54, § 1º). Nesse contexto, o CADE pode definir compromissos de desempenho para que seja assegurado o cumprimento das condições impostas na lei para a aprovação (Lei nº 8.884/94, art. 58).

Há a possibilidade de aprovação parcial ou com restrições, como já ocorreu em várias oportunidades. Podem ser citados os exemplos dos casos Kolynos, quando a concentração foi aprovada mediante a retirada temporária de uma marca do mercado, ou AMBEV, quando se impôs a obrigação de venda de uma das marcas de cerveja do grupo para terceiros.

Estes são, em apertada síntese, os principais contornos do sistema do controle do poder econômico existentes na legislação antitruste brasileira.

5. Conclusões

O presente trabalho não se pretende exaustivo. Os temas foram abordados aqui em linhas gerais, e são complexos.

O aparecimento e o exercício do poder econômico nos mercados é um dado da realidade, e o seu controle não é tarefa simples.

A legislação antitruste não deve ser utilizada para impedir o desenvolvimento e o crescimento legítimo das empresas, decorrente da eficiência, que é da essência do sistema econômico capitalista. Há quem defenda, por sinal, que o principal objetivo do Direito da Concorrência é justamente promover a eficiência econômica dos agentes no mercado, capaz de beneficiar os consumidores mediante a redução dos preços, ao passo que outros consideram a competição importante em si mesma, por permitir maior possibilidade de escolha para o consumidor.

De qualquer modo, é preciso reconhecer que a legislação antitruste é fortemente influenciada pelas ideologias prevaletentes em cada local e momento histórico e se presta a funcionar como instrumento de política econômica.

No Brasil, a matéria está regulada na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.884/94, que muito modificaram o regime jurídico anterior. O Protocolo de Fortaleza, de 1996, no âmbito do Mercosul, foi promulgado aqui em 2000.

O controle do poder econômico nos mercados está na ordem do dia. Resta esperar e observar atentamente como a questão evoluirá daqui em diante.

Notas

¹ NUSDEO, 1997, p. 317-319.

² SALOMÃO FILHO, 2002, p. 53-54.

³ Como veremos adiante em maior detalhe, de um modo geral as legislações antitruste não reprimem a obtenção do poder econômico por meio dos ganhos obtidos pela eficiência do agente econômico. Somente o exercício abusivo do poder econômico é que será considerado ilícito, não a pura e simples detenção de poder conseguida mediante concorrência lícita e leal no mercado, que nada mais é do que o objetivo perseguido por todas as empresas numa economia capitalista.

⁴ Um caso clássico de cartel que reforça o poder econômico dos seus componentes é a Organização dos Países Produtores e Exportadores de Petróleo, a OPEP, que estabelece quotas de produção e preços para o mercado mundial. Por ser uma organização internacional de países, em torno de um produto essencial, a OPEP pode se organizar explicitamente sem sofrer repressão legal, ficando sujeita apenas às condicionantes da política internacional.

⁵ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 278-279; NUSDEO, 1997, p. 314.

⁶ Para a análise das operações aqui citadas, e outras, no contexto de concentrações empresariais e acúmulo de poder econômico: Batalha, Neto (1996, p. 24-112).

⁷ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 244-245.

⁸ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 247. É interessante notar que a Lei das Sociedades Anônimas é contemporânea ao II Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), no qual o Governo Federal adotava como política pública o estímulo à formação de grandes grupos empresariais nacionais, como for-

ma de reforçar a competitividade internacional da economia brasileira. Ver: SOUZA (2003, p. 260).

⁹ NOTARI, 1996, p. 6.

¹⁰ Nesse sentido, vale mencionar um caso interessante analisado pela Comissão da Comunidade Econômica Européia, o caso Kodak, no qual os contratos entre a matriz e uma filial foram considerados irrelevantes para efeitos de concorrência, pois para tais fins as empresas já eram consideradas como uma só. Assim, considerou-se o grupo econômico como sendo uma empresa só. Ver: Comparato (1983, p. 384-385).

¹¹ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 87.

¹² SALOMÃO FILHO, 2002, p. 133.

¹³ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 134-135. É importante ressaltar que a teoria dos monopólios se aplica também a empresas que tenham grande participação em mercados nos quais os demais competidores são pulverizados. Em certas situações, porém, há monopolistas que podem ser induzidos a comportamentos tipicamente competitivos em virtude de baixas barreiras à entrada e de alta elasticidade cruzada da demanda. Daí ser necessária, para fins da legislação antitruste, a análise não só da situação de monopólio da empresa em questão, mas de toda a estrutura do mercado no qual atua.

¹⁴ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 135-136. Nas páginas subseqüentes, o autor identifica as principais críticas a essas análises em geral aceitas como caracterizadoras dos oligopólios. As ações conjuntas de várias empresas enfrentam inúmeras dificuldades de diferentes naturezas. Observa-se ainda, na prática, que a existência de poucas empresas num determinado mercado muitas vezes acarreta concorrência muito acirrada, e não acordos de oligopólio ou cartel.

¹⁵ Deve ser observado, no entanto, que oligopólios tendem a se converter em oligopólios, tendo em vista a articulação existente entre as empresas. De outra parte, os monopólios podem induzir as empresas à integração vertical, de forma a se formarem grandes grupos com poder econômico ainda maior, até mesmo monopolistas.

¹⁶ BATALHA; NETTO, 1996, p. 146.

¹⁷ FORGIONI, 1998, p. 200.

¹⁸ Como sempre, a economia apresenta modelos teóricos que não se verificam integralmente na prática. Não há produtos substitutos totalmente perfeitos, até mesmo porque o comportamento de cada consumidor nunca é idêntico ao do outro, e as mesmas variações de preços ou escassez de produtos terão resultados variáveis de acordo com uma série de outras condicionantes, como a situação da economia em geral, os hábitos locais, o nível de renda dos consumidores e outros dados.

¹⁹ Para os conceitos de oferta e demanda, elasticidade e demais bases analíticas microeconômicas, ver Nusdeo (1997, p. 261-300).

²⁰ Para descrição do problema, inclusive com exemplo do famoso caso *Du Pont*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual se discutiu a elasticidade cruzada de demanda entre o papel celofane e demais papéis de embalagem ver Posner (1998, p. 326).

²¹ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 104-105.

²² SALOMÃO FILHO, 2002, p. 103-104.

²³ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 42.

²⁴ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 43.

²⁵ FRIEDMAN, 2002, p. 392.

²⁶ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 66-69.

²⁷ Para uma análise crítica da Escola de Chica-go e da Escola de Freiburg ver Salomão Filho (2002, p. 22-28).

²⁸ BASTOS, 2003, p. 230.

²⁹ FRANCESCHINI, 1996, p.16.

³⁰ BATALHA; NETTO, 1996, p. 127.

³¹ SOUZA, 2003, p. 23.

³² Parecer nº AGU/LA-01/2001, DOU-I 25.04.2001, p. 13-15. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, principal entidade responsável pela aplicação da legislação antitruste no Brasil, não vem aceitando o parecer da AGU e vem se dizendo competente na matéria. Ver, p. ex.: Ato de Concentração nº 08012.004499/2002-77, DOU-I 18.02.2003, p. 18. O Judiciário ainda não decidiu esse conflito de competências, e, se não for editada lei complementar específica sobre o tema, a palavra final deverá ser do Supremo Tribunal Federal, por envolver matéria constitucional.

³³ ARAGÃO, 2003, p. 295. Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça parecem indicar uma tendência no Judiciário nesse sentido. No Mandado de Segurança nº 5.307-DF, decidiu-se que os serviços públicos concedidos de radiodifusão não são atividades econômicas sob regime empresarial, sendo regidos por normas específicas de Direito Público, com origem no artigo 21 da Constituição, não predominando a livre iniciativa e a livre concorrência consagradas no artigo 173 (Relator o Ministro Demócrito Reinaldo, julgamento em 14.10.98, íntegra do acórdão disponível na internet no site www.stj.gov.br). Os Tribunais reconhecem natureza diversa à atividade econômica desenvolvida direta e livremente pelo empresário daquela vinculada de alguma forma a um contrato administrativo. Nessa linha, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vem julgando inconstitucionais várias leis municipais que fixam uma distância mínima para a instalação de farmácias e drogarias, por implicarem restrição à livre concorrência e ao princípio da liberdade de iniciativa econômica privada (ver p. ex.: Recurso Extraordinário nº 203.909-SC, Relator o Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 14.10.97; e Recurso Extraordinário nº 199.517-SP, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 04.06.98;

ambos os acórdãos disponíveis na íntegra na internet no site www.stf.gov.br). Já numa hipótese em que tinha havido uma licitação para a instalação de uma lanchonete num terminal rodoviário, o Superior Tribunal de Justiça aceitou os argumentos do licitante vencedor para proibir a instalação de outra lanchonete no mesmo local, pois o edital reservara as demais lojas para outras atividades. A questão foi apreciada sob a ótica do Direito Administrativo e da Lei de Licitações, e não sob o viés da livre concorrência e da livre iniciativa. Ver Recurso Especial nº 147.666-GO, Relator o Ministro Hélio Mosimann, julgamento em 03.09.98, íntegra do acórdão disponível na internet no site www.stj.gov.br.

³⁴ SHENEFIELD; STELZER, 2001, p. 15-23.

³⁵ SHENEFIELD; STELZER, 2001, p. 16-17.

³⁶ SHENEFIELD; STELZER, 2001, p. 115-120.

³⁷ SHENEFIELD; STELZER, 2001, p. 111-113.

³⁸ FRIEDMAN, 2002, p. 392.

³⁹ O Tratado de Amsterdã, de 1999, modificou a numeração de vários artigos do Tratado de Roma. Os atuais artigos 81 e 82 equivalem aos originais artigos 85 e 86 do Tratado de Roma.

⁴⁰ FORGIONI, 1998, p. 164-169.

⁴¹ SUTHERLAND, 1991, p. 52-54.

⁴² PASTOR, 1995, p. 280-440. O autor discorre detalhadamente sobre a matéria, inclusive explicando os vários precedentes julgados ao longo do tempo pelo Tribunal de Justiça Europeu. É importante ressaltar, no entanto, que, mesmo quando aparentemente a competência for exclusiva do Estado, pode haver uma situação de competência concorrente. Há precedente, por exemplo, no qual o conjunto do território alemão foi considerado como parte substancial do mercado comum. Assim, embora não extrapolasse as fronteiras de um país, o caso mereceu aplicação do direito comunitário, pois haveria reflexos em toda a comunidade, e não apenas no país em questão. Ver Passos (2000, p. 29).

⁴³ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 46.

⁴⁴ BATALHA; NETTO, 1996, p. 124-125.

⁴⁵ A norma pátria não inclui, entre as finalidades específicas das regras antitruste, a defesa das pequenas empresas, que deverá ser promovida por outros meios. A Constituição Federal trata do tema no artigo 170, e não no artigo 173, o que parece justificar a opção do legislador ordinário.

⁴⁶ Embora a utilização da chamada regra da razão para o exame de concentrações empresariais revele de fato a influência do Direito Antitruste dos Estados Unidos, a aplicação do princípio da razoabilidade não é inovação ou particularidade da legislação de defesa da concorrência. Há muitos anos, o Supremo Tribunal Federal pondera alegações de inconstitucionalidade das leis com base no exame da razoabilidade das normas impugnadas. Sobre a matéria: Mendes (1998, p. 187-199), Barroso (1999, p. 209-234).

⁴⁷ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 74-77.

⁴⁸ A desestruturação empresarial como forma de repressão a reiteradas condutas anticoncorrenciais é uma das técnicas adotadas nos Estados Unidos, já tendo sido efetivamente aplicada em casos rumorosos, como os da *Standard Oil*, no início do século XX, e, mais recentemente, no caso da AT&T.

Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues. *O poder econômico perante o direito: estudos de direito econômico*. São Paulo: LTr, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 384-385.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRIEDMAN, Lawrence M. *American law in the 20th century*. New Haven: Yale University Press, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

NOTARI, Mario. *La nozione di 'controllo' nella disciplina antitrust*. Milano: Dott. A Giuffrè, 1996.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PASSOS, Fernando. O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 32, ano 8, jul./set. 2000.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen Publishers Inc, 1998.

Notas críticas sobre o conceito de corrupção

Um debate com juristas, sociólogos e economistas

Fernando de Barros Filgueiras

Sumário

1. Introdução. 2. A positivação das leis, o Estado e a corrupção segundo o positivismo jurídico. 3. Instituições, modernização e a corrupção segundo o estrutural-funcionalismo. 4. Racionalidade, instituições e a corrupção segundo a *public choice*. 5. Considerações finais.

1. Introdução

A teoria social do século XX marca uma virada importante para o racionalismo, a partir da qual a dimensão normativa deixa de ser considerada como objeto da ciência, que agora se utiliza da empiria informada ou por técnicas de pesquisa e pela história, buscando entender a política como de fato ela é. Nesse mesmo contexto, o período de mudanças sociais, políticas e econômicas geradas no início do século XX criou um profundo sentimento de dúvida sobre como ocorre a corrupção na política, dado o processo de racionalização e burocratização da ordem pública que lançam raízes desde o período do Iluminismo¹.

O propósito deste artigo é fazermos uma exposição crítica das teorias vigentes sobre a corrupção na política e averiguarmos os motivos segundo os quais esse fenômeno é entendido como um prejuízo ao bem comum a favor das vantagens privadas. O argumento fundamental a ser defendido neste artigo é de que, para falarmos em corrupção na política, precisamos colocá-la em relação com a capacidade dos indivíduos de uma

Fernando de Barros Filgueiras é Doutorando em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) e Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

dada comunidade política empreenderem ação coletiva mediante laços comuns sedimentados em uma ética, que modere os interesses a partir da *civitas*. Por decorrência dessa argumentação, o aparato institucional do Estado melhor funciona – no sentido de maior transparência e eficácia – quando certos valores dos participantes da ordem política se vinculam às leis positivas, legitimando essa ordem e assegurando a existência de certos valores que definirão a vida do corpo político e não sua corrupção. Ao passo dessa argumentação, afirmamos que as teorias sociais da corrupção, tratadas neste brevíário, prescindem desse recurso à ética entendida enquanto valor, afirmando serem as instituições políticas o fator de legitimidade que define a corrupção ou não da ordem.

Essa exposição crítica começará com teoria do positivismo jurídico e mostraremos como, segundo os autores dessa tradição teórica, a corrupção é uma decorrência de uma deslegitimação da ordem jurídica e da ineficácia das leis. A corrupção, entretanto, não pode ser o produto de leis ineficazes, mas de valores que os homens carregam consigo e compartilham num espaço público. Após a apresentação da concepção de corrupção segundo o positivismo jurídico, apresentaremos a concepção da teoria estrutural-funcionalista, com inspiração na obra de Parsons (1949), tendo como seu principal expoente a teoria de Samuel Huntington (1975), relacionando a modernização e a corrupção e a maneira de acordo com a qual esse fenômeno ocorre nas ordens políticas contemporâneas. Finalmente, fecharemos este brevíário com a teoria da *public choice* sobre a corrupção, que mostra como, quando existem indivíduos que monopolizam a burocracia, há uma tendência deles a sobrepor seus interesses privados ao interesse público, na medida em que são maximizadores de utilidade.

A constante lógica que perpassa as teorias sobre a corrupção, mesmo que elas estejam em dimensões epistemológicas diferentes, é que ela é entendida como a sobreposi-

ção dos interesses privados ao interesse público. Esse é o ponto de partida de todas as teorias sobre a corrupção e o núcleo lógico que define o conceito. Portanto, na medida em que envolve uma concepção de público, precisamos colocar o conceito de interesse em relação à ética na política, para que possamos falar das duas dimensões dialéticas que definem o conceito: a dimensão do público e a dimensão do privado.

E é essa concepção lógica do conceito de corrupção na política que resultará na crítica às teorias vigentes sobre esse tema. A tese é que essas teorias sobre a corrupção na política não a entendem a partir da capacidade de vida comum entre os indivíduos, apesar de partirem do mesmo pressuposto teórico. Porém a entendem como uma não efetivação das leis, como uma função da modernização, ou, finalmente, como um crescimento excessivo da burocracia do Estado, respectivamente, prescindindo da ética como o fator determinante da ordem política. É a comunidade que expressa o valor da ética nos negócios públicos e o sentimento de não-corrupção que perpassa um “bom” governo, atribuindo às suas instituições a devida confiança necessária para a efetivação da ordem jurídica e das políticas públicas, tendo em vista não a racionalidade estreita, mas o sentimento de justiça, de igualdade, de liberdade, de tolerância e outros sentimentos afins.

2. A positivação das leis, o Estado e a corrupção segundo o positivismo jurídico

O positivismo jurídico, ou teoria juspositivista, ocupa uma posição de destaque, enquanto corpo filosófico de teoria do direito, no contexto do Estado moderno. Na modernidade, é o positivismo jurídico a teoria responsável por racionalizar as questões que dizem respeito ao direito e à justiça, além de estabelecer, no contexto das sociedades complexas, formas de legitimidade política do Estado-Nação.

O intuito de recuperarmos as noções centrais do positivismo jurídico é deduzirmos o conceito de corrupção na política a partir da ótica das autoridades responsáveis por aplicar o direito. Para tanto, seguiremos o mesmo itinerário, guardadas as devidas proporções, exposto por Bobbio (1995) em seu *O Positivismo Jurídico*, no qual ele sintetiza muito bem um movimento de filosofia do direito que tem raízes de longo alcance histórico e que já atravessou dois séculos como a teoria que assegura o ordenamento jurídico². Esta exposição, vale ressaltar, não tem o objetivo de apresentar novas hipóteses a respeito dessa filosofia do direito, nem criticar seus pressupostos teóricos centrais, mas apenas jogar luz sobre um tema ainda pouco estudado, que seria a corrupção na política, do ponto de vista dos responsáveis por realizar o direito. Entretanto, ao derivarmos a concepção juspositivista da corrupção, não hesitaremos em tecer-lhe eventuais críticas metodológicas e conceituais.

O exame do positivismo jurídico, de acordo com Bobbio (1990), deve partir do seguinte problema: o que é preferível, um governo dos homens ou um governo das leis? A afirmativa juspositivista de que é preferível o governo das leis ao governo dos homens é a tese central desse corpo de filosofia e, certamente, demanda a reconstrução do edifício lógico-conceitual que perpassa a filosofia do direito desde Aristóteles (1985). O ponto de partida é a definição de dois tipos de direito: o *natural*, que cristaliza as concepções morais dos homens racionalmente formuladas mediante sua natureza; e o *positivo* como o direito da *civitas*, que organiza os conflitos particulares entre os homens.

É com a dissolução da sociedade medieval e a emergência do Estado moderno que o direito positivo ganhará em preponderância com relação ao direito natural pelo processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado. O preceito lógico inerente a essa monopolização jurídica por parte do Estado é exposto na leitura do clássico *Leviatã* de Hobbes (1979), o qual justifi-

cará a transposição da ordem jurídica sustentada no direito natural para a ordem jurídica sustentada no direito positivo, ou civil.

De acordo com Hobbes, os homens se organizavam em um estado de natureza no qual são todos iguais e todos têm o direito – natural – de usar a força necessária para defender seus interesses. Nesse estado de natureza, mediado pelo direito natural, não existe uma lei eficaz, porque, se cada um pode utilizar a força que for necessária para atingir seus interesses, não existirá jamais a garantia de que a lei será respeitada por todos, constituindo, dessa forma, um estado de anarquia permanente. Para sair desse estado de anarquia permanente, em que todos lutam contra todos, é necessário delegar toda a força para uma só instituição, a qual assegurará, legitimamente e de forma soberana, que todos obedeçam às leis, porque ela será a portadora de uma força irresistível e indiscutível. É o Estado, segundo Hobbes, que monopoliza o uso da força e constringe os homens a obedecer às leis por meio da coerção.

Portanto, como assevera Bobbio (1995), essa monopolização do uso da força legítima por parte do Estado, nos termos hobbesianos, cria o processo de subordinação do direito natural ao direito positivo, formalizando, dessa forma, a relação entre os homens por meio de instituições políticas responsáveis por apaziguar a guerra de todos contra todos e moderar as paixões transformando-as em interesses. De um lado, porque o Estado surge da finalidade de regulamentar as relações sociais e pôr termo ao conflito generalizado. E de outro lado, dada essa finalidade, passa a ter valor somente o direito positivo porque é aquele que se organiza a partir do poder de coerção do Estado. A definição do direito com base na monopolização da função jurídica por parte do Estado, por conseguinte, denota dois caracteres típicos que fundamentarão o positivismo jurídico enquanto corpo de filosofia do direito: (1) de que o direito é definido com base na autoridade que põe as normas, ou

seja, com base num elemento estritamente formal; e (2) de que o direito é definido como um conjunto de normas através das quais o soberano ordena ou proíbe certas ações por parte dos súditos, ou seja, o direito é imperativo.

O caráter da formalidade do direito, na perspectiva juspositivista, dado o primeiro pressuposto decorrente da filosofia hobbesiana, pode ser melhor expresso na herança deixada pela *Escola Histórica do Direito*. Seguindo o mesmo preceito da ineficácia da lei natural, Savigny (1949) aponta a variedade do homem, imputando uma concepção segundo a qual o direito não é único, mas varia no tempo e no espaço como todos os fenômenos sociais. A resultante dessa concepção é a idéia de que o direito não é fruto da razão mas produto da história. Essa vertente da filosofia do direito representa para o positivismo jurídico, dessa forma, a crítica mais radical ao direito natural, como o concebia o Iluminismo. Esse radicalismo da Escola Histórica resultará em um dos pilares do positivismo a partir da defesa que ela fazia da codificação, isto é, a substituição de normas consuetudinárias por um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas racionalmente através da história, como pretendia Thibaut (apud BOBBIO, 1995). O formalismo positivista estaria alicerçado, portanto, nas codificações, uma vez que estas representariam a “positivação do direito natural”³.

O formalismo juspositivista, decorrente do movimento de codificações, leva a encarar o direito não como um valor, mas como um fato, prescindindo de conotações morais ou valorativas que seriam próprias do direito natural. A idéia de formalismo conduz, portanto, ao preceito de que a validade da norma se funda apenas em sua estrutura formal e não em seu conteúdo ético. Além disso, o ordenamento jurídico, do ponto de vista formal, deve ser codificado de maneira tal que assegure sua coerência interna e sua completitude. Isto é, o caráter formal do direito não pode admitir normas antinômicas e que contenham lacunas.

O caráter imperativo do direito, por outro lado, diz respeito ao seu problema definicional em função do elemento de coação. Justamente por monopolizar o uso da força e ser produtor da lei, o Estado não deve prescindir da coerção como o elemento de efetividade da norma jurídica, que deve ser interpretada pelos súditos como um comando. Essa questão da norma como um comando pressupõe que o ato jurídico consista na conformação exterior do sujeito à norma, diferentemente da concepção naturalista, fundada na moral, que necessita apenas da adesão à norma por respeito à própria norma, ou seja, numa adesão interna necessária para a moralidade do ato.

Esse elemento coativo do direito foi modernamente expresso por Kelsen (1992), segundo o qual é o elemento central de definição do direito positivo, que tem por objeto a regulamentação do uso da força em uma dada sociedade. É dessa forma que o direito, segundo Kelsen (1999), é visto como um procedimento que regula o papel do Estado dentro da sociedade e do qual são derivados o regime político, a forma de governo e o conteúdo das instituições políticas⁴.

Retornando ao questionamento fundamental de Bobbio (1990), notamos então que é preferível, para os juspositivistas, o governo das leis ao governo dos homens, justamente porque este significaria a anarquia generalizada e a ausência de uma ordem legítima em função da existência de paixões incompatíveis, enquanto aquele, ao contrário, colocaria termo ao conflito generalizado e asseguraria padrões regulares de obediência às regras do jogo.

O positivismo jurídico é a concepção de acordo com a qual é necessário um soberano que monopolize o uso da força – o Estado – para que os homens possam participar de forma privada da criação do interesse público. O que deve ser destacado é que a norma jurídica, de acordo com o positivismo jurídico, materializa o interesse público, porque o mundo de paixões dá lugar a uma ordem racional, já que em um estado de na-

tureza é inconcebível haver ação coletiva a partir do momento em que todos estão em guerra contra todos, perseguindo apenas seus interesses privados. Por redundância, seria considerado um ato corrupto qualquer ato que infringisse a lei positiva, na medida em que é ela que materializa o interesse público da *civitas*.

Essa concepção decorre da idéia de Kant (1980) de que é impossível definir o bem comum a partir de orientações deduzidas da natureza humana, mas que é possível apenas com o uso da razão prática fundamentada na concepção de liberdade. Portanto, por se tratar de um empreendimento da razão, a norma jurídica materializa racionalmente o interesse público, uma vez que termina com a perseguição violenta dos interesses privados movidos a paixões e assegura o imperativo categórico de que “a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza” (KANT, 1980, p. 130). A norma jurídica, na perspectiva kantiana, portanto, por meio do uso da coerção⁵, garante esferas de liberdade individuais racionalmente perseguidas que fundamentam o único bem comum que assegura benefícios públicos: a liberdade.

O caráter formal do direito desvincula, então, a corrupção de qualquer ato moral ou ético, já que a norma está esvaziada de concepções sobre o bem e sobre o mal, mas a vincula à existência da própria norma, tornando-a um ato de desvio ou infração⁶. A corrupção, portanto, não significa, dada a formalidade do método juspositivista, uma infração à ética ou ao interesse público derivado da natureza humana, mas uma infração à lei emanada do Estado derivada formalmente da capacidade institucional de empreender coerção junto aos homens.

O fio condutor lógico da corrupção, que podemos derivar desde Aristóteles (1985), faz-se presente no juspositivismo. Da mesma forma, a corrupção significa a subordinação do interesse público ao interesse privado. No entanto, o interesse público somente é possível mediante normas formalmente

constituídas pelo poder soberano, a partir da delegação do uso da força a uma autoridade responsável por garantir a paz. O pressuposto juspositivista de que o direito positivo se torna eficaz como instrumento da paz entre os homens no estado de natureza, a partir do caráter formal e do conteúdo coercitivo da norma, encobre a necessidade de que haja o consentimento dos homens em torno da constituição do poder soberano, como mostra Kelsen (1992) por meio de seu princípio da eficácia.

Podemos afirmar, portanto, que existe no bojo do positivismo jurídico uma lacuna conceitual no que tange à questão do interesse público. Se a norma materializa o interesse público, os próprios juspositivistas, desde Hobbes (1979), consideram que é necessário um interesse comum, ou seja, um interesse compartilhado por todos anteriormente, que seja apenas no momento da formação do pacto social, para que haja um poder soberano eficaz e, por redundância, uma norma jurídica eficaz. O princípio da eficácia da norma de Kelsen, portanto, contradiz o princípio segundo o qual a norma reproduz o interesse público ou o bem comum, na medida em que, para que a eficácia exista, é necessário um consentimento anterior que transpõe o estado de natureza na acepção hobbesiana. A noção de acordo com a qual a corrupção, portanto, é uma infração formal da lei esquece de que esta é assentada sobre uma concepção moral em torno do bem comum que a antecede e cria sua eficácia. A corrupção, nesse sentido, transcende os próprios limites da norma jurídica, estando tributada à capacidade de uma dada comunidade empreender coletivamente, por meio do consentimento, a eficácia da ordem política.

3. Instituições, modernização e a corrupção segundo o estrutural-funcionalismo

A teoria estrutural-funcionalista parte do pressuposto geral de que sociedade pode ser

entendida como um grande sistema constituído por múltiplas partes, cada qual exercendo um papel dentro do sistema geral e se relacionando a partir de determinado *input* e *output* à semelhança de um grande computador que processa informações. No caso da sociedade, o sistema é o *processo* pelo qual estará assegurada a existência de uma ordem social que impute a paz junto aos indivíduos.

Apesar da grande influência do funcionalismo de Durkheim (1983), que concebia a sociedade de maneira organicista mediante o conceito de função, Parsons (1949) avança no paradigma funcionalista, agregando ao método de abordagem do corpo social pelas conseqüências dos fatos sociais uma abordagem estrutural. De acordo com Parsons, mesmo que imaginemos a sociedade como uma organização constituída de várias partes, em que cada uma exerce um papel, o objeto da sociologia não é a relação entre essas partes, mas o *processo sistemático através do qual os indivíduos praticam suas ações no cotidiano*. É nesse sentido que o autor irá conceber o sistema geral de ação como a grande síntese dos processos cotidianos de ação dos indivíduos, organizados em uma dimensão estrutural que se reitera ao longo do tempo.

O Sistema Geral de Ação de Talcott Parsons (1949) é uma teoria que visa, de uma forma ampla, a organizar e entender a maneira como os indivíduos estabelecem a ação social no mundo, tendo em vista os aspectos coletivos e individuais que perpassam as atitudes e os comportamentos do homem na sociedade.

A ação social é o ponto central da teoria sociológica parsoniana e projeta um quadro extremamente amplo e complexo por meio do qual o autor delimita sua teoria nos contornos da noção de sistemas de ação. O interessante é notar que a ação social, para Parsons, adquire significação a partir da subjetividade do ator, isto é, a partir da percepção que este tem do contexto no qual está inserido, de suas motivações e reações que

se apresentam à sua própria ação. Contudo, o autor não limita sua análise somente no ponto de vista subjetivo do ator, ele analisa a ação pela dicotomia entre situação e ator. A inovação que Parsons introduz nas teorias da ação social é colocar o agente no contexto no qual está inserido. O meio no qual está inserido impõe ao ator determinadas escolhas que serão fundamentais na sua ação em si. O ator de Parsons é o ser dentro de um ambiente no qual ele reage às situações colocadas diante de si e para as quais emite uma resposta. Em outras palavras, é o ser dentro de uma estrutura social que apresenta uma totalidade de unidades-agentes responsáveis por lhe emitir códigos estruturantes que possibilitarão a interação dessas unidades.

O sistema de ação, segundo o autor, exige três condições por meio das quais é possível detectar as unidades do sistema. Primeiramente, o sistema deve ter uma *estrutura*, isto é, modalidades organizadas que constituam elementos estáveis e recorrentes que sirvam de ponto de referência para o ator executar sua ação no âmbito do sistema em questão. Em segundo lugar, o sistema deve implementar certas *funções*, mediante as quais ele pode satisfazer suas necessidades elementares. Finalmente, o sistema deve ter um *processo* por meio do qual certas regras serão cumpridas pelos partícipes do sistema.

São quatro as variáveis estruturais do sistema geral de ação de Parsons. Valores, normas, coletividade e papéis informam ao agente as regras do convívio social e os mecanismos pelos quais eles organizarão a distribuição de recursos e benefícios produzidos pela sociedade. São todas as formas recorrentes de interação que se institucionalizam em formas organizadas de relacionamento.

Os requisitos funcionais do sistema de ação parsoniano também são quatro, a saber: adaptação, consecução dos objetivos, integração e latência. Por adaptação, Parsons entende aquelas relações que conectam o agente a seu meio exterior, sendo este

entendido pelo autor como um outro ou vários outros sistemas, que podem ser de ação ou de não ação⁷. A adaptação é o meio pelo qual o sistema buscará os recursos necessários para servir às suas necessidades básicas, isto é, o meio pelo qual ele garantirá a sobrevivência dos indivíduos participantes. Por consecução dos objetivos, o autor entende as ações que definem os fins do sistema, que devem ser perseguidos metodicamente pelos atores. Como integração o autor entende a função estabilizadora do sistema, mediante a qual este manterá sua coerência interna e a solidariedade de suas partes, possibilitando sua continuidade e seu funcionamento. Por último, Parsons entende por latência um conjunto de unidades-ato que asseguram as devidas motivações aos atores, isto é, que “canalizam” as energias do sistema.

As dimensões funcionais do sistema de ação estão relacionadas às variáveis estruturais, que asseguram o cumprimento dessas funções e garantem sua continuidade. Os valores atendem à função de latência do sistema. As normas cumprem a função integradora, ensejando coerção junto aos indivíduos por meio de dadas situações presentes no cotidiano. A coletividade, de acordo com Parsons, é a variável estrutural que cumpre a função de consecução dos objetivos, os quais são consensos para se alcançar os fins fundados nas sociedades modernas, por meio da comunidade. Finalmente, os papéis cumprem a função de adaptação, em que os indivíduos interagem e criam as situações do cotidiano.

O sistema de ação parsoniano compreende elementos e fatores que perpassam a vida dos indivíduos e é assentado na interação de quatro subsistemas, a saber: *o subsistema de cultura, o subsistema físico-biológico, o subsistema da personalidade e o subsistema societal ou social*. Esses quatro subsistemas são definidos de acordo com as categorias que os diferenciam, compondo o que o autor nomeou de *paradigma de diferenciação do sistema de ação*.

Parsons parte do sistema social para efetuar sua análise, tomando-o em interação aos outros três subsistemas. O subsistema físico-biológico diz respeito a todos aqueles recursos mobilizados pela sociedade que visam a garantir a vida dos indivíduos no que tange à sobrevivência, aos quais o subsistema social recorre. O subsistema cultural fornece a legitimação para o subsistema social e o subsistema da personalidade fornece as motivações individuais do sistema geral de ação, que garantem o engajamento dos indivíduos à ordem social. Parsons afirma que o sistema social exerce a função integradora do sistema geral de ação. Segundo Parsons (1969, p. 9):

“In the functional terms of our paradigm, the social system is the integrative subsystem of action in general. The other three subsystems of action constitute principal environments in relation to it.”

Nos deteremos, daqui em diante, somente no sistema social, seguindo a visão geral de Parsons, no qual está contida a noção de política desse autor. O sistema social, para Parsons, é composto por quatro outros subsistemas, a saber: a política, a economia, a comunidade societária e a socialização.

A interdependência entre esses quatro subsistemas é que forma, para o autor, o sistema social. Aqui é um ponto em que a influência de Weber (1999), para o qual a política é tomada no mesmo patamar da economia e dos demais subsistemas, é forte em Parsons, que tenta dar conta desse complexo mosaico que é o sistema social, analisando suas partes e os mecanismos que as unem umas às outras⁸.

De acordo com Parsons (1969), o conceito chave para se explicar a política é o conceito de *institucionalização da ordem normativa*. Segundo o autor, a institucionalização da ordem normativa é o elemento por meio do qual um sistema procedimental, que codifica o uso do poder, torna-se significativa para os membros de uma dada coletividade. Mais especificamente, a instituciona-

lização é a construção de códigos simbólicos, legitimados socialmente, por meio dos quais o poder fará a mediação na organização social mediante canais que assegurem à autoridade sua eficácia na implementação de metas coletivas.

É importante destacar que o poder, para Parsons (1969), é um dos elementos responsáveis pela interação dos atores no sistema social, adquirindo um caráter simbólico, assim como o dinheiro para a economia. O poder faz a mediação nas interações entre indivíduos ou grupos no que tange à formação e tomada de decisão relativa aos objetivos fundados pela comunidade societal. Contudo, o poder em Parsons está atrelado a uma interação instrumental entre os atores, sobretudo para integrar os demais subsistemas do sistema social em torno de uma ordem. Isto é, os agentes sociais buscam adequar meios para a busca de um fim racionalmente formulado⁹. O poder, portanto, segundo a teoria parsoniana, é o modo pelo qual os atores expressam seus interesses ao sistema, na tentativa de *persuadir* os demais envolvidos acerca da alocação dos recursos da sociedade¹⁰. De acordo com o autor:

“Power is here conceived as a circulating medium, analogous to money, within what is called the political system, but notably over its boundaries into all three of the other neighboring functional subsystems of a society (as I conceive them): the economic, integrative, and pattern-maintenance systems” (PARSONS, 1969, p. 360).

Como pode ser percebido, Parsons entende a política dentro do contexto maior das sociedades modernas. Conforme o autor, a política não é uma esfera que funciona por si só; está relacionada com as outras dimensões do sistema social e dentro do sistema geral de ação, mediante o qual o homem age e intervém no mundo. Logo, é o intercâmbio entre as dimensões do sistema social, entendido a partir de seu *processo*, e não da racionalidade inerente à ação apenas, que explica a política e, por decorrên-

cia disso, a ação dos participantes do sistema social.

O intercâmbio entre a economia, que expressa a função adaptativa do sistema social, e a política forma o que o autor denomina sistema de mobilização de recursos. Por meio desse sistema é que ocorrerá o controle da produtividade, mediada pelo poder e pelo dinheiro. A economia informa à política os recursos à disposição da sociedade (*input*) e esta decide, por meio da política, sobre a alocação dos recursos (*output*), em princípio, escassos.

O intercâmbio entre a política e a comunidade societal é que assegura, para Parsons, a eficácia do sistema. A comunidade societal exerce a função integrativa do sistema social por um conjunto de normas e leis que tornam possível o controle social. É nesse ponto que Parsons desenvolve um de seus conceitos centrais para explicar a política: o conceito de influência. A influência, segundo o autor, é a contrapartida do poder constituído da autoridade central, implementada pela comunidade societal, visando a eficácia das decisões tomadas no sistema político. A comunidade societal, por meio de suas instituições e associações, exerce pressão junto ao sistema político, tentando influir nas decisões deste, apresentando requerimentos, demandas e interesses. A influência, de acordo com o autor, ocorre por meio de atos comunicacionais, que se utilizam da persuasão como instrumento de convencimento dos participantes do sistema. Os indivíduos, ou grupos, no contexto da política, advogam intencionalmente seus interesses, tentando convencer os demais atores acerca das questões colocadas na política¹¹.

A conexão entre a comunidade societal e a política se faz por meio da influência. Nesse sentido, cabe destacar que o conceito de influência parsoniano significa o *input* do intercâmbio entre o sistema político e a comunidade societal, ou seja, a participação dos indivíduos na formação das metas coletivas do sistema social. A influência, de

acordo com Parsons, garante a efetividade das decisões políticas, além de tornar a liderança política responsável diante da coisa pública. A conexão entre política e comunidade societal garante a eficácia das decisões, uma vez que a segunda passa a dar, de acordo com o autor, o devido suporte a estas, configurando o sistema de suporte político. Parsons chama a atenção para o fato de que o grau de influência da comunidade societária sobre a política é diretamente proporcional ao grau de organização daquela – que se dá por meio da presença de uma vida associativa ampla que resolve os problemas da ação coletiva. A influência demanda, então, da estrutura normativa e procedimental do sistema social a liberdade de associação e de voto, que amplia as formas de solidariedade entre os indivíduos, que se expressa por meio da confiança interpessoal e da confiança que estes têm nas instituições do sistema.

Finalmente, a relação entre a política e a socialização forma o sistema de legitimação, que envolve o universo dos valores e motivações dos agentes sociais. Esse sistema utiliza os compromissos formados entre a política e a socialização. Do lado do *input* do sistema, a política oferece a responsabilidade de funcionamento, enquanto os valores fornecem a legitimação da autoridade. Do lado do *output*, o poder público oferece a responsabilidade moral quanto aos interesses coletivos, enquanto a socialização sinaliza os elementos legais sobre os quais se apóia a autoridade dos políticos.

O mérito do modelo parsoniano certamente é descobrir os elementos que ligam a política aos demais componentes da estrutura social e o modo como é interdependente dos demais. Entretanto, o modelo parsoniano é empregado somente em sociedades modernas que passaram por formas de desenvolvimento que levam aos quatro subsistemas do sistema social. Ou seja, a tentativa de síntese que o autor empregou para analisar as sociedades encobre possíveis patologias do próprio sistema. Apesar de o

modelo parsoniano ser coerente, lógico e consistente internamente, a tentativa desse autor de elaborá-lo com grau elevado de generalidade fez com que este perdesse a sua capacidade de explicação. Além disso, Parsons (1949) encerrou todo o seu modelo geral de ação dentro de quatro funções básicas que o estruturam, não dando abertura para processos de mudança social.

No que tange ao fenômeno da corrupção, por sua vez, a teoria estrutural-funcionalista tem uma visão muito peculiar desse tema. Tem na figura de Samuel Huntington (1975) o principal teórico que estudou a corrupção como um fenômeno inerente às ordens políticas. O autor coloca o tema da corrupção funcional e estruturalmente ligado ao fenômeno da modernização, concebendo-o como “uma medida da ausência de institucionalização política suficiente” (HUNTINGTON, 1975, p. 72). A preocupação central dessa abordagem é: *como as sociedades modernas conseguem construir uma ordem política estável, dado o processo de modernização política, econômica e social, mediante o qual são alterados os valores sociais básicos da sociedade, gerando incertezas e uma não aceitação das normas tidas como tradicionais*. Além disso, a modernização, segundo esse autor, contribui para a ascensão de novos grupos sociais à cena política e para a expansão da autoridade governamental e a multiplicação de atividades sujeitas ao controle do governo.

Portanto, a teoria estrutural-funcionalista quando trata do fenômeno da corrupção, parte do pressuposto de que as sociedades se modernizam e que o resultado dessa modernização depende de fatores estruturais e funcionais decorrentes da mudança, os quais informam o patamar que determina a sociedade ocupa no desenvolvimento, sendo que a corrupção varia conforme essa posição. Por outras palavras, o que a teoria estrutural-funcionalista afirma sobre a corrupção é que ela é um problema funcional e estrutural de uma dada sociedade, tendo em vista o estágio de desenvolvimento desta¹².

De acordo com Samuel Huntington, a “corrupção é o comportamento de autoridades públicas que se desviam das normas aceitas a fim de servir a interesses particulares” (HUNTINGTON, 1975, p. 72), sendo, como afirmamos acima, mais comum em algumas sociedades do que em outras e, como mostra o autor, mais comum em algumas etapas da evolução de uma sociedade do que em outras. A definição desse autor parte do problema da institucionalização política, que significa uma aceitação comum entre os atores políticos das normas do sistema, assegurando estabilidade e previsibilidade das ações tomadas a partir do sistema. A partir dos pressupostos gerais do estrutural-funcionalismo, podemos verificar que o autor parte de ambas as dimensões teóricas da concepção sobre a sociedade: *a estrutural, em que o autor põe a corrupção como uma função da institucionalização, e a funcional, que, como veremos adiante, informará a peculiaridade dessa teoria sobre o tratamento do fenômeno da corrupção.*

Os critérios adotados por Huntington para verificar o grau de institucionalização são quatro pares dicotômicos de análise a partir dos quais é possível abordar as instituições políticas como padrões de comportamentos previsíveis dos atores, legítimos e recorrentes.

O primeiro critério de institucionalização política parte da verificação da *adaptabilidade* ou da *rigidez* das instituições em relação à mudança. Como afirma o autor, é uma característica organizacional adquirida, por meio da qual as instituições ganham flexibilidade frente à modernização. A adaptabilidade das instituições à mudança, segundo o autor, assegura certos padrões de recorrência das normas do sistema, ao passo que a rigidez torna inaceitável certos comportamentos que são aceitáveis na modernidade. Dessa forma, o critério de adaptabilidade é um padrão de recorrência das normas, objetivando a institucionalização.

O segundo critério de institucionalização política parte da verificação da *complexidade* ou da *simplicidade* das organizações em relação à mudança. A complexidade é a multiplicação de subunidades organizacionais destinadas a resolver os problemas da sociedade que aumentam na proporção da modernização. Sistemas políticos complexos garantem maior lealdade dos membros e maior capacidade de resposta às pressões sociais e políticas. Em campo diametralmente oposto, sistemas políticos simples, dependentes de poucos indivíduos, são os menos estáveis e que mais facilmente sucumbem às pressões da sociedade, na medida em que não as conseguem responder satisfatoriamente.

O terceiro critério de institucionalização adotado por Huntington é o par dicotômico *autonomia* e *subordinação*. A autonomia é a capacidade com que as organizações do sistema político são independentes de certos grupos sociais. Por outras palavras, a autonomia das instituições políticas ocorre quando elas não são instrumentos do interesse de grupos sociais específicos – como família, classe ou clã – mas possuem seu próprio interesse e valor, por princípio universais¹³. A ausência de autonomia – subordinação – implica corrupção na medida em que as instituições estão atreladas aos interesses de grupos específicos da sociedade, que se insulam no aparelho estatal predando a coisa pública a favor de seus exclusivos interesses.

Finalmente, o quarto par dicotômico de análise da institucionalização é a *coesão* ou *desunião* das organizações da política. Quanto mais coesos são os membros de uma dada organização, segundo Huntington, mais institucionalizada ela é. A coesão assegura disciplina burocrática e maior capacidade de coordenação política entre as unidades do sistema, resultando num padrão de eficiência e articulação do interesse público.

Dados os quatro critérios de institucionalização política, segundo Huntington, a corrupção se torna mais evidente quando

não há institucionalização política satisfatória que dê conta de tornar as normas do sistema aceitas pelos diferentes grupos presentes na arena política. A modernização, acompanhada de baixa institucionalização, de acordo com esse autor, cria um *hiato político* mediante o qual a corrupção política ocorre. Quando as organizações do sistema são rígidas, simples, subordinadas e apresentam desunião entre seus membros, a probabilidade de que a corrupção se torne recorrente e um padrão de articulação de interesses é enorme. Esse autor observa a corrupção como fruto da modernização, ou seja, como fenômeno decorrente das mudanças sociais e políticas, que tem seu grau proporcionalmente determinado pela institucionalização.

Quando as organizações do sistema político não são adaptáveis às mudanças, as normas deixam de ser legítimas, criando um descompasso entre a ação dos grupos sociais e as instituições, tornando muitas vezes alguns comportamentos aceitos como modernos, corruptos de um ponto de vista tradicional. De outro lado, quando a modernização ocorre em sociedades cujas instituições não são complexas, a oportunidade para que a corrupção ocorra é muito grande na medida em que o poder é dependente de poucas pessoas. Quando a modernização ocorre em sociedades cujas instituições políticas estão subordinadas a grupos sociais específicos, o produto da mudança fica concentrado nas mãos desses grupos, a partir do momento em que eles se utilizam dessas instituições para corromper o sistema e articular seus interesses, ou seja, capturam a burocracia do Estado para perseguir seus fins privados. Por fim, quando as instituições não são coesas, não há disciplina burocrática e coordenação política, fazendo com que a modernização, que amplia as atividades sujeitas ao controle do governo, crie a oportunidade para que burocratas se utilizem do aparelho estatal para tirar vantagens pessoais.

De acordo com Huntington, a corrupção é, então, uma função da modernização

acompanhada de baixa institucionalização política, que cria, incentivos para que certos grupos sociais se utilizem da coisa pública para auferir benefícios privados. O autor aborda ainda três tipos de relação que ressaltam a corrupção no setor público.

Primeiramente, a modernização altera os valores da sociedade, que, se não tem institucionalização política da ordem, resulta em incertezas e instabilidade, emergindo a decadência institucional e a corrupção generalizada, na medida em que as normas do sistema não têm valor em si.

“O comportamento que era aceito e legítimo pelas normas tradicionais, torna-se inaceitável e corrupto quando visto de um ângulo moderno. Numa sociedade em modernização, a corrupção é, em parte, portanto, não tanto o resultado do desvio do comportamento das normas aceitas quando do desvio das normas dos padrões estabelecidos de comportamento. [...] O conflito entre as normas modernas e as tradicionais dá margem a que os indivíduos ajam de forma não justificada por nenhuma delas” (HUNTINGTON, 1975, p. 73).

Em segundo lugar, a modernização contribui para a ascensão de novos grupos sociais à arena política, estabelecendo um ambiente propício a comportamentos corruptos por meio da criação de novas formas de riqueza e de poder. Em arranjos institucionais pouco adaptáveis e subordinados, esses novos atores tendem a ser corruptos pela estrita ausência de instituições políticas eficazes para intermediar a relação entre o público e o privado mediante sanções aos comportamentos desviantes.

Finalmente, a expansão da intervenção estatal cria incentivos para a corrupção, ou seja, a modernização “estimula a corrupção pelas mudanças que produz na parte dos resultados (*output*) do sistema político” (HUNTINGTON, 1975, p. 75). A multiplicação de atividades sujeitas ao controle do governo torna-se uma fonte de corrupção na

medida em que a modernização colabora para o insulamento do Estado em relação à sociedade por meio da burocratização e da especialização técnica, sujeitas à captura por determinados grupos sociais. Caso não haja institucionalização política suficiente, a expansão das atividades governamentais, gerada pela modernização, cria incentivos para a corrupção.

Como nos mostra Huntington, a corrupção é uma função do processo de modernização das sociedades, que é tão maior quanto maior for o hiato político resultante da mudança social, política e econômica, ou seja, quanto maior for o descompasso entre instituições – normas – e comportamentos – valores. No entanto, como destaca o autor, a corrupção pode exercer uma *função* importante no desenvolvimento econômico e político, sendo um meio para superar a rigidez burocrática que emperra o crescimento econômico e um meio para superar as normas tradicionais, fazendo com que novas elites sejam incluídas na arena política via compra de cargos públicos. É essa a visão tão peculiar ao estrutural-funcionalismo sobre a corrupção. Os autores dessa vertente teórica observarão na corrupção uma função no desenvolvimento. O argumento básico é que a corrupção pode ser benéfica ao desenvolvimento na medida em que ela desobstrui barreiras burocráticas e facilita o investimento econômico, auxiliando a sociedade na modernização. O melhor tratamento desse problema da função da corrupção política na sociedade é mostrado no controverso artigo de Joseph Nye (1967), publicado na *American Political Science Review*.

Nye objetiva revisar o conceito de corrupção, fazendo uma análise de seus custos e de seus benefícios no contexto do desenvolvimento político. De acordo com esse autor, até então o conceito de corrupção tinha uma conotação moralista, que encobria a dinâmica mediante a qual esse fenômeno ocorre e quais as causas e conseqüências desse fenômeno para o Estado e para a socie-

dade. Nesse sentido, é necessário fazer uma análise dos custos e dos benefícios da corrupção, tendo em vista o processo de modernização em curso e as dimensões estrutural e funcional do problema.

No campo dos benefícios da corrupção, Nye (1967) cita o desenvolvimento econômico, a integração nacional e o aumento da capacidade do governo por meio dos vícios privados que, em princípio, gerariam benefícios públicos. No que tange ao desenvolvimento econômico, o autor vê a corrupção como instrumento para a formação de capital privado, que seria utilizado pelo governo para investimentos por meio do aumento de receitas com a ampliação de impostos. A corrupção também ajuda no desenvolvimento econômico por meio da superação de barreiras burocráticas. Além disso, a corrupção cria incentivos para investimentos estrangeiros e de grupos minoritários na economia nacional. No que tange aos benefícios da corrupção para a integração nacional, o autor cita a integração das elites em torno de um consenso nacional de desenvolvimento, além de catalisar a transição de valores tradicionais para valores modernos das não-elites¹⁴. Finalmente, dadas as duas conseqüências possíveis da corrupção mencionadas acima, ela colabora para o aumento da capacidade governamental por meio da centralização do poder em função das mudanças estruturais em curso¹⁵.

No campo dos custos da corrupção, o autor cita-os no espaço diametralmente oposto ao dos benefícios. A corrupção pode prejudicar o desenvolvimento econômico, a integração nacional e a capacidade do governo. Em face do desenvolvimento econômico, a corrupção favorece a emissão de capital para paraísos fiscais, retirando-o do país em que esses recursos foram acumulados, além de criar uma distorção dos investimentos econômicos. Ademais, a corrupção representa uma perda de tempo e energia em função dos custos de transação inerentes, além de custos de oportunidade decorrentes da dependência ao capital estrangei-

ro. No que diz respeito aos custos da corrupção à integração nacional, a corrupção favorece revoluções sociais, golpes militares e segregação étnica. Isso porque as instituições políticas de dada sociedade em processo de modernização carecem de institucionalização política satisfatória, resultando em instabilidade e não aceitação da norma vigente no sistema. Como produto dos custos anteriores, a capacidade do governo se vê reduzida na medida em que há uma redução da capacidade administrativa, decorrente da inefetividade dos programas governamentais, e uma decadência da legitimidade do regime político.

A análise dos custos e dos benefícios da corrupção, no entanto, deve ser realizada, como chama a atenção Nye (1967), no contexto do desenvolvimento político de cada país. Por outras palavras, a corrupção somente é benéfica se o contexto político e social for favorável, isto é, se apresentar uma tolerância cultural elevada e de grupos dominantes, a existência de segurança para membros de partidos opostos e a existência de mecanismos societais e institucionais de controle sobre o comportamento corrupto. De outro lado, se essas condições não forem observadas, a corrupção provavelmente resultará na instabilidade e em obstáculos para o desenvolvimento, tais como os custos relacionados acima.

O que é fundamental apreendermos da teoria estrutural-funcionalista, por conseguinte, é que mesmo essa visão peculiar sobre o fenômeno parte do mesmo pressuposto geral: de que a corrupção é uma subordinação do interesse público ao interesse privado. Entretanto, esses autores não definem claramente o que é o interesse público e se as instituições políticas são suficientes para materializá-lo, já que os autores desse corpo teórico analisam a corrupção em função da institucionalização. O suposto lógico é que, se a corrupção ocorre a partir da institucionalização, é necessário precisar a forma segundo a qual ela implicará a formação do interesse público.

4. Racionalidade, instituições e a corrupção segundo a public choice

Em contraste com a perspectiva anterior para o fenômeno da corrupção, os economistas da *public choice* partem do pressuposto teórico de que os indivíduos agem tendo em vista uma aritmética dos benefícios menos os custos de ação, cujo produto – os incentivos seletivos – informará o curso da ação e a racionalidade inerente. Tal perspectiva decorre do entendimento da racionalidade de um ponto de vista tido como realista, capaz de compreender os fenômenos sociais de uma maneira generalizante. Além do pressuposto da racionalidade como forma de interação estratégica, a *public choice* segue o pressuposto de que o mercado cumpre a função de alocar bens e serviços produzidos pela sociedade, na medida em que é a única esfera da vida social na qual os atores agem impessoalmente. Dessa forma, o mercado perfeito assegura a devida simetria nas relações entre os agentes privados e a eficiência na alocação de bens públicos a partir de trocas impessoais que maximizam a utilidade esperada. Além disso, na dimensão do Estado, caso haja um mercado perfeito e os burocratas se comportem de maneira estritamente pública, as decisões também serão impessoais e os agentes públicos maximizarão o bem-estar coletivo. Contudo, os economistas da *public choice* reconhecem que os mercados não são perfeitos – apresentam assimetrias de recursos e informação entre os agentes – e que os agentes públicos do Estado não se comportam de maneira pública, fazendo com que haja distorções nas decisões tomadas.

Antes de compreendermos as questões centrais da *public choice* enquanto corpo de teoria política, remontaremos ao problema da racionalidade dos agentes sociais, que será fundamental para a concepção do conceito de corrupção. Para isso, retomaremos as categorias centrais da teoria da escolha racional a partir dos argumentos de Downs (1957), Elster (1989a) e Olson (1999).

O ponto de partida da teoria da escolha racional é a concepção weberiana da ação racional como uma busca pela satisfação dos interesses. Por outras palavras, Weber (1999) nos diz que a análise sociológica deve partir do método de observação da sociedade mediante o indivíduo e não mediante o coletivo¹⁶. O ponto central é seu conceito de ação social como aquela em que indivíduos racionais praticam certo curso de ação com base na ação de terceiros¹⁷. Isto é, o conceito de ação social é tudo aquilo que o indivíduo leva em consideração para escolher certo padrão de agência: o comportamento de outros agentes, antecipando a ação dos terceiros por meio de um cálculo de benefícios menos os custos da ação.

É a partir dessa inspiração que Downs (1957) afirmará ser o homem um indivíduo que age conforme um conjunto de preferências fixo, resultante do cálculo que os agentes sistematicamente fazem dos benefícios da ação menos seus custos. O autor afirma que essas preferências podem ser colocadas em um continuum entre pares dicotômicos que podem representar as diferentes clivagens de uma ordem política ou social. O pressuposto geral, então, é que o ponto de partida para a análise sociológica e política é a observação empírica das preferências, que informam as razões segundo as quais a ação ocorre. Além disso, essa capacidade de organização das preferências dos atores por parte do analista é que possibilita, como observa Downs, a idéia de uma ciência da política, isso em nome de um suposto realismo que preconiza o entendimento da política “como de fato ela é”, ou seja, o mundo dos interesses, do conflito de interesses e da coerção.

A partir desse pressuposto lançado por Downs, Olson (1999) afirma ser a dimensão estrutural da sociedade não explicativa das ações praticadas pelos atores na arena social e política. Olson (1999) afirma que a ação coletiva somente ocorrerá quando existirem mecanismos de coerção que criem incentivos seletivos que obriguem a participação

dos indivíduos. O autor não está preocupado com a dimensão privada, uma vez que nesta os indivíduos agem de forma exclusivamente individual, mas está preocupado com a dimensão pública, na qual os bens criados conjuntamente pelos atores são compartilhados por todos. De acordo com Olson, a condição ideal para um indivíduo tomado isoladamente é que sua ação resulte na maximização do prazer e na minimização da dor, assim como o princípio da moral de Bentham (1989). Segundo essa lógica, todo tipo de ação coletiva – que vise a criar um bem público – cairá num dilema em função da racionalidade inerente aos atores individuais – a maximização do prazer e a minimização da dor.

O bem público, por princípio, existe porque, segundo Olson, os atores individuais têm possibilidades limitadas de satisfazerem amplamente seus interesses. Só com a cooperação e o estabelecimento de uma ação coletiva é que os agentes terão sua possibilidade de satisfação de interesses maximizada. Contudo, segundo o autor, a ação coletiva cai no paradoxo da falibilidade da organização dos indivíduos em uma coletividade. O dilema da ação coletiva ocorrerá, como mostra Olson, porque, devido à falibilidade da organização coletiva, um ator, visando maximizar seus interesses, deixa de participar da ação coletiva já que o bem público, gerado coletivamente, não pode conter restrições aos benefícios de ninguém. Por outras palavras, o ator individual deixa de participar da construção do bem público, porque, assim, ele pode se beneficiar do mesmo modo que aqueles que participaram. O ator individual maximiza seu prazer por meio dos bens públicos, sem ter que sofrer a dor da participação em uma organização coletiva, isto é, o ator racional “pega carona” na ação coletiva e se beneficia igualmente do bem gerado coletivamente, porque, de acordo com Olson, a participação teria custos.

O dilema da ação coletiva foi definido por Olson mediante o estudo dos sindicá-

tos norte-americanos. O autor identifica na existência de incentivos seletivos a razão segundo a qual os indivíduos participam de uma organização coletiva. A racionalidade dos agentes no momento de participação em um empreendimento coletivo, portanto, pode ser organizada num quadro de preferências fixo, em que a ação mais racional é aquela em que o agente não coopera com esse empreendimento, enquanto os outros cooperam. Esse quadro de preferências pode ser representado pelo dilema do prisioneiro, conforme a figura abaixo:

O dilema do prisioneiro pode ser definido como um recurso heurístico colocado à disposição do analista para explicar certos tipos de relações políticas e sociais. O dilema do prisioneiro consta do seguinte: dois prisioneiros são interrogados, individualmente, um após o outro, por um juiz, sendo que eles são mantidos incomunicáveis. Ambos são considerados culpados de um crime grave. O juiz, para incriminá-los e na procura de uma prova irrefutável, propõe a cada um dos prisioneiros o seguinte procedimento: se ambos confessarem, ambos se-

Figura 1. O dilema do prisioneiro

		Ator 1	
		Cooperar	Não cooperar
Ator 2	Cooperar	CC	CN
	Não cooperar	NC	NN

Preferências: NC>CC>NN>CN

rão condenados a penas pesadas que, no entanto, poderão ser reduzidas em função da confissão; se um deles confessar e delatar o companheiro, será libertado e receberá uma recompensa, enquanto o outro será condenado à pena máxima; enfim, se nenhum deles confessar, ambos serão colocados em liberdade, porque não podem ser acusados sem provas. O prisioneiros, portanto, vêm-se diante de quatro estratégias que possibilitam a maximização de seus interesses individuais. Eles se darão conta de que a estratégia mais racional para cada um é trair e delatar o companheiro, precavendo-se contra a pena máxima e recebendo a recompensa. Entretanto, se tivessem cooperado, guardando o silêncio, ambos poderiam ser colocados em liberdade¹⁸.

A participação, portanto, somente ocorrerá quando ela for compulsória, isto é, quando não prescindir de mecanismos de coerção que obriguem a ação coletiva. Como nos mostra Olson (1999), indivíduos egoístas somente participam do sindicato porque são

obrigados a se filiarem e a pagarem as taxas de manutenção. Caso não fosse assim, eles simplesmente aguardariam os resultados da luta daqueles trabalhadores que se organizaram, para que lhes rendessem – lhes interessassem – os bens públicos gerados, sem a menor contrapartida de esforço – ou dor.

Ademais, Olson (1999) corrobora, com a ajuda das teorias dos grupos sociais de Homans (1950) e Simmel (1955), o teorema da impossibilidade de Arrow (1974). O argumento é de que quanto maior for o grupo social, menor será a capacidade de ação coletiva; na medida em que o aumento do número de participantes significar a redução do poder proporcional de cada agente, cada um deles, por ser egoísta, sentir-se-á à vontade para não cooperar e, além disso, a capacidade de decisão desse *locus* de participação será menor já que cada agente busca a satisfação de seus exclusivos interesses. Como os recursos são escassos e o número dos que querem maximizá-los é grande, cada um se sentirá lesado pela organização

coletiva e dificultará a tomada de decisão. Quanto maior for o número de participantes, portanto, menor será a capacidade de decisão e maior será o incentivo para a não cooperação, já que o peso de cada participante no processo de tomada de decisões diminuirá assim que o número de participantes aumentar. Em grupos grandes, como classes sociais, por exemplo, o peso de cada participante é insignificante em face do grupo, uma vez que um indivíduo sozinho, dentro desse grupo, dificilmente conseguirá decidir sobre as ações tomadas a seu favor. O tamanho do grupo, portanto, influencia a sua capacidade de empreender ação coletiva e possibilita o surgimento do *free-rider*, que usufrui do bem público construído sem ter envidado o menor esforço.

A concepção olsoniana da racionalidade, portanto, dá-se no contexto de um conflito entre indivíduos ontologicamente egoístas, que têm um quadro de preferências fixo, o qual faz com que, de um quadro de ações factíveis dos agentes frente aos objetos, uma seja a escolhida. Nesse sentido, o homem downsiano e olsoniano é uma máquina calculadora de utilidades, capaz de compreender os custos e os benefícios implícitos em cada contingência apresentada à sua pessoa.

Como aponta Elster (1989b), o interesse do analista da sociedade e da política deve se concentrar na forma com que as estratégias dos atores convergem para uma agregação que possibilite falar de coletividade. Elster aponta para a noção de ponto de equilíbrio como a forma com que as estratégias de cada ator, com informação perfeita, convergem num conjunto maior de preferências que passam a ser coletivamente compartilhadas. O ponto de equilíbrio¹⁹ ocorrerá como solução do dilema da ação coletiva no sentido de que as preferências individuais tornar-se-ão estáveis, na medida em que ninguém ganhará com a deserção.

A idéia de indivíduos egoístas e maximizadores de utilidades pode dar a impressão de que o mundo é uma grande arena de

conflitos anárquicos no qual o mais forte seria o vencedor, na mais perfeita representação de um estado de beligerância hobbesiano. A solução, nesse sentido, encontrada pelos pensadores da escolha racional também é hobbesiana. Como nos mostra Thomas Schelling (2001), o problema da política é construir uma estrutura de *enforcement* via instituições, a qual estabilizará o jogo pela convergência de preferências individuais por meio da intermediação da interação estratégica via coerção.

Ou então, como observa Akerlof (2001), a não cooperação universal provocaria o surgimento de externalidades – custos compartilhados por toda a coletividade – e estabilizaria o jogo no sentido de que a interação dos agentes será de cooperar estrategicamente, já que estes percebem que a desonestidade e a não cooperação têm custos. O que esse autor nos mostra é que, de um suposto hobbesianismo social inicial, no qual a incerteza universal é preponderante, os agentes estrategicamente mudam suas preferências para a cooperação transitiva via mercado, que cria certezas mínimas e regras estrategicamente criadas para a mediação da ação e a redução das externalidades.

A concepção de Akerlof (2001), portanto, lança o alicerce da *public choice* como corpo de teoria social e política. A concepção lógica é que os indivíduos, para resolverem o problema das externalidades e assegurar a paz social, fazem uso da criação de instituições formais para mediar a interação estratégica dos agentes, isto é, a racionalidade instrumental inerente ao egoísmo. Para tanto, criam estruturas de coerção que se reiteram no tempo e no espaço, obrigando os agentes a acomodarem e agregarem seus interesses privados em instituições que materializam os interesses ditos públicos. Essa concepção da política, própria da *public choice*, Fábio Wanderley Reis (2000, p. 102) nomeou de problema constitucional, que, segundo esse autor, é o problema de “minimizar as externalidades que o comportamento de uns acarreta para os outros e de se alcan-

çar, pelo menos neste sentido, o bem coletivo [...]”.

O que é importante destacar é que o problema constitucional, como observam Tullock e Buchanan (1962), é resolvido estrategicamente por um consenso minimamente calculado pelos agentes. O argumento desses autores é que a racionalidade estratégica pura – a acumulação de utilidades com o menor esforço – cria efeitos externos – ou externalidades – por meio dos quais todos passam a perder. O que Tullock e Buchanan nos dizem é que a estratégia de satisfação incondicional dos prazeres cria custos para a ação individual. A solução, segundo os autores, é criar uma estrutura institucional mediante leis que não prescindam do uso da coerção para reduzir esses custos, que, por princípio, são compartilhados por todos os indivíduos. Essas leis representariam um consenso criado estrategicamente pelos indivíduos egoístas, que veriam os custos – como ter que comprar uma arma para proteger o dinheiro embaixo do colchão e por isso ter que deixar de trabalhar e acumular novas riquezas – reduzidos a um nível considerado ótimo. A fundação lógica, portanto, de uma ordem política, de acordo com Tullock e Buchanan (1962), dar-se-ia porque o descompasso de preferências conflitivas gera externalidades compartilhadas por todos. Só com a criação de mecanismos de coerção é que as externalidades poderão ser reduzidas a um nível considerado ótimo, porque as preferências tendem a se agregar e a estabilizar o conflito.

O argumento central é de que o estudo da racionalidade demanda, então, a observação da coleta e do processamento das informações por parte dos indivíduos egoístas, as quais orientam sua ação. Contudo, o tema da informação para a tradição da *public choice* são dados que os agentes acumulam para formar um estoque de evidências, mediante as quais o ator irá agir, ou não. É nesse sentido que para Elster (1989a) a racionalidade é imperfeita, na medida em que, para o agente operar com esse estoque

de evidências, esse deverá, no mínimo, aproximar-se a um nível ótimo paretiano. Isso porque, se o agente tem informação de menos, não decide e não toma um curso de ação; se o agente tem informação de mais, não consegue processá-la e fica paralisado, sem decidir e tomar o curso de ação.

Entretanto, se a estabilização dos interesses demanda uma estrutura de coerção, como vimos com Tullock e Buchanan (1962), a catalisação desses, que assegurará o desenvolvimento humano, somente poderá ocorrer em outra estrutura, como vimos com Akerlof (2001), na qual todos possam buscar a maximização de utilidades e desencadear a ação social: o mercado. Se, de um lado, o Estado materializa, de acordo com a *public choice*, o interesse público, o mercado, de outro lado, materializa o interesse privado e assegura a ação dos agentes²⁰. A política, portanto, além de uma estrutura de *enforcement*, demanda um mercado político por meio do qual os agentes formarão seus interesses e os apresentarão aos agentes públicos, garantindo, dessa forma, um procedimento democrático minimalista pela participação universal dos agentes nos negócios públicos²¹.

A corrupção na política, de acordo com a *public choice*, ocorrerá, como afirma Susan Rose-Ackerman (2002), justamente na interface dos setores público e privado. Esta depende dos recursos disponíveis – políticos ou materiais – para as autoridades agirem discricionariamente, sendo observada a distribuição de benefícios e de custos para a dimensão do privado, que redundam na criação de incentivos para o uso de pagamentos de propinas e de suborno. Além disso, a corrupção, segundo a autora, ocorre na proporção em que as falhas de mercado estão presentes na cena política, fazendo com que os agentes públicos se comportem de maneira *rent seeking*, ou seja, maximizando seu bem-estar econômico, seja seguindo as regras do sistema, seja não as seguindo.

A teoria do *rent seeking* foi desenvolvida por Tullock (1967) e Krueger (1974), segun-

do a qual os agentes econômicos encontram motivação para maximizar o bem-estar econômico. Essa maximização de bem-estar está inserida dentro de um contexto de regras determinadas e de uma renda fixada de acordo com as preferências individuais. Os agentes, segundo esses autores, buscarão a maior renda possível, dentro ou fora das regras de conduta, resultando em transferências dentro da sociedade mediante a existência de monopólios e de privilégios, constituindo um mercado político competitivo em que os agentes lutam por esses monopólios e por esses privilégios, transferindo a renda de outros grupos sociais para si.

É nesse sentido, portanto, que a corrupção ocorre quando o mercado político não é perfeito. Os agentes públicos visam maximizar bens-públicos para seus fins particulares, com o intuito de ampliar sua renda, sendo que, no caso de corrupção, essa caça às rendas é estritamente ilegal. Porém, como observa Rose-Ackerman (1996a), antecede à ação dos agentes públicos de caça a rendas sua ação de monopolizar a burocracia possibilitando o controle do fluxo das decisões políticas e o controle sobre a dependência dos agentes privados ao Estado. *Portanto, a corrupção é diretamente proporcional ao tamanho da máquina burocrática, ou seja, ao nível de controle do Estado sobre os agentes privados por meio da emissão de documentos, da cobrança de impostos e taxas e da consecução de programas e obras públicas.*

A monopolização da burocracia, por conseguinte, cria incentivos para que os burocratas profissionais cobrem propinas dos agentes privados para a liberação de documentos e recursos públicos. Isso porque o governo se encontra na posição de comprador ou de fornecedor de recursos públicos, criando incentivos para que a propina se torne um mecanismo recorrente de ação política. A monopolização cria, como observa Rose-Ackerman (2002), um problema de *agent x principal*. Os cidadãos – *principals* – de uma determinada comunidade

política delegam aos políticos e burocratas – *agents* – o controle do fluxo dos recursos públicos, sem, no entanto, conseguirem controlar a ação dos agentes, que se encontram livres para agregar os bens públicos às suas rendas privadas. Na medida em que os governos são exclusivos compradores e fornecedores de recursos públicos, os cidadãos não conseguem controlar os preços desses recursos, uma vez que estes não são estabelecidos de acordo com as regras de um mercado impessoal. Como observa Przeworski (2001), o problema do *agent x principal* é um dos principais pontos a serem abordados nas reformas de Estado em curso. Além disso, é uma das fontes da corrupção na política, na medida em que os agentes têm controle sobre o fluxo das informações das transações públicas, enquanto os *principals* não têm informação suficiente, impossibilitando, dessa forma, qualquer tipo de controle e de *accountability* em relação à coisa pública. A citação abaixo, extraída de Rose-Ackerman (2002, p. 70), ilustra bem a forma mediante a qual a *public choice* percebe a corrupção na política:

“A gravidade da corrupção é determinada pela honestidade e pela integridade, tanto de agentes públicos quanto dos cidadãos. Entretanto, e em se admitindo que esses fatores sejam constantes, a dimensão e a incidência de propinas são determinadas pelo nível geral de benefícios disponíveis pelos poderes discricionários das autoridades, pelo risco das transações corruptas e pelo relativo poder de negociação do corruptor e do corrompido.”

A causa da corrupção, segundo a visão da *public choice*, portanto, é a existência de monopólios e privilégios no setor público, que criam incentivos para que os agentes busquem maximizar sua renda privada por meio do suborno e da propina. Contudo, como mostra Rasmusen e Ramseyer (1994), a corrupção sofre do problema de coordenação da ação coletiva, caso os recursos e o poder de negociação dos agentes públicos

estejam fragmentados. A fragmentação de monopólios e a criação de estruturas competitivas simétricas de um mercado político inibem a cobrança de propinas por parte de legisladores racionais, que têm os custos da ação corrupta ampliados.

De outro lado, caso existam monopólios e privilégios no setor público, a principal consequência da corrupção é a transferência de rendas dentro da sociedade, criando desperdício de recursos públicos, em princípio escassos, e a alocação destes em atividades improdutivas, as quais não geram crescimento do bem-estar agregado da sociedade. Nesse sentido, a perspectiva adotada pela *public choice* para o fenômeno da corrupção está em campo diametralmente oposto, se comparada com a teoria estrutural-funcionalista, que preconiza eventuais benefícios decorrentes dela.

A corrupção, como observa Paolo Mauro (2002), inevitavelmente inibe o crescimento econômico e cria incentivos para que os agentes enviem o capital acumulado por meio dela para paraísos fiscais. De acordo com esse autor, cada ponto que cresce nos índices de corrupção – que são decrescentes, ou seja, quanto maior o índice, menor a corrupção –, equivale ao aumento de dois pontos percentuais na taxa de investimentos e meio ponto percentual na taxa de crescimento do produto interno bruto. Assim, a corrupção influencia na composição dos gastos sociais dos governos. Por exemplo, a cada dois pontos que um país melhora em seu indicador de corrupção, é possível aumentar os gastos com educação na ordem de meio ponto percentual do produto interno bruto. Finalmente, a corrupção está relacionada com a ampliação da carga tributária do Estado. Por outras palavras, quanto maior for a corrupção no setor público de um país, maior a carga tributária paga pelo setor privado.

No campo da ordem política, a corrupção afeta, como observa Rose-Ackerman (1996b), a legitimidade do sistema político, na medida em que as falhas de mercado re-

sultam na decadência da cooperação entre os atores políticos e na recorrência de práticas ilegais entre os atores, maximizadores de rendas.

Em face das consequências acima, a *public choice* defende a reforma do Estado no sentido de erosão dos monopólios estatais, de fragmentação das burocracias profissionais e da privatização de empresas controladas pelo governo. Em resumo, segundo os economistas da *public choice*, o combate à corrupção se dá por meio da criação de uma estrutura constitucional que limite o nível dos benefícios dos monopólios sobre controle do Estado, que por natureza é um expropriador de riquezas dos agentes privados. Por outras palavras, a *public choice*, como nos mostra Rose-Ackerman (1996b; 2002), defende a transferência das atividades controladas pelo Estado – que é uma estrutura personalista por natureza – para o mercado, tanto em sua dimensão política quanto econômica.

Como destacaram Montinola e Jackman (2002), o ponto central da teoria da *public choice* para o estudo da corrupção na política é a consideração dos sistemas de incentivos criados pela burocracia para que os agentes tenham um comportamento *rent seeking*. É dessa forma que, dados os pressupostos gerais da *public choice*, enquanto corpo de teoria política, as democracias competitivas e os mercados são condições necessárias para um governo honesto, já que estabilizam os interesses egoístas dos agentes em torno de regras mínimas de pacificação social. Ademais, a partir dessa concepção, os teóricos da *public choice* recuperam o aforismo de Mandeville, já que estruturas competitivas, no âmbito da ordem política e no âmbito da ordem econômica, é que criam os benefícios públicos que atendam às necessidades dos agentes.

5. Considerações finais

A partir do inventário das teorias sociais que tratam do fenômeno da corrupção

na política, podemos perceber uma constante lógica, ou um ponto comum a todas elas, que suscitará a crítica aqui formulada: *de que a corrupção, basicamente, é a sobreposição das vantagens privadas ao bem comum*. A partir dessa concepção, a estrutura lógica do problema nos obriga, então, a pesquisarmos como é possível a formação do bem público para verificarmos e coletarmos evidências suficientes para entendermos a corrupção na política. O pressuposto lógico é o seguinte: *se é possível o bem público, por redundância será possível a ação coletiva e o compartilhamento de valores comuns entre os agentes políticos em uma esfera pública*.

Dados os dilemas de definição conceitual da corrupção, como observa Heywood (1997), a consequência é o inevitável caráter normativo do conceito, que se concentra na dimensão dos deveres em relação à honestidade dos agentes políticos, ou seja, na dimensão deontológica da ordem política. Somente com a contraposição entre honestidade e transparência, de um lado, e corrupção, de outro, poderemos definir a forma segundo a qual esse fenômeno ocorre na política. Portanto, o conceito de corrupção não pode prescindir de uma noção ligada ao dever, já que seu núcleo definicional reside no campo dos valores, que, como já mostrou Montesquieu (1973), na modernidade, são transpostos para o campo das instituições.

Entendido esse pressuposto lógico, podemos lançar a crítica a ser formulada. As teorias sociais sobre a corrupção na política, mesmo que tenham pressupostos epistemológicos diferentes, lançam mão da concepção comum de que ela ocorre quando o bem comum é subordinado aos interesses privados, mas atribuem ao bem comum uma concepção de matriz kantiana de que o mesmo não resulta em concepções *a priori*. O erro dessas teorias é atribuir à corrupção uma noção de interesse público que não leva em consideração certos valores comuns aos agentes políticos responsáveis por fomentá-lo, destituindo-a de qualquer caracteris-

tica normativa que é inerente ao seu conceito. Logo, a tentativa de observar a corrupção a partir de um viés estritamente racionalista desconsidera a ética presente na esfera pública que, esta sim, materializa o interesse público. A idéia presente no positivismo jurídico de que a lei materializa o interesse público; no estrutural-funcionalismo de que as instituições o materializam e de que a corrupção pode ter uma função positiva ou uma função negativa; e, finalmente, na *public choice* de que o interesse público é um conjunto de interesses privados estabilizados não leva em consideração, portanto, que a esfera pública é feita de valores compartilhados de maneira comum.

Essa crítica possibilita, então, formularmos uma hipótese alternativa, central deste artigo: *de que a corrupção é uma ação praticada por qualquer ator social visando a obtenção de vantagens pessoais – materiais ou imateriais – que contrarie as normas institucionalizadas do sistema político, legitimamente aceitas pela sociedade por meio de seus sistemas de solidariedade, tendo em vista os valores e a confiança dos cidadãos em função das estruturas de socialização das normas da comunidade política*.

Em outras palavras, a corrupção é, como podemos lançar hipoteticamente, de um lado, uma função dos padrões de eficácia institucional, entendida como interação entre as esferas pública e privada que tendem ou não a garantir a transparência e a eficácia na formulação e implementação das decisões do governo. Isto é, a corrupção é, em parte, o resultado, que pode variar em grau, do arranjo institucional de um dado sistema político, a partir do qual é assegurada a transparência nas relações entre o público e o privado. De outro lado, a corrupção é uma função dos padrões recorrentes de interação dos indivíduos de uma dada coletividade, que assegurem um acordo comum em torno das leis, a partir do qual eles possam participar do bem-estar coletivo e o condicionarem, expressos na capacidade das estruturas de socialização de manter uma ordem

política que fomente a ação coletiva por meio de valores que impliquem sanções contra uma ação propriamente corrupta ou desonesta. Por conseguinte, o suposto é que deve haver uma estrutura compatível entre instituições políticas, de um lado, e valores compartilhados na esfera pública, de outro, para que seja assegurada a transparência e a honestidade dos agentes políticos no trato com a coisa pública.

Portanto, a tentativa de construir um conceito de corrupção que dê conta de lidar com o problema da formação dos interesses individuais a partir de sua convergência por meio da esfera pública e de como ela ocorre a partir desse quadro de eficácia institucional das sociedades contemporâneas são as questões centrais de que deve tratar uma teoria sobre a corrupção.

Notas

¹ A própria idéia de que o mundo político pode ser concebido racionalmente, no qual o analista pode apreender com o uso da razão as diversas categorias e conceitos e organizá-los num todo genérico e compreensivo para predizer novas teorias, não deixa de ser uma noção ideal. O ponto central é a virada epistemológica da teoria social do século XX, que deixa de lado a deontologia ou a dimensão dos deveres em função de uma concepção pragmática e ontológica.

² Bobbio (1995) ocupa no corpo do positivismo jurídico uma posição, como ele mesmo se define, moderada.

³ Mesmo que pertencessem à mesma escola de filosofia do direito, Savigny e Thibaut não concordavam com relação às codificações na Alemanha, durante o século XIX. De acordo com Thibaut, a codificação deveria ser imediata e guindaria a Alemanha à modernidade, enquanto Savigny afirmava dever ser a codificação realizada somente em condições culturais favoráveis, que ele não observava em seu país, naquela época.

⁴ A idéia de procedimento, segundo Bittar e Almeida (2001), deriva do “princípio da eficácia”, o qual faz pressupor que a Constituição existe porque ocorre um consentimento das pessoas em aceitar as leis. Kelsen termina por afirmar que o princípio da eficácia resulta que a ciência jurídica não tem espaço para os juízos de justiça, mas apenas para os juízos de direito.

⁵ Kant afirma que o direito é “vinculado à faculdade de obrigar”, mostrando que a injustiça é um impedimento à liberdade que está submetida a leis universais. O ato ilícito, segundo Kant, representa um abuso de minha liberdade sobre a liberdade do outro, quebrando a lei universal. O único remédio é usar a coerção de modo a impedir que os homens invadam as esferas de liberdade dos outros.

⁶ Contemporaneamente, a corrupção, no campo do direito, é definida como infração ao direito administrativo, que regulamenta as relações entre o funcionário público e a coisa pública. Ademais, o direito administrativo tipifica a corrupção na forma de delitos, tais como a fraude, o estelionato, etc.

⁷ Para Parsons, os sistemas de não-ação são aqueles caracteristicamente relacionados aos meios físico e biológico em geral.

⁸ Parsons foi responsável por introduzir a sociologia de Weber nos Estados Unidos por meio de sua tradução de *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. Entretanto, Parsons introduz uma interpretação sistêmica e desenvolvimentalista da obra weberiana, enquanto Bendix (1986) introduz a interpretação não sistêmica, contrapondo a visão parsoniana.

⁹ Para uma devida concepção do poder segundo Parsons (1969), ver o artigo de Habermas (1980), *O Conceito de Poder em Hannah Arendt*, no qual esse autor contrapõe as visões instrumental e comunicativa do conceito de poder. Habermas (1980) observa que a noção parsoniana da política está subordinada a uma noção de ação social teleológica, ou, em outras palavras, a um modelo de ação enquanto forma para se alcançar fins, inspirado nas escolhas e comportamentos dos atores que visam maximizar ganhos em relação ao conjunto da sociedade. Nesse sentido, Habermas imputa ao conceito de poder de Parsons (1969) uma noção de racionalidade estratégica, que, por si só, não legitima a política em face da sociedade.

¹⁰ No que tange ao conceito de poder, Parsons (1969) direcionou forte crítica ao trabalho de Wright Mills (1982), que o entendia como expressão manipulativa das elites sobre a massa da população.

¹¹ O conceito de influência de Parsons (1969) foi apreendido por Habermas (1997) em seu tratamento sobre a democracia e sobre a política deliberativa, por meio do qual o sistema político irá adquirir legitimidade diante da sociedade. O conceito de influência, na teoria habermasiana, é uma forma de ação comunicativa que fará com que seja garantida a participação dos cidadãos nos negócios públicos. Entretanto, Habermas chama a atenção para o fato de que Parsons não indica ou explica o local onde os indivíduos exercerão a influência, nem o

modo pelo qual esta será institucionalizada. Esse é um dos problemas que Habermas (1997) tentará resolver por meio da teoria da ação comunicativa (Cf. FILGUEIRAS, 2003).

¹² Como destaca Joseph La Palombara (1994), para que a corrupção na política exista é necessário que ocorra um desvio das regras formais do sistema. Essa noção de desvio, que marcará as posições do estrutural-funcionalismo e do positivismo jurídico, surge da capacidade de racionalização e influência que o positivismo teve – não só o jurídico, mas o positivismo geral – nas Ciências Sociais até meados do século XX. O que as teorias sob influência do positivismo afirmam é que o estudo da sociedade é possível a partir de um método estritamente objetivo, como mostrará Durkheim (1983), e que a organização coletiva precede as ações individuais mediante certas instituições sociais. Logo, se as instituições determinam as ações individuais, elas também assegurarão a existência de certas regras, o que faz com que a noção de desvio surja como categoria teórica inerente àquelas ações que fujam às regras estabelecidas.

¹³ Huntington cita o judiciário como exemplo de uma instituição dotada de autonomia. É uma organização que necessita estar separada dos interesses de grupos sociais e dotada de valor por si, que assegura padrões de legitimidade para as decisões tomadas no nível institucional.

¹⁴ Huntington (1975) e Nye (1967) reiteram várias vezes que os grandes exemplos de função da corrupção no desenvolvimento político são encontrados principalmente na América Latina, incluindo o Brasil, e no Leste Asiático, que entraram tardiamente no capitalismo.

¹⁵ James Scott (1969) afirma ser a corrupção uma forma alternativa encontrada pelos agentes políticos de articular seus interesses junto à esfera pública mediante a construção do que ele chamará de *máquinas políticas*. Essas máquinas políticas são grupos sociais que procuram influenciar o conteúdo das decisões políticas tomadas na arena legislativa pela persuasão das elites partidárias em torno de seus valores. Scott, assim como Nye, afirma que a constituição dessas máquinas políticas colabora para o arrefecimento da disputa entre clivagens sociais que surge com a mudança, colaborando, dessa forma, para o desenvolvimento.

¹⁶ É interessante observarmos que a etimologia da palavra interesse remete à idéia de lucro. Sendo assim, podemos afirmar que a idéia de interesse, como preconizada pela teoria política contemporânea, leva-nos à idéia de cálculo como catalisador das intenções dos agentes.

¹⁷ É importante chamar a atenção para o argumento segundo o qual a teoria da escolha racional prescinde da concepção weberiana de efeitos não intencionais da ação social.

¹⁸ Axelrod (1984) mostra que, se o dilema do prisioneiro for reiterado ao infinito, no futuro a estratégia que equilibra o jogo é a da cooperação universal, ou seja, aquela em que os indivíduos cooperam incondicionalmente.

¹⁹ Quando falamos de ponto de equilíbrio, não podemos deixar de nos referenciar a John Nash Junior (2001a, 2001b). Segundo Nash Junior a solução de equilíbrio deriva de padrões racionalmente definidos e recorrentes ao longo da reiteração do jogo. A solução de equilíbrio, portanto, é aquela em que os atores envolvidos no jogo, por serem racionais e terem informação perfeita, encontram um ponto em que as estratégias se estabilizam, ou seja, ninguém ganhará mais por meio da deserção e ninguém bancará o *sucker* cooperando incondicionalmente.

²⁰ De acordo com essa concepção, podemos remontar ao antigo aforismo liberal, criado por Mandeville, de que os vícios privados asseguram os benefícios públicos.

²¹ Como aponta Fábio Wanderley Reis (2000), teremos aqui os dois fundamentos dialéticos da *public choice*: a noção do problema constitucional enquanto forma de coerção e estabilização de interesses e a noção de mercado político enquanto fermento dos interesses e garantidor da liberdade e da igualdade, ou seja, da democracia. Todavia, a falha, segundo Reis, da *public choice* é vedar à teoria a capacidade de ação intencional por parte de sujeitos coletivos, ou seja, de coletividades produtoras de solidariedade entre indivíduos supostamente egoístas mas capazes de ação comum, como seriam, por exemplo, os movimentos sociais contemporâneos.

Bibliografia

AKERLOF, George. The market of "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. In: RASMUSEN, Eric (Org.). *Readings in games and information*. Malden: Blackwell Publishers, 2001.

ARISTÓTELES. *Política*. Brasília: Ed. da UnB, 1985.

ARROW, Kenneth. *The limits of organization*. New York: W. W. Norton, 1974.

AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. New York: Basic Books, 1984.

BENDIX, Reinhard. *Max Weber: um perfil intelectual*. Brasília: Ed. da UnB, 1986.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Nova Cultura, 1989.

- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- _____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOUDON, Raymond. Ação. In: _____ (Org.). *Tratado de sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.
- DOWNS, Anthony. *An economic theory of democracy*. New York: Harper & Row, 1957.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).
- ELSTER, Jon. *Marx hoje*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989c.
- _____. Marxismo, funcionalismo e teoria dos jogos. Argumentos a favor do individualismo metodológico. *Lua Nova*, São Paulo, n. 17, 1989b.
- _____. *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989a.
- FILGUEIRAS, Fernando de B. Participação política em Jürgen Habermas: um debate com Talcott Parsons e Hannah Arendt. *Fragmentos de Cultura*, Goiânia, v. 12, n. especial, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. O conceito de poder em Hannah Arendt. In: FREITAG, Barbara; ROUANET, Sérgio Paulo. *Habermas: sociologia*. São Paulo: Ática, 1980. (Grandes Cientistas Sociais).
- HEYWOOD, Paul. Political corruption: problems and perspectives. *Political Studies*, Guildford, v. 45, n. 3, 1997.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- HOMANS, Georg. *The human group*. New York: Harcourt: Brace, 1950.
- HUNTINGTON, Samuel. *A ordem política nas sociedades em mudança*. São Paulo: Ed. da USP; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1975.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores).
- KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- KRUEGER, Anne O. The political economy of rent-seeking. *American Economic Review*, Nashville, v. 64, 1974.
- LA PALOMBARA, Joseph. Structural and institutional aspects of corruption. *Social Research*, Surrey, v. 61, n. 2, 1994.
- MANDEVILLE, Bernard. *The fable of the bees*. Middlesex: Penguin Books, 1970.
- MAURO, Paolo. Os efeitos da corrupção sobre crescimento, investimentos e gastos do governo: uma análise de países representativos. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Ed. da UnB, 2002.
- MILLS, C. Wright. *As elites do poder*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores).
- MONTINOLA, Gabriella R.; JACKMAN, Robert W. Sources of corruption: a cross-country study. *British Journal of Political Science*, Cambridge, v. 32, n. 1, 2002.
- NASH JUNIOR, John F. Equilibrium points in N-Person games. In: RASMUSEN, Eric (Org.). *Readings in games and information*. Malden: Blackwell Publishers, 2001a.
- _____. Non-cooperative games. In: RASMUSEN, Eric (Org.). *Readings in games and information*. Malden: Blackwell Publishers, 2001b.
- NYE, Joseph. Corruption and political development: a cost-benefit analysis. *American Political Science Review*, Cambridge, v. 61, n. 4, 1967.
- OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva*. São Paulo: Ed. da USP, 1999.
- PARSONS, Talcott. *Politics and social structure*. New York: Free Press, 1969.
- _____. *The structure of social action*. New York: Free Press, 1949.
- PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do estado: uma perspectiva agente x principal. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do estado e a administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2001.
- RASMUSEN, Eric; RAMSEYER, J. Mark. Cheap bribes and the corruption ban: a coordination game among rational legislators. *Public Choice*, Dordrecht, v. 78, n. 3-4, 1994.

- REIS, Fábio W. *Política e racionalidade* problemas de teoria e método de uma sociologia crítica da política. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2000.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, Kinberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Ed. da UnB, 2002.
- _____. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996b.
- _____. Democracia y alta corrupción. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, Paris, n. 149, 1996a.
- SAVIGNY, Federico C. de. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.
- SCHELLING, Thomas. The strategy of conflict. In: RASMUSEN, Eric (Org.). *Readings in games and information*. Malden: Blackwell Publishers, 2001.
- SCOTT, James C. Corruption, machine politics, and political change. *American Political Science Review*, Cambridge, v. 63, n. 4, 1969.
- SIMMEL, Georg. *Conflict: The web of group-affiliations*. Glencoe: Free Press, 1955.
- TULLOCK, Gordon. The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft. *Western Economic Journal*, Cambridge, n. 5, 1967.
- _____; BUCHANAN, James. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1962.
- WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultura, 1989.
- _____. *Economia e sociedade*. Brasília: Ed. da UnB, 1999.
- _____. *Metodologia das ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 1992.

Democracia em Max Weber

Manoel Adam Lacayo Valente

Sumário

1. Introdução. 2. O elitismo plebiscitário. 3. Max Weber e a política alemã. 4. Conclusão.

1. Introdução

Max Weber (1864-1920) era, estritamente – nas acepções marxista e não-marxista –, um burguês, um homem das camadas superiores e mercantis da vida urbana (MARCRAE, 1985, p. 42). Filho de um deputado federal do então Partido Nacional-Liberal, Weber teve sua juventude influenciada pelas atividades políticas de seu pai; e muito provavelmente a sua idéia a respeito da classe política, como a aristocracia responsável pela condução do destino da nação, tenha sido forjada a partir de ideais defendidos por seu pai. John Patrick Diggins (1999, p. 301-302) comenta a visão aristocrática de Weber sobre a política com as seguintes palavras:

“O apelo de Weber a tradição aristocrática política. Suas reservas com relação à ‘honra’, ‘nobreza’ e ‘dignidade’ indica sua afinidade com a democracia, deve-se notar, não revelam um elitismo arrogante, mas, ao contrário, um realismo calculado.”

Mas enfim, em que consistia a visão aristocrática de Weber a respeito da democracia? Weber visualizava a democracia em seu sentido procedimental, ou seja, como sistema de escolhas de lideranças políticas pelas massas, sem, entretanto, ultrapassar esse limite no que diz respeito à participação

Manoel Adam Lacayo Valente é bacharel em Direito, com habilitação em Direito Público, bacharel em Comunicação Social, Mestre em Sociologia pela Universidade de Brasília, Consultor Legislativo, da área de Direito Administrativo, da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados e Advogado.

popular na condução política da nação. Uma vez exercido o direito de voto e sagrados os vencedores do pleito eleitoral, a vontade popular estaria atendida, cabendo aos seus representantes, de maneira autônoma, a direção governamental do país.

As palavras de Raymond Aron (2000, p. 501) confirmam a concepção weberiana de democracia:

“Weber foi um nacional-liberal, mas não um liberal no sentido norte-americano. Ele não era propriamente um democrata no sentido francês, inglês ou norte-americano. Punha acima de tudo a grandeza da nação e o poder do Estado. Indubitavelmente, estimava as liberdades a que aspiram os liberais do velho continente. Sem um mínimo de direitos individuais, escreveu, não poderíamos mais viver. Não acreditava, porém, na vontade geral ou no direito dos povos de dispor de si mesmos, nem na ideologia democrática. Se desejava uma ‘parlamentarização’ do regime alemão, era para aprimorar a qualidade dos líderes, e não por princípio.”

Patrícia Castro Mattos (2000, p. 84) discorre sobre a visão weberiana de democracia com as seguintes considerações:

“É interessante percebermos como Weber enxerga a democracia. Para ele, a participação popular se resume ao sufrágio universal. O processo é democrático somente na escolha e legitimação do governante. Não cabe ao governante atuar em função da vontade das massas que, segundo ele, são emocionais e irracionais. O sufrágio universal é muito mais uma aclamação periódica que confirma o carisma do líder escolhido. Em momento algum, identifica a participação das massas com a participação no poder. A participação das massas é importante na escolha dos líderes enquanto mais um fator de seleção de homens hábeis para conduzir a nação.”

Dessa forma, Weber “considerava as instituições e idéias democráticas pragmaticamente: não em termos de seu ‘valor intrínseco’, mas de suas conseqüências para a seleção de líderes políticos eficientes” (GERTH; MILLS, 1982, p. 53).

Além dessas características, a perspectiva weberiana de democracia contemplava a valorização do parlamento como o celeiro natural de lideranças políticas e a necessidade da existência de um líder governamental carismático que, contrapondo-se ao poder da burocracia estatal, controlando-a, seria o condutor das aspirações nacionais.

Aqui surge outra questão intimamente ligada à concepção de democracia weberiana, qual seja como lidar com a expansão do domínio da burocracia estatal. Com efeito, para Weber a burocracia representava o aparato funcional indispensável para o Estado fazer funcionar a “máquina” administrativa. Weber louvava a impessoalidade, o formalismo, a previsibilidade e a perícia técnica da burocracia ao mesmo tempo que expunha seus temores pelo receio da ampliação desmedida da influência burocrática sobre a vida cotidiana das pessoas, bem como sobre as liberdades públicas e sobre a atividade política, o que, em última instância, significaria o “estrangulamento” da democracia.

Maria das Graças Rua (1997, p. 178), comentando a visão weberiana sobre democracia e burocracia, pondera o seguinte:

“O efetivo dilema a ser enfrentado pelas democracias seria: considerado o inexorável processo de complexificação e burocratização da sociedade moderna e dadas as características de cada um dos agentes do jogo político e os seus recursos de poder, como impedir que a burocracia venha a usurpar o poder e como assegurar que permaneça sendo apenas um elo de ligação entre dominadores e dominados?”

Esse mesmo dilema é formulado pelo próprio Weber (1999, p. 542):

“Em face da indispensabilidade crescente e da conseqüente firmeza, cada vez maior, da posição de poder do funcionalismo estatal, que aqui nos interessa, como pode haver alguma garantia de que existam poderes capazes de manter dentro de seus limites a prepotência enorme desta camada cada vez mais importante, e que a controlem eficazmente? *Como será possível uma democracia pelo menos neste sentido limitado?*”

Em termos sintéticos, pode-se dizer que a democracia weberiana equivalia a um mero procedimento de legitimação de lideranças pelo voto e por aí se limitava sua abrangência. Uma vez eleitos, os líderes políticos, como possuidores de cheques em branco, poderiam conduzir, livremente, suas ações, sem quaisquer vinculações com as aspirações dos seus eleitores. Esse modelo de democracia, considerado por estudiosos da sociologia política (SANTOS, 2002, p. 42) como sendo de democracia de “baixa intensidade”, em muito se aproxima do paradigma democrático idealizado por Joseph Schumpeter (1961), para quem “a democracia é um método político, ou seja, um certo tipo de arranjo institucional para se alcançarem decisões políticas – legislativas e administrativas – e, portanto, não pode ser um fim em si mesma, não importando as decisões que produza sob condições históricas dadas”. Na visão de Schumpeter, não existe governo pelo povo, o que pode existir é governo para o povo, que é exercido por elites políticas que são as responsáveis pela proposição de alternativas para a nação.

2. O elitismo plebiscitário

A visão weberiana de democracia centrava o sucesso da condução política da nação no desempenho de seus líderes políticos, limitando a participação popular ao sufrágio em pleitos eleitorais, o que reflete a postura de Weber contrária à participação popular na condução do processo governa-

mental da nação. Os políticos, para Weber, seriam a expressão da representatividade máxima da nação e, portanto, seus condutores autorizados. A burocracia estatal ao contrário, ameaçava, com sua expansão técnica, a “saúde” da democracia e deveria ser controlada, com vigor, por lideranças carismáticas.

Essa mescla de burocracia profissional, de um parlamento formado por elites e de lideranças carismáticas, formava o que o próprio Weber denominava como “democracia plebiscitária”, que constituiria “o tipo mais importante de democracia de líderes – em seu sentido genuíno, é uma espécie de dominação carismática oculta sob a forma de uma legitimidade derivada da vontade dos dominados e que só persiste em virtude desta” (WEBER, 2000, v. 1, p. 176).

Nesse modelo, idealizado por Weber, a dominação carismática que, em sua conformação original, era legitimada pelo reconhecimento, puro e simples, das qualidades extracotidianas dos líderes carismáticos (profetas, sábios, curandeiros, heróis de guerra, etc.) pelos carismáticamente dominados passa a ser legitimada pela realização de pleitos eleitorais.

Dessa maneira, a dominação carismática, interpretada em seu sentido original como autoritária, pode ser reinterpretada como antiautoritária, pois a potencialidade da autoridade carismática se reveste da legitimação eleitoral que ratifica o primitivo reconhecimento carismático. Nessa situação, o senhor legítimo, em virtude do próprio carisma, transforma-se em um líder livremente eleito (WEBER, 2000, v. 1, p. 175-176).

A democracia plebiscitária weberiana se inspira nessa concepção de denominação carismático-eleitoral. O plebiscito é o instrumento de legitimação periódica do líder carismático como homem de confiança das massas (WEBER, 2000, v. 1, p. 176).

O caráter elitista da visão política weberiana se revela nessa sua concepção de democracia plebiscitária. Com efeito, para

Weber, as massas eram irracionais e des-preparadas, sem condições de contribuir para a gestão governamental da nação, logo, “no Estado moderno, a liderança tinha que ser uma prerrogativa da minoria, característica inevitável dos tempos modernos” (GIDDENS, 1998, p. 33).

A democracia plebiscitária de Weber, com a figura do líder carismático legitimado pelas urnas, foi idealizada como uma contraposição ao paradigma tradicional da democracia representativa, que ele entendia como “acéfala”, sem liderança (BOBBIO, 1987, p. 170).

A liderança carismática, caracterizada pela paixão, tinha uma significação vital na concepção democrática de Weber, já que, sem ela, o “Estado ficaria relegado a uma democracia sem liderança, ao governo de políticos profissionais sem vocação” (GIDDENS, 1998, p. 51). O elitismo do paradigma weberiano refletia a sua crença de que o carisma de algumas almas aristocráticas sempre fora a força revolucionária e criativa da história (BELLAMY, 1994, p. 364).

3. Max Weber e a política alemã

A maior parte das idéias que justificam a concepção weberiana de democracia plebiscitária resulta da visão crítica que Weber possuía a respeito da política alemã e que consolidara entre 1890 e 1920. Não por acaso, mas como resultantes do seu olhar atento sobre o cenário político da época de Bismarck (1815-1898), Weber produziu escritos que refletem os motivos orientadores da sua opção pela democracia plebiscitária: “Parlamento e Governo na Alemanha Reordenada” (1918) e “Política como Vocação” (1919) são trabalhos que documentam esse contexto.

Weber era um descontente com o legado político da era Bismarck. Com efeito, na sua visão, o “Chanceler de Ferro”, condutor do processo de unificação da Alemanha, ultimado em 1871, com seu autoritarismo, foi responsável pelo enfraquecimento do par-

lamento alemão, em contraste com o fortalecimento do executivo. Essa ação de Bismarck sufocara “a emergência de novos talentos com vocação de liderança independente, legando a condução dos negócios públicos a burocratas, em grande medida eficientes e honestos, mas politicamente míopes” (KRAMER, 2000, p. 181).

Em ensaio sobre Weber, Paulo Kramer (2000, p. 181) resume a decepção do pensador alemão com os políticos alemães da sua época:

“A desilusão de Weber tem por alvo seus companheiros de classe burguesa que jamais demonstram a coragem política necessária para fornecer uma alternativa liberal ao regime conservador dos *Junkers*. Paralisados pelo que Weber estigmatizava como ‘espírito de segurança’, os políticos burgueses aparentemente gozavam das benesses advindas do surto de desenvolvimento industrial do final do século passado, escudando-se numa aristocracia agrária decadente contra a ‘ameaça’ do movimento operário e de seu representante político no Parlamento, a social-democracia.”

As palavras do próprio Weber (1993, p. 38-39), contidas no primeiro capítulo de “Parlamento e Governo na Alemanha Reordenada”, cujo título é “A Herança de Bismarck”, tornam claras algumas das razões que o levaram ao paradigma da “democracia plebiscitária”:

“Diante desses pressupostos e pelo ângulo da questão que nos interessa, qual foi a herança política de Bismarck? Ele nos legou uma nação sem qualquer formação política e muito abaixo do nível que já alcançara vinte anos antes. E, principalmente, uma nação sem qualquer vontade política, acostumada a ver o grande estadista, lá no alto, a cuidar da política em seu lugar. E mais, como consequência do mau uso do sentimento monárquico usado como biombo a ser-

viço de seus próprios interesses no embate partidário, nos deixou uma nação habituada a deixar as coisas acontecerem de forma fatalista sob a égide do ‘regime monárquico’, sem senso crítico em relação aos que se instalaram no lugar deixado vago por Bismarck e que tomaram nas mãos as rédeas do poder com surpreendente atrevimento. Nesse ponto, consumou-se, de longe, o maior dano. Em contraposição, o grande estadista não nos deixou nenhuma tradição política. Ele não atraiu, sequer tolerou, cabeças pensantes e íntegras. E, para maior desgraça da nação, além de nutrir a mais completa desconfiança por qualquer pessoa que, a seu ver, pudesse vir a ser seu sucessor, ele ainda tinha um filho cujas qualidades realmente modestas de estadista ele surpreendentemente superestimava. Em contrapartida a essa desconfiança doentia, podemos citar uma conseqüência totalmente negativa de seu tremendo prestígio: um parlamento completamente impotente. Ele mesmo reconheceu esse erro, quando não ocupava mais o cargo e sofreu na própria pele as conseqüências dessa realidade. Essa impotência também trazia consigo um parlamento com um nível intelectual grandemente reduzido. É fato que a lenda moralizante de nossos literatos apolíticos dá uma explicação exatamente oposta para suas origens: por ter, e continuar tendo, um baixo nível intelectual é que o parlamento, merecidamente, permaneceu sem poderes. Contudo, fatos e ponderações simples mostram a verdadeira correlação dos acontecimentos, cristalina para todo pensador consciente. Decisivo para o alto ou baixo nível de um parlamento é se, em suas instâncias, os problemas são meramente debatidos ou se elas têm poder e decisão. Isto é, se o que acontece entre suas

paredes é decisivo ou se ele é simplesmente um órgão decorativo tolerado a contragosto pela burocracia reinante.”

Em razão desse contexto, como forma de revitalizar o cenário político alemão, Weber formula sua concepção de “democracia plebiscitária”, um regime híbrido, em que o parlamento, como celeiro de líderes e como instituição que controlaria os excessos da burocracia e do próprio líder carismático do Executivo, dividiria com o presidente do *Reich* a condução política do país.

Nesse modelo, Weber abandona sua antiga tendência pelo parlamentarismo puro, “tendo em conta que no parlamentarismo clássico o líder se tornava prisioneiro de compromissos partidários e interesses corporativos” (KRAMER, 2000, p. 184), passando a defender a eleição direta do presidente do *Reich*, que, fortalecido pelo amplo apoio “plebiscitário” dos seus eleitores, poderia, com o vigor do seu carisma, “romper o imobilismo burocrático e as resistências parlamentares às suas medidas de direção nacional...” (COHN, 1993, p. 18). Assim, no modelo weberiano, o líder político carismático deveria ser eleito pelo povo inteiro e não pelo Parlamento (MAYER, 1985, p. 75-76).

Segundo Weber, citado por Mayer (1985, p. 76):

“Somente a eleição por maioria popular do Presidente do Reich daria a oportunidade de seleção da liderança política e poderia conduzir à revitalização de partidos políticos que superassem o antiquado sistema dirigido pelas notabilidades, até aqui praticado. Se esse sistema continuasse, uma democracia político-progressista não teria vez.”

A visão política de Weber, afóra a sua percepção do avanço da racionalização e da conseqüente burocratização, tem seu foco assentado no contexto político concreto da Alemanha, durante as eras bismarckiana e pós-Bismarck. Assim, Weber não tinha a pretensão acadêmica de empreender um

estudo sistemático da democracia; suas incursões nesse campo eram motivadas por preocupações com relação ao futuro político da Alemanha, que enfrentava uma guerra externa e profundas reformas internas (HELD, 2001, p. 182).

A concepção democrática de Weber, tributária da sua visão contextual e histórica da Alemanha do seu tempo, apresentava as seguintes características:

1. A liderança política era uma prerrogativa da minoria [a “classe dirigente” de Mosca], a massa da população apenas escolheria os integrantes do parlamento e o líder carismático pelo voto (GIDDENS, 1998, p. 33).

2. A burocracia, indispensável ao funcionamento da democracia, deveria ser controlada pelos líderes políticos, como forma de se evitar uma dominação burocrática incontrolada (GIDDENS, 1998, p. 33).

3. O líder carismático e plebiscitário, que se contrapõe a uma democracia sem liderança, seria o condutor político da nação (GIDDENS, 1998, p. 51).

4. O parlamento, além de funcionar como uma escola de líderes, agiria “como salvaguarda contra a aquisição excessiva de poder pessoal por um líder plebiscitário” (GIDDENS, 1998, p. 37).

5. “Conceitos como a ‘vontade do povo’, a verdadeira vontade do povo (...) são ficções” (GIDDENS, 1998, p. 67).

6. O representante parlamentar é o senhor de seus eleitores e não o servidor deles (WEBER, 2000, v. 1, p. 194).

4. Conclusão

A concepção de democracia plebiscitária de Max Weber refletia, sem dúvida, o seu perfil político liberal, mas, também, elitista. Se, por um lado, procurava contrapor-se aos avanços da burocratização, com a consequente perda da liberdade humana, por outro, não reconhecia capacidade política às massas para se autodirigirem, tendo em conta a sua suposta irracionalidade. A po-

lítica, para ele, deveria ser conduzida por uma camada dirigente recrutada segundo critério plutocrático (WEBER, 1998, p. 66), fato que compromete, na essência, o outro pilar da democracia, além da liberdade: a igualdade.

Em Weber, “a democracia é um procedimento, um meio na luta pelo poder. Valor seria a liberdade mais do que a igualdade, e nisso se revela o liberal mais do que o democrata” (COHN, 1993, p. 22). Uma frase sua resume o seu pensamento sobre a democracia: “Em uma democracia, as pessoas escolhem um líder em que confiam; então o líder escolhido fala: ‘Agora calem-se e façam o que eu disser’” (GIDDENS, 1998, p. 69, nota 11).

Contudo, o diagnóstico e o modelo weberianos se demonstraram insatisfatórios à luz da realidade política contemporânea. Com efeito, a debilidade dos regimes representativos, no que diz respeito à credibilidade pública, decorre, em grande parte, do desempenho insatisfatório das delegações conferidas pelos cidadãos aos ocupantes de mandatos eletivos (descumprimentos de programas eleitorais, corrupção, inobservância de fidelidade partidária, etc.), conforme mostram, entre outros, os estudos de Daniel García Delgado (1998) e de Paul Hirst (1992).

Na verdade, o “perigo burocrático” visualizado por Weber não atingiu proporções reais que viesse a comprometer a governabilidade estatal, sendo, ao contrário, uma garantia mínima de que o aparato estatal poderia atuar de maneira impessoal, técnica e previsível, afastando-se de posturas cartoriais, favorecedoras de interesses de determinados grupos.

A confiança de Weber na força de uma liderança carismática, sua percepção de que o agir político seria sempre orientado pela devoção aos supremos interesses da nação e sua incredibilidade quanto ao potencial de participação política racional dos cidadãos, bem como a sua aversão à burocracia estatal profissional, que, em essência, repre-

senta uma garantia para a própria sociedade, são fatores que comprometem a pretendida eficácia política do seu modelo de democracia representativo-plebiscitária.

Bibliografia

- ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. São Paulo: UNESP, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- COHN, Gabriel. Introdução. In: WEBER, Max. *Parlamento e governo na Alemanha reordenada*: crítica política do funcionalismo e da natureza dos partidos. Petrópolis: Vozes, 1993.
- DELGADO, Daniel García. *Estado-nación y globalización*. Buenos Aires: Ariel, 1998.
- DIGGINS, John Patrick. *Max Weber: a política e o espírito da tragédia*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright. O homem e a sua obra. In: WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1982.
- GIDDENS, Anthony. *Política, sociologia e teoria social*: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. São Paulo: UNESP, 1998.
- HELD, David. *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza, 2001.
- HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.
- KRAMER, Paulo. Alexis de Tocqueville e Max Weber: respostas políticas ao individualismo e ao desencantamento da sociedade moderna. In: SOUZA, Jessé (Org.). *A atualidade de Max Weber*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 163-196.
- MACRAE, Donald G. *As idéias de Weber*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1985.
- MATTOS, Patrícia Castro. *Direito e política*: as visões de Weber e Habermas. 2000. 109 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, UnB, Brasília, 2000.
- MAYER, Jacob Peter. *Max Weber e a política alemã*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
- RUA, Maria das Graças. Novas questões ou antigas preocupações? A burocracia na sociedade democrática do final do século XX. In: TRINDADE, Antônio Augusto; CASTRO, Marcus Faro de (Org.). *A sociedade democrática no final do século*. Brasília: Paralelo 15, 1997. p. 155-178.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia*: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SCHUMPETER, Josep A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991-2000. 2 v.
- _____. *Ciência e política*: duas vocações. Rio de Janeiro: Cultrix, 1998.
- _____. *Parlamento e governo na Alemanha reordenada*: crítica política do funcionalismo e da natureza dos partidos. Petrópolis: Vozes, 1993.

O Tribunal Penal Internacional

Integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Sumário

1. Introdução. 2. O “Estatuto de Roma” e a criação do Tribunal Penal Internacional. 3. Competência material do Tribunal Penal Internacional. 3.1. Crime de genocídio. 3.2. Crimes contra a humanidade. 3.3. Crimes de guerra. 3.4. Crime de agressão. 4. O Tribunal Penal Internacional e os (aparentes) conflitos com a Constituição brasileira de 1988. 4.1. A entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional. 4.2. A pena de prisão perpétua. 4.3. A questão das imunidades: o foro por prerrogativa de função. 5. Considerações finais: perspectivas para uma Justiça Penal Internacional.

1. Introdução

O estudo do Tribunal Penal Internacional (TPI) está intimamente ligado à própria história da humanidade e às inúmeras violações de direitos humanos ocorridas no período sombrio do Holocausto, que foi o grande marco de desrespeito e ruptura para com a dignidade da pessoa humana, em virtude das barbáries e das atrocidades cometidas a milhares de pessoas (principalmente contra os judeus) durante a Segunda Guerra Mundial.

Portanto, qualquer análise que se queira empreender em relação ao TPI deve ser precedida de uma investigação (ainda que breve) sobre as origens históricas da moderna sistemática de proteção dos direitos humanos, nascida dos horrores da chamada “Era Hitler”.

Valerio de Oliveira Mazzuoli é Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos no Instituto de Ensino Jurídico Professor Luiz Flávio Gomes (IELF), em São Paulo. Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente-SP. Advogado no Estado de São Paulo.

Esse período histórico, que ensangüentou a Europa entre 1939 a 1945, ficou marcado na consciência coletiva mundial pelo fato de apresentar o ser humano como algo descartável e totalmente destituído de dignidade e direitos. A chamada “Era Hitler”, portanto, condicionava a titularidade de direitos à condição de pertencer o indivíduo a determinada raça, qual seja, a “raça pura” ariana. Atingia-se, com isso, de forma *erga omnes*, todas aquelas pessoas destituídas da referida condição, passando as mesmas a se tornar (de fato e de direito) indesejáveis, não encontrando outra saída senão a própria morte nos campos de concentração¹.

O legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos consistiu na preocupação que gerou no mundo pós-Segunda Guerra, acerca da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção de direitos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta viessem a ocorrer novamente no planeta. Daí por que o período pós-guerra significou o resgate da cidadania mundial, ou a reconstrução dos direitos humanos, baseada no princípio do “direito a ter direitos”, para se falar como Hannah Arendt².

A partir desse momento, que representou o início da humanização do Direito Internacional, é que são elaborados os grandes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que deram causa ao nascimento da moderna arquitetura internacional de proteção dos direitos humanos. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da Segunda Guerra, bem como à crença de que parte dessas violações poderiam ser evitadas se um efetivo sistema de proteção internacional desses direitos existisse.

Como respostas às atrocidades cometidas pelos nazistas no Holocausto, cria-se, por meio do Acordo de Londres (1945/46), o famoso Tribunal de Nuremberg, que significou um poderoso impulso ao movimento de internacionalização dos direitos hu-

manos. Esse Tribunal surgiu, como uma grande reação à violência do Holocausto, para processar e julgar os maiores acusados de colaboração para com o regime nazista.

O art. 6º do Acordo de Londres (Nuremberg) tipificou os crimes de competência do Tribunal, a saber:

a) *crimes contra a paz* – planejar, preparar, incitar ou contribuir para a guerra, ou participar de um plano comum ou conspiração para a guerra.

b) *crimes de guerra* – violação ao direito costumeiro de guerra, tais como assassinato, tratamento cruel, deportação de população civil que esteja ou não em territórios ocupados, para trabalho escravo ou para qualquer outro propósito, assassinato cruel de prisioneiro de guerra ou de pessoas em alto-mar, assassinato de reféns, saques a propriedades públicas ou privadas, destruição de cidades ou vilas, ou devastação injustificada por ordem militar.

c) *crimes contra a humanidade* – assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou outro ato desumano contra a população civil antes ou durante a guerra, ou perseguições baseadas em critérios raciais, políticos e religiosos, independentemente se em violação ou não do direito doméstico do país em que foi perpetrado.

No seu art. 7º, o Estatuto do Tribunal de Nuremberg deixou assente que a posição oficial dos acusados, como os Chefes de Estado ou funcionários responsáveis em departamentos governamentais, não os livraria e nem os mitigaria de responsabilidade. O art. 8º do mesmo Estatuto, por seu turno, procurou deixar claro que o fato de “um acusado ter agido por ordem de seu governo ou de um superior” não o livraria de responsabilidade, o que reforça a concepção de que os indivíduos também são passíveis de responsabilização no âmbito internacional³.

Destaca-se também, como decorrência dos atentados hediondos praticados contra a dignidade do ser humano durante a Segunda Guerra, a criação do Tribunal Mili-

tar Internacional de Tóquio, instituído para julgar os crimes de guerra e crimes contra a humanidade, perpetrados pelas antigas autoridades políticas e militares do Japão imperial. Já mais recentemente, por deliberação do Conselho de Segurança das Nações Unidas, com a participação e voto favorável do Brasil, também foram criados outros dois tribunais internacionais de caráter temporário: um instituído para julgar as atrocidades praticadas no território da antiga Iugoslávia⁴ desde 1991 e outro para julgar as inúmeras violações de direitos de idêntica gravidade perpetrados em Ruanda⁵.

Não obstante o entendimento da consciência coletiva mundial de que aqueles que perpetram atos bárbaros e monstruosos contra a dignidade humana devam ser punidos internacionalmente, os tribunais *ad hoc* acima mencionados não passaram imunes a críticas, entre elas a de que tais tribunais (que têm caráter temporário e não-permanente) foram criados por resoluções do Conselho de Segurança da ONU (sob o amparo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas), e não por tratados internacionais multilaterais, como foi o caso do Tribunal Penal Internacional, o que prejudica (pelo menos em parte) o estabelecimento concreto de uma Justiça Penal Internacional. Estabelecer tribunais *ad hoc* por meio de resoluções significa torná-los órgãos subsidiários do Conselho de Segurança da ONU, para cuja aprovação não se requer mais do que nove votos de seus quinze membros, incluídos os cinco permanentes (art. 27, § 3º, da Carta das Nações Unidas). Esse era, aliás, um argumento importante, no caso da antiga Iugoslávia, a favor do modelo do Conselho de Segurança, na medida em que o modelo de *tratado* seria muito moroso ou incerto, podendo levar anos para sua conclusão⁶.

Ainda que existam dúvidas acerca do alcance da Carta das Nações Unidas em relação à legitimação do Conselho de Segurança da ONU para a criação de instâncias judiciárias internacionais, as atrocidades e os horrores cometidos são de tal ordem e de

tal dimensão que parece justificável chegar-se a esse tipo de exercício, ainda mais quando se têm como certas algumas contribuições desses tribunais para a teoria da responsabilidade penal internacional dos indivíduos, a exemplo do não-reconhecimento das imunidades de jurisdição para crimes definidos pelo Direito Internacional e do não-reconhecimento de ordens superiores como excludente de responsabilidade internacional. Entretanto, a grande mácula da Carta da ONU, nesse ponto, ainda é a de que jamais o Conselho de Segurança poderá criar tribunais com competência para julgar e punir eventuais crimes cometidos por nacionais dos seus Estados-membros com assento permanente.

Daí o motivo pelo qual avultava de importância a criação e o estabelecimento efetivo de uma corte penal internacional permanente, universal e imparcial, instituída para processar e julgar os acusados de cometer os crimes mais graves que ultrajam a consciência da humanidade e que constituem infrações ao próprio Direito Internacional Público, a exemplo do genocídio, dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e do crime de agressão⁷.

O Direito Internacional Público positivo, na letra dos arts. 53 e 64 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, de 1969, adotou uma regra importantíssima, a do *jus cogens*, que talvez possa ter servido de base (antes de sua positivação em norma convencional) para o julgamento do Tribunal de Nuremberg, segundo a qual há certos tipos de crimes tão abruptos e hediondos que existem independentemente de estarem regulados por norma jurídica positiva⁸.

A instituição de tribunais internacionais é consequência da tendência jurisdicionalizante do Direito Internacional contemporâneo. Neste momento em que se presencia a fase da jurisdicionalização do *direito das gentes*, a sociedade internacional fomenta a criação de tribunais internacionais de variada natureza, para resolver questões das mais diversas, apresentadas no contexto das

relações internacionais. A partir daqui é que pode ser compreendido o anseio generalizado pela criação de uma Justiça Penal Internacional, que dignifique e fortaleça a proteção internacional dos direitos humanos em plano global.

A sociedade internacional, contudo, tem pretendido consagrar a responsabilidade penal internacional desde o final da Primeira Guerra Mundial, quando o Tratado de Versalhes clamou, sem sucesso, pelo julgamento do ex-Kaiser Guilherme II por ofensa à moralidade internacional e à autoridade dos tratados, bem como quando o Tratado de Sèvres, jamais ratificado, pretendeu responsabilizar o Governo Otomano pelo massacre dos armênios. Não obstante algumas críticas formuladas em relação às razões de tais pretensões, no sentido de que as mesmas não seriam imparciais ou universais, posto que fundadas no princípio segundo o qual somente o vencido pode ser julgado, bem como de que estaria sendo desrespeitado o princípio da não-seletividade na condução de julgamentos internacionais, o fato concreto é que tais critérios foram sim utilizados, de maneira preliminar, pelo Acordo de Londres e pelo *Control Council Law nº 10* (instrumento da Cúpula dos Aliados), ao estabelecerem o Tribunal de Nuremberg, bem como pelo Tribunal Militar Internacional de Tóquio, instituído para julgar as violências cometidas pelas autoridades políticas e militares japonesas, já no período do pós-Segunda Guerra⁹.

Todas essas tensões internacionais, advindas desde a Primeira Guerra Mundial, tornavam, portanto, ainda mais premente a criação de uma Justiça Penal Internacional de caráter permanente, notadamente após a celebração da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, das quatro Convenções de Genebra sobre o Direito Humanitário, de 1949, e de seus dois Protocolos Adicionais, de 1977, da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, de 1968, e dos Princípios de

Cooperação Internacional para Identificação, Detenção, Extradicação e Castigo dos Culpáveis de Crimes de Guerra ou de Crimes de Lesa-Humanidade, de 1973.

A criação de um tribunal penal internacional instituído para julgar as violações de direitos humanos presentes no planeta foi também reafirmada pelo parágrafo 92 da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, nestes termos: “A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos recomenda que a Comissão de Direitos Humanos examine a possibilidade de melhorar a aplicação de instrumentos de direitos humanos existentes em níveis internacional e regional e encoraja a Comissão de Direito Internacional a continuar seus trabalhos visando ao estabelecimento de um tribunal penal internacional”.

Como resposta a esse antigo anseio da sociedade internacional, no sentido de estabelecer uma corte criminal internacional de caráter permanente, nasce o Tribunal Penal Internacional, pelo Estatuto de Roma de 1998, que é a primeira instituição permanente de justiça penal internacional e tem, entre outras vantagens, a de evitar que somente os vencidos ou os menos poderosos sejam julgados e condenados, garantindo-se, assim, uma maior imparcialidade ao julgamento¹⁰.

2. O “Estatuto de Roma” e a criação do Tribunal Penal Internacional

Aprovado em julho de 1998, em Roma, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional teve por finalidade constituir um tribunal internacional com jurisdição criminal permanente, dotado de personalidade jurídica própria, com sede na Haia, na Holanda¹¹. Foi aprovado por 120 Estados, contra apenas 7 votos contrários – China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar – e 21 abstenções¹². Não obstante a sua posição original, os Estados Unidos e Israel, levan-

do em conta a má repercussão internacional ocasionada pelos votos em contrário, acabaram assinando o Estatuto em 31 de dezembro de 2000¹³. Todavia, a ratificação do Estatuto, por essas mesmas potências, tornou-se praticamente fora de cogitação após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova York e Washington, bem como após as operações de guerra subsequentes no Afeganistão e Palestina, em flagrante violação à normativa internacional. Assim foi que, em 6 de maio de 2002 e em 28 de agosto do mesmo ano, Estados Unidos e Israel, respectivamente, notificaram o Secretário-Geral das Nações Unidas de que não tinham a intenção de tornarem-se partes no respectivo tratado¹⁴.

O Estatuto do TPI entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002, correspondente ao primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, nos termos do seu art. 126, § 1º.

O corpo diplomático brasileiro, que já participava, mesmo antes da Conferência de Roma de 1998, de uma Comissão Preparatória para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, teve destacada atuação em todo o processo de criação deste Tribunal. E isso foi devido, em grande parte, ao mandamento do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição brasileira de 1988, que assim preceitua: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

Em 7 de fevereiro de 2000, o governo brasileiro assinou o tratado internacional referente ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional¹⁵, tendo sido o mesmo posteriormente aprovado pelo Parlamento brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 06.06.2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25.09.2002¹⁶. O depósito da carta de ratificação brasileira foi feito em 20.06.2002, momento a partir do qual o Bra-

sil já se tornou parte no respectivo tratado. A partir desse momento, por força da norma do art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira de 1988 (*verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional integrou-se ao direito brasileiro com *status* de norma constitucional, não podendo quaisquer dos direitos e garantias nele constantes serem abolidos por qualquer meio no Brasil, inclusive por emenda constitucional¹⁷.

O Tribunal Penal Internacional, que tem competência subsidiária em relação às jurisdições nacionais, é composto por um total de 128 artigos com um preâmbulo e treze partes (capítulos), quais sejam: I – criação do Tribunal; II – competência, admissibilidade e direito aplicável; III – princípios gerais de direito penal; IV – composição e administração do Tribunal; V – inquérito e procedimento criminal; VI – o julgamento; VII – as penas; VIII – recurso e revisão; IX – cooperação internacional e auxílio judiciário; X – execução da pena; XI – Assembléia dos Estados-partes; XII – financiamento; e XIII – cláusulas finais.

O *preâmbulo* do Estatuto proclama a determinação dos Estados em criar um Tribunal Penal Internacional, com caráter permanente e independente, complementar das jurisdições penais nacionais¹⁸, que exerça competência sobre os indivíduos, no que respeita àqueles crimes de extrema gravidade que afetam a comunidade internacional como um todo. O “regime de consentimento” proposto pela França e a proposta de jurisdição universal e direta do Tribunal, defendida bravamente pela Alemanha, não encontraram respaldo durante os trabalhos da Conferência Diplomática em Roma, tendo sido a partir da proposta intermediária da Coreia do Sul que se conseguiu chegar à elaboração do sistema de jurisdição restrita e complementar do Tribunal.¹⁹

Os crimes referidos pelo *preâmbulo* do Estatuto de Roma são imprescritíveis e podem ser catalogados em quatro categorias: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. O Tribunal somente tem competência relativamente aos crimes cometidos após a sua instituição, ou seja, depois de 1º de julho de 2002, data em que o seu Estatuto entrou em vigor internacional (art. 11, § 1º). Ainda assim, nos termos do art. 11, § 2º, do Estatuto de Roma, caso um Estado se torne parte do Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal somente poderá exercer sua competência para o processo e julgamento dos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto nesse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração específica em sentido contrário, nos termos do § 3º do art. 12 do mesmo Estatuto, segundo o qual:

“Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX”.

A jurisdição do Tribunal não é estrangeira, mas sim internacional, podendo afetar todo e qualquer Estado-parte da Organização das Nações Unidas. Ela também não se confunde com a chamada *jurisdição universal*, que consiste na possibilidade de a jurisdição interna de determinado Estado poder julgar crimes de guerra ou crimes contra a humanidade cometidos em territórios alheios, a exemplo dos casos de extraterritorialidade admitidos pelo art. 7º, e seus incisos, do Código Penal brasileiro.

Segundo o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é uma pessoa jurídica de Direito Internacional com capacidade

necessária para o desempenho de suas funções e de seus objetivos. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do seu Estatuto, no território de qualquer Estado-parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado (art. 4º, §§ 1º e 2º). Sua jurisdição, obviamente, incidirá apenas em casos raros, quando as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas no que respeita ao processo e julgamento dos acusados, bem como quando desrespeitarem as legislações penal e processual internas.

O Tribunal será inicialmente composto por dezoito juízes, número que poderá ser aumentado por proposta de sua Presidência, que fundamentará as razões pelas quais considera necessária e apropriada tal medida. A proposta será seguidamente apreciada em sessão da Assembléia dos Estados-partes e deverá ser considerada adotada se for aprovada na sessão, por maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados-partes, entrando em vigor na data fixada pela mesma Assembléia (cf. art. 36, §§ 1º e 2º).

Os juízes serão eleitos entre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países. No caso brasileiro, portanto, a candidatura para uma vaga de juiz no TPI exige que a pessoa reúna as condições necessárias para o exercício do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, inclusive a relativa à idade mínima de 35 e máxima de 65 anos, além do notável saber jurídico e da reputação ilibada (CF, art. 101)²⁰.

Os referidos juízes serão eleitos por um mandato máximo de nove anos e não poderão ser reeleitos. Na primeira eleição, um terço dos juízes eleitos será selecionado por sorteio para exercer um mandato de três anos; outro terço será selecionado, também por sorteio, para exercer um mandato de seis anos; e os restantes exercerão um mandato de nove anos. Um juiz selecionado para exer-

cer um mandato de três anos poderá, contudo, ser reeleito para um mandato completo (art. 36, § 9º, alínea c).

O Tribunal é composto pelos seguintes órgãos, nos termos do art. 34 do Estatuto: *a*) a Presidência (responsável pela administração da Corte); *b*) uma Seção de Recursos, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução; *c*) o Gabinete do Promotor (chamado pelo Estatuto de “Procurador”, constituindo-se em órgão autônomo do Tribunal); e *d*) a Secretaria (competente para assuntos não judiciais da administração do Tribunal).

No que tange à composição do Tribunal, merece destaque a figura do Promotor. Este será eleito por escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos dos membros da Assembleia dos Estados-partes, para um mandato de nove anos, sendo vedada a reeleição. O Gabinete do Promotor atuará de forma independente, enquanto órgão autônomo do Tribunal, cabendo-lhe recolher comunicações e quaisquer outros tipos de informações, devidamente fundamentadas, sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de as examinar e investigar e de exercer a ação penal junto ao Tribunal (art. 42, § 1º). Da mesma forma que os juizes, o Promotor cumprirá suas funções com plena liberdade de consciência e imparcialidade.

Os Estados-partes deverão, em conformidade com o disposto no Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste. O Tribunal estará habilitado a dirigir pedidos de cooperação aos Estados-partes. Esses pedidos serão transmitidos pela via diplomática ou por qualquer outra via apropriada escolhida pelo Estado-parte no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ao Estatuto (arts. 86 e 87, § 1º).

É interessante notar que, nos termos do art. 88 do Estatuto, os Estados-partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação es-

pecificadas no Capítulo IX do Estatuto (relativo à cooperação internacional e auxílio judiciário).

Outro ponto importante a ser destacado diz respeito às questões relativas à admissibilidade de um caso perante o Tribunal. Nos termos do art. 17 do Estatuto, o Tribunal poderá decidir sobre a não-admissibilidade de um caso se: *a*) o caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou não tenha capacidade para o fazer; *b*) o caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer; *c*) a pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no § 3º do art. 20; ou *d*) o caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

Nos termos do § 2º do mesmo art. 17, a fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo Direito Internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias: *a*) o processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no art. 5º; *b*) ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça; ou *c*) o processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo

conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça.

Além do mais, a fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não está em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não está, por outros motivos, em condições de concluir o processo (art. 17, § 3^a).

O Estatuto atribui ao Conselho de Segurança da ONU a faculdade de solicitar ao Tribunal, por meio de resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que não seja iniciado ou que seja suspenso o inquérito ou procedimento crime que tiver sido iniciado.

Nos termos do art. 16 do Estatuto, nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. O pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições, ficando o Tribunal impedido de iniciar o inquérito ou de dar andamento ao procedimento já iniciado.

As despesas do Tribunal e da Assembléia dos Estados-partes, incluindo a sua Mesa e os seus órgãos subsidiários, inscritas no orçamento aprovado pela Assembléia, serão financiadas: *a*) pelas quotas dos Estados-partes; e *b*) pelos fundos provenientes da Organização das Nações Unidas, sujeitos à aprovação da Assembléia Geral, nomeadamente no que diz respeito às despesas relativas a questões remetidas para o Tribunal pelo Conselho de Segurança (art. 115).

O Estatuto veda expressamente a possibilidade de sua ratificação ou adesão com

reservas, nos termos do seu art. 120. Isso evita os eventuais conflitos de interpretação existentes, sobre quais reservas são e quais não são admitidas pelo direito internacional, retirando dos países cépticos a possibilidade de escusa para o cumprimento de suas obrigações²¹. Caso fossem admitidas reservas ao Estatuto, países menos desejosos de cumprir os seus termos poderiam pretender excluir (por meio de reserva) a entrega de seus nacionais ao Tribunal, alegando que tal ato violaria a proibição constitucional de extradição de nacionais²², não obstante o Estatuto ter distinguido a “entrega” da “extradição” no seu art. 102, alíneas *a* e *b*. O impedimento da ratificação com reservas, portanto, é uma ferramenta eficaz para a perfeita atividade e funcionamento do Tribunal.

Nos termos do art. 121 e parágrafos do Estatuto, depois de sete anos de sua entrada em vigor, qualquer Estado-parte poderá propor-lhe alterações, submetendo o texto das propostas de alterações ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que convocará uma Conferência de Revisão, a fim de examinar as eventuais alterações no texto. A adoção de uma alteração numa reunião da Assembléia dos Estados-partes ou numa Conferência de Revisão exigirá a maioria de dois terços dos Estados-partes, quando não for possível chegar a um consenso. O Tribunal, contudo, não exercerá a sua competência relativamente a um crime abrangido pela alteração sempre que este tiver sido cometido por nacionais de um Estado-parte que não tenha aceitado a alteração ou cometido no território desse Estado-parte.

3. Competência material do Tribunal Penal Internacional

O Tribunal Penal Internacional, como já se noticiou, é competente para julgar, com caráter permanente e independente, os crimes mais graves que afetam todo o conjunto da sociedade internacional dos Estados e

que ultrajam a consciência da humanidade. Tais crimes, que não prescrevem, são os seguintes: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão²³. A competência do Tribunal em relação aos referidos crimes, deve-se frisar mais uma vez, só vigora em relação àquelas violações praticadas *depois* da entrada em vigor do Estatuto. Caso um Estado se torne parte no Estatuto depois de sua entrada em vigor, o Tribunal Penal Internacional só poderá exercer a sua competência em relação aos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto nesse Estado.

3.1. Crime de genocídio

O crime de genocídio foi, sem sombra de dúvida, uma das principais preocupações do pós-Segunda Guerra, que levou à adoção, pela Resolução 260-A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, da Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, em 9 de dezembro de 1948²⁴. Nos termos do art. 2º desta Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como: *a*) assassinato de membros do grupo; *b*) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; *c*) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; *d*) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e *e*) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.

Nos termos da Convenção (art. 3º), serão punidos os seguintes atos: *a*) o genocídio; *b*) o conluio para cometer o genocídio; *c*) a incitação direta e pública a cometer o genocídio; *d*) a tentativa de genocídio; e *e*) a cumplicidade no genocídio.

Nos termos de seu art. 5º, as partes contratantes da Convenção assumem o compromisso de tomar, de acordo com as respectivas Constituições, as medidas legislativas necessárias a assegurar a aplicação de suas

disposições e, sobretudo, a *estabelecer sanções penais eficazes* aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. 3º.

O seu art. 6º, é interessante observar, já propugnava pela criação de uma corte internacional criminal, nestes termos:

“As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. 3º serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido *ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição*” (grifo nosso).

De lá para cá, afirmou-se, cada vez mais, no seio da sociedade internacional, o caráter de *norma costumeira* do crime de genocídio, posição também consolidada na Corte Internacional de Justiça, na Opinião Consultiva emitida em 28 de maio de 1951, sobre as “Reservas à Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio”, em que tal ilícito foi reconhecido como sendo um “crime do direito internacional”²⁵.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, acompanhando essa evolução do direito internacional dos direitos humanos e do direito humanitário, definiu o crime de genocídio no seu art. 6º. Para os efeitos do Estatuto de Roma, entende-se por “genocídio” qualquer um dos atos a seguir enumerados, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal, a saber: *a*) homicídio de membros do grupo; *b*) ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; *c*) sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; *d*) imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e *e*) transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

A consagração do crime de genocídio, pelo Estatuto de Roma, é bom que se frise, deu-se a exatos cinquenta anos da procla-

mação, pelas Nações Unidas, da Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Trata-se, portanto, de um dos maiores e mais importantes presentes já entregues à humanidade, pelo cinquentenário da Convenção de 1948.

3.2. Crimes contra a humanidade

Os crimes contra a humanidade têm sua origem histórica no massacre provocado pelos turcos contra os armênios, na Primeira Guerra Mundial, qualificado pela Declaração do Império Otomano (feita pelos governos russo, francês e britânico, em maio de 1915, em Petrogrado) como um crime da Turquia contra a humanidade e a civilização.

Nos termos do art. 7º, § 1º, do Estatuto de Roma, entende-se por “crime contra a humanidade” (*crime against humanity*) qualquer um dos atos seguintes, quando cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque, a saber: *a*) homicídio; *b*) extermínio; *c*) escravidão; *d*) deportação ou transferência forçada de uma população; *e*) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; *f*) tortura; *g*) agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; *h*) perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste mesmo parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; *i*) desaparecimento forçado de pessoas; *j*) crime de *apartheid*; e ainda *k*) outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental²⁶.

O § 2º do mesmo art. 7º explica os significados de cada um dos termos inseridos no § 1º. Por “ataque contra uma população civil” entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política.

O “extermínio” compreende a sujeição intencional a condições de vida tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos com vista a causar a destruição de uma parte da população.

Por “escravidão” entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças.

A “deportação ou transferência à força de uma população” é entendida como o deslocamento forçado de pessoas, por expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional.

Por “tortura” entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado. Esse termo, entretanto, não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas.

Por “gravidez à força” entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Mas essa definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições do direito interno relativas à gravidez.

A “perseguição” é entendida como a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacio-

nal, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa.

Por “crime de *apartheid*” entende-se qualquer ato desumano praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime.

Por fim, por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

O § 3º do art. 7º deixa claro que, para efeitos do Estatuto, entende-se que o termo “gênero” abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

3.3. Crimes de guerra

Os crimes de guerra, também conhecidos como “crimes contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados”, são fruto de uma longa evolução do direito internacional humanitário, desde o século passado, tendo sido impulsionado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ganhando foros de juridicidade com as quatro Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, e com as bases teóricas do direito costumeiro de guerra²⁷.

Dos crimes de guerra cuida o art. 8º do Estatuto de Roma. Segundo o § 1º desse dispositivo, o Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crime.

Nos termos do longo § 2º do mesmo artigo, são exemplos de crimes de guerra, entre

outros, as violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a exemplo de qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente, a saber: *a*) homicídio doloso; *b*) tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas; *c*) o ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde; *d*) destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; *e*) o ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga; *f*) privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial; *g*) deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade; e *h*) tomada de reféns.

São também exemplos de crimes de guerra, nos termos do Estatuto, outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do Direito Internacional, a exemplo dos seguintes atos: *a*) dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades; *b*) dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja, bens que não sejam objetivos militares; *c*) dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados; *d*) lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente

excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa; e) atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares; f) matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido; g) submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou coloquem seriamente em perigo a sua saúde; h) matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo etc.

O Estatuto de Roma também traz várias novidades no campo dos crimes de guerra, como, por exemplo, ao incluir, no rol dos crimes dessa espécie, os conflitos armados não internacionais, que são a maioria dos conflitos existentes na atualidade, a exemplo daqueles ocorridos na Ex-Iugoslávia e em Ruanda, que representaram uma séria ameaça à segurança e à paz internacionais. Isso não se confunde, entretanto, com as situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante (art. 8º, § 2º, alíneas *d e f*).

Enfim, esse rol exemplificativo dos crimes de guerra previstos pelo Estatuto de Roma já basta para justificar a criação de uma corte penal internacional de caráter permanente, com competência para processar e julgar os maiores responsáveis pela violação do direito internacional humanitário.

3.4. Crimes de agressão

O crime de agressão sempre causou polêmica na doutrina, desde as primeiras questões envolvendo a licitude ou ilicitude da guerra, sabendo-se que, no plano internacional, a guerra foi declarada um meio ilícito

de solução de controvérsias internacionais (art. 2º, § 4º, da Carta das Nações Unidas), mas já anteriormente afirmado pelo Pacto de Renúncia à Guerra de 1928 (*Pacto Briand-Kellog*), que assim dispõe no seu art. 1º:

“As Altas Partes Contratantes declaram, solenemente, em nome de seus respectivos povos, que condenam o recurso à guerra para a solução das controvérsias internacionais, e a isso renunciam, como instrumento de política nacional, em suas relações recíprocas”.

Como acertadamente leciona Tarciso Dal Maso Jardim (2000, p. 28), a discussão

“da abrangência de recorrer à ameaça e ao uso da força, estabelecida pelo referido artigo, rendeu várias correntes doutrinárias, como a do direito de ingerência por razões humanitárias. A confusão se dá porque essa abstenção deve ser, segundo o art. 2º, § 4º [da Carta da ONU], contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado ou outro modo incompatível com os objetivos das Nações Unidas”.

A não-existência de uma definição precisa de *agressão*, suficientemente abrangente para servir como elemento constitutivo do “crime de agressão” e, conseqüentemente, para fundamentar a responsabilidade penal internacional dos indivíduos, dificultou, portanto, a inclusão dessa espécie de crime no Estatuto de Roma de 1998.

Por esses e outros motivos igualmente relevantes foi que, dos quatro crimes incluídos na competência do TPI, a definição do crime de agressão foi propositadamente relegada a uma etapa posterior, nos termos do art. 5º, § 2º (c/c os arts. 121 e 123), do Estatuto, segundo o qual o Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a tal crime. Essa nova disposição poderá ser por

emenda (art. 121) ou por revisão (art. 123), pois durante a Conferência de Roma não houve consenso sobre a tipificação dessa espécie de ilícito internacional. O Estatuto esclarece ainda que tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

A tipificação jurídica do crime de agressão será resultado dos trabalhos da Comissão Preparatória do TPI (*PrepCom*), que está entabulando negociações no sentido de se chegar a um consenso sobre os elementos constitutivos de tal crime internacional.

Como leciona Fábio Konder Comparato (2003, p. 453), a idéia

“de qualificar os atos de agressão bélica como crimes contra a paz internacional surgiu, pela primeira vez, na Conferência de Versalhes, de 1919, que criou a Sociedade das Nações. O art. 227 do tratado então assinado instituiu um tribunal especial incumbido de julgar o ex-Kaiser Guilherme II, ‘culpado de ofensa suprema à moral internacional e à autoridade dos tratados’. Sucede que a Holanda, país no qual se asilou o antigo monarca, recusou-se a extraditá-lo, alegando a sua imunidade internacional de Chefe de Estado, à época em que praticou os atos de que era acusado”²⁸.

Esse entendimento manifestado à época, relativo à imunidade de jurisdição dos chefes de Estado, como veremos mais à frente, foi hoje abolido pela regra do art. 27, §§ 1º e 2º, do Estatuto de Roma de 1998, que não o admite em quaisquer hipóteses.

4. O Tribunal Penal Internacional e os (aparentes) conflitos com a Constituição brasileira de 1988

Uma das principais virtudes do Estatuto de Roma reside na consagração do princípio segundo o qual a responsabilidade penal por atos violadores do Direito Internacional deve recair sobre os indivíduos que os perpetraram, deixando de ter efeito as

eventuais imunidades e privilégios ou mesmo a posição ou os cargos oficiais que os mesmos porventura ostentem²⁹.

Nos termos do art. 25, e parágrafos, do Estatuto, o Tribunal tem competência para julgar e punir *pessoas físicas*, sendo considerado individualmente responsável quem cometer um crime da competência do Tribunal. Nos termos do Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: *a*) cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável; *b*) ordenar, solicitar ou instigar a prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; *c*) com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; e *d*) contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum.

O Estatuto de Roma repete a conquista do Estatuto do Tribunal de Nuremberg em relação aos cargos oficiais daqueles que praticaram crimes contra o Direito Internacional. Nos termos do art. 27, §§ 1º e 2º, do Estatuto de Roma, a competência do Tribunal aplica-se de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na sua qualidade oficial³⁰. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público em caso algum poderá eximir a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do Estatuto nem constituirá de *per se* motivo para a redução da pena. Diz ainda o Estatuto que as imunidades ou normas de procedimentos especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

A consagração do princípio da responsabilidade penal internacional dos indivíduos é, sem dúvida, uma conquista da humanidade. E essa idéia vem sendo sedimentada desde os tempos em que Hugo Grotius lançou as bases do moderno Direito Internacional Público. Esse grande jurista holandês divergiu, ao seu tempo, da noção corrente àquela época – e que ainda mantém alguns seguidores na atualidade – de que o Direito Internacional está circunscrito tão somente às relações entre Estados, não podendo dizer respeito diretamente aos indivíduos³¹.

O chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, que emerge finda a segunda Guerra Mundial, vem sepultar de vez essa antiga doutrina, que não atribuía aos indivíduos personalidade jurídica de *direito das gentes*. A idéia crescente de que os indivíduos devem ser responsabilizados no cenário internacional, em decorrência dos crimes cometidos contra o Direito Internacional, vem bastante reforçada no Estatuto de Roma, que, além de ensejar a punição dos indivíduos como tais, positivou, no bojo de suas normas, ineditamente, os princípios gerais de direito penal internacional (arts. 22 a 33), bem como trouxe regras claras e bem estabelecidas sobre o procedimento criminal perante o Tribunal (arts. 53 a 61). Tal acréscimo vem suprir as lacunas deixadas pelas Convenções de Genebra de 1949, que sempre foram criticadas pelo fato de terem dado pouca ou quase nenhuma importância às regras materiais e processuais da ciência jurídica criminal³².

Tais regras penais e procedimentais, estabelecidas pelo Estatuto de Roma, com uma leitura apressada do texto convencional, podem pressupor certa incompatibilidade com o direito constitucional brasileiro, mais especificamente em relação a três assuntos de fundamental importância disciplinados pelo Estatuto: *a)* a entrega de nacionais ao Tribunal; *b)* a pena de prisão perpétua; *e, c)* a questão das imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função.

Segundo o art. 58, § 1º, alíneas *a* e *b*, do Estatuto, a todo o momento após a abertura do inquérito, o Juízo de Instrução poderá, a pedido do Promotor, emitir um mandado de detenção contra uma pessoa se, após examinar o pedido e as provas ou outras informações submetidas pelo Promotor, considerar que existem motivos suficientes para crer que essa pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal e a detenção dessa pessoa se mostra necessária para garantir o seu comparecimento no Tribunal, assim como garantir que a mesma não obstruirá, nem porá em perigo, o inquérito ou a ação do Tribunal. O mandado de detenção também poderá ser emitido, se for o caso, para impedir que a pessoa continue a cometer esse crime ou um crime conexo que seja da competência do Tribunal e tenha a sua origem nas mesmas circunstâncias.

Como leciona Cachapuz de Medeiros (2000, p. 13), é essencial

“para que se garanta a efetiva administração da Justiça Penal Internacional que esta tenha a faculdade de determinar que os acusados da prática dos crimes reprimidos pelo Estatuto sejam colocados à disposição do Tribunal. Seria inútil o esforço de criar o Tribunal Penal Internacional caso não se conferisse ao mesmo o poder de determinar que os acusados sejam compelidos a comparecer em juízo”.

Para o êxito dessas finalidades, o Estatuto prevê um regime de cooperação entre os seus Estados-partes. Nos termos do art. 86 do Estatuto, os Estados-partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal, no inquérito e no procedimento criminal, em relação aos crimes de sua competência. Tais Estados, diz o art. 88, deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto.

A colaboração dos Estados, portanto, é fundamental para o êxito do inquérito e do procedimento criminal perante o Tribunal.

Tais Estados devem cooperar com o Tribunal da forma menos burocrática possível, atendendo ao princípio da celeridade.

4.1. *A entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional*

O primeiro conflito aparente entre uma disposição do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira de 1988 advém do teor do art. 89, § 1º, do Estatuto, segundo o qual o Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega (*surrender*) de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território essa pessoa possa se encontrar e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa, tendo os Estados-partes o dever de dar satisfação ao Tribunal aos pedidos de detenção e de entrega de tais pessoas, em conformidade com o Estatuto e com os procedimentos previstos nos seus respectivos direitos internos.

Não obstante os procedimentos nacionais para prisão continuarem sendo aplicados, eventuais normas internas sobre privilégios e imunidades referentes a cargos oficiais, bem como regras sobre não-extradução de nacionais, não serão causas válidas de escusa para a falta de cooperação por parte dos Estados-membros do Tribunal³³.

A Constituição brasileira de 1988, no seu art. 5º, incisos LI e LII, dispõe, respectivamente, que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”; e também que “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”. Tais incisos do art. 5º da Constituição, pertencendo ao rol dos direitos fundamentais, estão cobertos pelo art. 60, § 4º, inc. IV, da mesma Carta, segundo o qual “não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”.

Por esse motivo é que o Estatuto de Roma, levando em consideração disposições seme-

lhantes de vários textos constitucionais modernos, distingue claramente o que entende por “entrega” e por “extradição”. Nos termos do seu art. 102, alíneas *a* e *b*, para os fins do Estatuto entende-se por “entrega” o ato de o Estado entregar uma pessoa ao Tribunal “nos termos do presente Estatuto” e por “extradição” entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado “conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno de determinado Estado”³⁴. Portanto, se a entrega de uma pessoa, feita pelo Estado ao Tribunal, der-se *nos termos do Estatuto de Roma*, tal ato caracteriza-se como “entrega”, mas caso o ato seja concluído, por um Estado em relação a outro, com base no previsto *em tratado ou convenção ou no direito interno de determinado Estado*, nesse caso trata-se de “extradição”.

O art. 91, § 2º, alínea *c*, do Estatuto impõe uma regra clara de cooperação dos Estados com o Tribunal, no sentido de que as exigências para a entrega de alguém ao Tribunal não podem ser mais rigorosas do que as que devem ser observadas pelo país em caso de um pedido de extradição.

Como corretamente destaca Cachapuz de Medeiros (2000, p. 14), a diferença fundamental

“consiste em ser o Tribunal uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atrozes contra a dignidade humana de uma forma justa, independente e imparcial. Na condição de órgão internacional, que visa realizar o bem-estar da sociedade mundial, porque reprime crimes contra o próprio Direito Internacional, a entrega do Tribunal não pode ser comparada à extradição”.

Portanto, não se trata de entregar alguém para outro sujeito de Direito Internacional Público, de categoria igual à do Estado-parte, também dotado de soberania na ordem internacional, mas sim a um *organismo internacional* de que fazem parte vários Estados. Daí entendermos que o ato de entrega é feito pelo Estado a um *tribunal internacional*

de jurisdição permanente, diferentemente da extradição, que é feita por um Estado *a outro*, a pedido deste, em plano de absoluta igualdade, em relação a indivíduo neste último processado ou condenado e lá refugiado. A extradição envolve sempre dois Estados soberanos, sendo ato de cooperação entre ambos na repressão internacional de crimes³⁵, diferentemente do que o Estatuto de Roma chamou de *entrega*, em que a relação de cooperação se processa entre um Estado e o próprio Tribunal.

O fundamento que existe para que as Constituições contemporâneas prevejam a não-extradição de nacionais está ligado ao fato de a justiça estrangeira poder ser *injusta* e julgar o nacional do outro Estado sem imparcialidade, o que evidentemente não se aplica ao caso do Tribunal Penal Internacional, cujos crimes *já estão definidos* no Estatuto de Roma e cujas normas processuais são das mais avançadas do mundo no que tange às garantias da justiça e da imparcialidade dos julgamentos.

Portanto, a entrega de nacionais do Estado ao Tribunal Penal Internacional, estabelecida pelo Estatuto de Roma, não fere o direito individual da não-extradição de nacionais, insculpido no art. 5º, inc. LI, da Constituição brasileira de 1988, bem como o direito de não-extradição de estrangeiros por motivos de crime político ou de opinião, constante do inc. LII do mesmo art. 5º da Carta de 1988.

Parece clara, assim, a distinção entre a entrega de um nacional brasileiro a uma corte com jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, por meio de tratado que ratificou e se obrigou a fielmente cumprir, e a entrega de um nacional nosso (esta sim proibida pela Constituição) a um tribunal estrangeiro, cuja jurisdição está afeta à soberania de uma outra potência estrangeira, que não a nossa e de cuja construção nós não participamos com o produto da nossa vontade.

Não bastasse essa diferença técnica, uma outra ainda se apresenta. Embora, nos ter-

mos do Estatuto de Roma, as regras internas dos Estados continuem tendo validade, não serão aceitas determinadas escusas – entre elas a de que não se pode entregar nacionais do Estado ao Tribunal – para a não-cooperação desses Estados com o Tribunal. Um Estado-parte no Estatuto que não entregue um nacional seu quando emitida ordem de prisão contra o mesmo será tido como um não-colaborador, o que lhe poderá causar enormes prejuízos, tendo em vista existir no Estatuto de Roma todo um processo que pode ser levado à Assembléia dos Estados-partes do TPI e até mesmo ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, para que possam ser tomadas medidas de enquadramento de conduta em relação a esses Estados não-colaboradores.

4.2. A pena de prisão perpétua

Outro ponto delicado que pode causar um aparente conflito entre as disposições do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira de 1988 diz respeito à previsão do art. 77, § 1º, alínea *b*, do Estatuto, segundo o qual o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no seu art. 5º, entre outras medidas, a pena de prisão perpétua se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem.

O art. 80 do Estatuto traz uma regra de interpretação no sentido de que as suas disposições em nada prejudicarão a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos seus respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas por ele referidas.

A Constituição brasileira, por seu turno, permite até mesmo a pena de morte “em caso de guerra declarada” (art. 5º, inc. XLVII, alínea *a*), mas proíbe terminantemente as penas de caráter perpétuo (alínea *b* do mesmo inciso). Contudo, é bom que fique nítido que o Supremo Tribunal Federal não tem tido nenhum problema em autorizar extradições para países onde existe a pena de prisão perpétua, em relação aos crimes imputados

aos extraditandos, mesmo quando o réu corre o risco efetivo de ser preso por essa modalidade de pena. Como destaca Cachapuz de Medeiros (2000, p. 14-15), entende “o pretório excelso que a esfera da nossa lei penal é interna. Se somos benevolentes com ‘nossos delinqüentes’, isso só diz bem com os sentimentos dos brasileiros. Não podemos impor o mesmo tipo de ‘benevolência’ aos Países estrangeiros”.

O Supremo Tribunal Federal, também, em mais de uma ocasião, autorizou a extradição para Estados que adotam a pena de morte, com a condição de que houvesse a comutação dessa pena pela de prisão perpétua.

A título de exemplo, pode ser citado o entendimento do Ministro Francisco Rezek, no processo de extradição nº 426, em que o STF deferiu extradição de estrangeiro a Estado requerente que aplicaria, sem condições, a pena de prisão perpétua. Apesar de o referido processo ter se desenvolvido sob a égide da Carta Política anterior, a lição nos serve perfeitamente, tendo em vista a similitude dos enunciados da Carta de 1967 com a atual Carta de 1988. A Carta de 1967 também previa, no § 11 do seu art. 153, a proibição da aplicação da pena de caráter perpétuo. O então Ministro Francisco Rezek (hoje juiz da Corte Internacional de Justiça), em seu voto, deixou expresso, à época, que

“no que concerne ao parágrafo 11 do rol constitucional de garantias ele estabelece um padrão processual no que se refere a este país, no âmbito especial da jurisdição desta República. A lei extradicional brasileira, em absoluto, não faz outra restrição salvo aquela que tange à pena de morte. (...) O que a Procuradoria Geral da República propõe é uma extensão transnacional do princípio inscrito no parágrafo 11 do rol de garantias” (cf. RTJ nº 115/969)³⁶.

Esse tipo de medida encontra sua justificativa na Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), por força do seu art. 91, que não restringe, em nenhuma das hipóteses que

elencas, a extradição em função da pena prisão perpétua. Portanto, no Brasil, ainda que internamente não se admita a pena de prisão perpétua, isso não constitui restrição para efeitos de extradição.

Portanto, a interpretação mais correta a ser dada para o caso em comento é a de que a Constituição, quando prevê a vedação de pena de caráter perpétuo, está direcionando o seu comando tão-somente para o legislador interno brasileiro, não alcançando os legisladores estrangeiros e tampouco os legisladores internacionais que, a exemplo da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, trabalham rumo à construção do sistema jurídico internacional³⁷.

A pena de prisão perpétua – que não recebe a mesma ressalva constitucional conferida à pena de morte – não pode ser instituída *dentro* do Brasil, quer por meio de tratados internacionais, quer mediante emendas constitucionais, por se tratar de cláusula pétrea constitucional. Mas isso não obsta, de forma alguma, que a mesma pena possa ser instituída *fora* do nosso país, em tribunal permanente com jurisdição internacional, de que o Brasil é parte e em relação ao qual deve obediência, em prol do bem-estar da humanidade³⁸.

A Constituição brasileira de 1988, como já falamos, preceitua, no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o Brasil “propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. E isso reforça a tese de que o conflito entre as disposições do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira é apenas aparente, não somente pelo fato de que a criação de um tribunal internacional de direitos humanos reforça o princípio da dignidade da pessoa humana (também inculcado pela Constituição, no seu art. 1º, inc. III), mas também pelo fato de que o comando do texto constitucional brasileiro é dirigido ao legislador doméstico, não alcançando os crimes cometidos contra o Direito Internacional e reprimidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Portanto, não obstante a vedação das penas de caráter perpétuo ser uma tradição constitucional entre nós, o Estatuto de Roma de forma alguma afronta a nossa Constituição (como se poderia pensar numa leitura descompromissada de seu texto); mas ao contrário, contribui para coibir os abusos e as inúmeras violações de direitos que se fazem presentes no planeta, princípio esse que sustenta corretamente a tese de que a dignidade da sociedade internacional não pode ficar à margem do universo das regras jurídicas.

De outra banda, o condenado que se mostrar merecedor dos benefícios estabelecidos pelo Estatuto poderá ter sua pena reduzida, inclusive a de prisão perpétua. Nos termos do art. 110, §§ 3º e 4º, do Estatuto, quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão, em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução, se constatar que se verificam uma ou várias das condições seguintes: *a)* a pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento; *b)* a pessoa tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou *c)* quando presentes outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias, suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual do Tribunal.

4.3. *A questão das imunidades: o foro por prerrogativa de função*

Por fim, pode surgir ainda o conflito (também aparente) entre as regras brasileiras relativas às imunidades em geral e às prerrogativas de foro por exercício de função e aquelas atinentes à jurisdição do TPI. Tais regras são aplicáveis, por exemplo, ao Presidente da República, seus Ministros de Es-

tados, Deputados, Senadores etc. Essas imunidades e privilégios, contudo, são de ordem interna e podem variar de um Estado para o outro. Também existem outras limitações de ordem internacional, a exemplo da regra sobre imunidade dos agentes diplomáticos à jurisdição penal do Estado acreditado, determinada pelo art. 31 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, que é norma interna brasileira. Os embaixadores têm imunidade plena na jurisdição penal dentro dessa sistemática.

Os crimes de competência do TPI – crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão –, por sua vez, são quase sempre perpetrados por indivíduos que se escondem atrás dos privilégios e imunidades que lhes conferem os seus ordenamentos jurídicos internos.

Levando em conta tais circunstâncias, o Estatuto de Roma pretendeu estabelecer regra clara a esse respeito, e assim o fez no seu art. 27, que trata da irrelevância da qualidade oficial daqueles que cometem os crimes por ele definidos, segundo o qual:

“1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimentos especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.”

Portanto, as imunidades ou privilégios especiais que possam ser concedidos aos indivíduos em função de sua condição como

ocupantes de cargos ou funções estatais, seja segundo o seu direito interno, seja segundo o Direito Internacional, não constituem motivos que impeçam o Tribunal de exercer a sua jurisdição em relação a tais assuntos. O Estatuto elide qualquer possibilidade de invocação da imunidade de jurisdição por parte daqueles que cometeram crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra ou de agressão. Assim, de acordo com a sistemática do Direito Internacional Penal, não podem os genocidas e os responsáveis pelos piores crimes cometidos contra a humanidade acobertar-se pela prerrogativa de foro, pelo fato de que exerciam uma função pública ou de liderança à época do delito.

O Estado brasileiro, doravante, terá um papel importante no que tange à compatibilização das normas do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – respeitando o dever consuetudinário insculpido com todas as letras no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, segundo o qual um Estado-parte em um tratado internacional tem a obrigação de cumpri-lo de boa-fé –, no sentido de fazer editar a normatividade interna infraconstitucional necessária para que o Estatuto possa ser implementado e não se transforme em letra morta, sob pena de responsabilização internacional.

Quanto à nossa Constituição, ela está perfeitamente apta a operar com o direito internacional dos direitos humanos e com o direito internacional humanitário, não havendo que se falar em conflito entre as disposições do Estatuto de Roma e o texto constitucional brasileiro, consoante a cláusula de recepção imediata dos tratados internacionais de direitos humanos insculpida no § 2º de seu art. 5º, bem como os princípios de direitos humanos consagrados pela Constituição brasileira, em especial o princípio da “prevalência dos direitos humanos”, constante de seu art. 4º, inc. II.

Não há que se cogitar, portanto, de eventual *inconstitucionalidade intrínseca* do Estatuto de Roma de 1998 em relação à Constituição brasileira de 1988³⁹.

5. Considerações finais: perspectivas para uma Justiça Penal Internacional

Terminado este estudo, resta-nos dizer ainda algumas palavras finais, relativas à importância do TPI para a Justiça Penal Internacional.

Sem qualquer dúvida, a instituição do Tribunal Penal Internacional é um dos fatores principais que marcarão as ciências criminais no século XXI. Primeiro porque, desde os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, um sistema internacional de justiça pretende acabar com a impunidade daqueles que violam o Direito Internacional, em termos repressivos (condenando os culpados) e preventivos (inibindo a tentativa de repetição dos crimes cometidos)⁴⁰. Segundo, porque visa sanar as eventuais falhas e insucessos dos tribunais nacionais, que deixam impunes seus criminosos, principalmente quando esses são autoridades estatais, que gozam de imunidade, nos termos das suas respectivas legislações internas. Terceiro, porque evita a criação de tribunais *ad hoc*, instituídos à livre escolha do Conselho de Segurança da ONU, dignificando o respeito à garantia do princípio do juiz natural, ou seja, do juiz competente, em suas duas vertentes: a de um juiz previamente estabelecido e a ligada à proibição de juízos ou tribunais de exceção. Quarto, porque cria instrumentos jurídico-processuais capazes de responsabilizar individualmente as pessoas condenadas pelo Tribunal. E, finalmente, em quinto lugar, porque institui uma Justiça Penal Internacional que contribui, quer interna quer internacionalmente, para a eficácia da proteção dos direitos humanos e do direito internacional humanitário⁴¹.

A consagração do princípio da complementaridade, segundo o qual a jurisdição do TPI é subsidiária às jurisdições nacionais (salvo o caso de os Estados se mostrarem incapazes ou sem disposição em processar e julgar os responsáveis pelos crimes cometidos), contribui sobremaneira para fomentar os sistemas jurídicos nacionais a

desenvolver mecanismos processuais eficazes, capazes de efetivamente aplicar a justiça em relação aos crimes tipificados no Estatuto de Roma, que passam também a ser crimes integrantes do direito interno dos Estados-partes que o ratificaram.

Não existe restrição ou diminuição da soberania para os países que já aderiram, ou aos que ainda irão aderir, ao Estatuto de Roma. Ao contrário: na medida em que um Estado ratifica uma convenção multilateral como esta, que visa trazer um bem-estar que a sociedade internacional reivindica há séculos, ele não está fazendo mais do que, efetivamente, praticando um ato de soberania, e o faz de acordo com sua Constituição, que prevê a participação do Executivo e do Legislativo (no caso brasileiro: CF, arts. 84, inc. VIII, e 49, inc. I, respectivamente) no processo de celebração de tratados.

A Justiça Penal Internacional, portanto, chega ao mundo em boa hora, para processar e julgar os piores e mais cruéis violadores dos direitos humanos que possam vir a existir, reprimindo aqueles crimes contra o Direito Internacional de que nos queremos livrar, em todas as suas vertentes. Será essa Justiça Penal Internacional a responsável pela construção de uma sociedade internacional justa e digna, calcada nos princípios da igualdade e da não discriminação, que são o fundamento da tutela internacional dos direitos humanos.

O papel do Tribunal Penal Internacional para o futuro da humanidade, portanto, é importantíssimo, no sentido de punir e retirar do convívio coletivo mundial os responsáveis pela prática dos piores e mais bárbaros crimes cometidos no planeta, em relação aos quais não se admite esquecimento.

Notas

¹ Nas palavras do Prof. Celso Lafer (2001): “Um dos meios de que se valeu o totalitarismo para obter esta descartabilidade dos seres humanos foi o de gerar refugiados e apátridas. Estes, ao se verem destituídos, com a perda da cidadania, dos benefi-

cios do princípio da legalidade, não se puderam valer dos direitos humanos. Assim, por falta de um vínculo com uma ordem jurídica nacional, acabaram não encontrando lugar – qualquer lugar – num mundo como o do século XX, totalmente organizado e ocupado politicamente. Conseqüentemente, tornaram-se *de facto e de jure* desnecessários porque indesejáveis ‘erga omnes’, e acabariam encontrando o seu destino e lugar nos campos de concentração”.

² A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a esse respeito, assim estabelece em seu Art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Para Hannah Arendt, a participação dos indivíduos em uma comunidade igualitária construída é a condição *sine qua non* para que se possa aspirar ao gozo dos direitos humanos fundamentais (Cf. ARENDT, 1973, p. 299-302).

³ Cf. *THE CHARTER and Judgment of the Nuremberg Tribunal* [U.N.]. doc. A/CN. 4/5, de 3 março 1949, p. 87-88. Cf. também Ramella (1987, p. 6-8).

⁴ O texto do “Estatuto da Iugoslávia” pode ser encontrado no documento das Nações Unidas (NU) S/25704, de 03.05.93, p. 32 et seq.

⁵ Resolução do Conselho de Segurança da ONU nº 955 (1994), NU-Doc. S/Res/955 (1994), de 8 de novembro de 1994. As regras de procedimento e prova foram adotadas em 29.06.95 (ITR/3/Rev. 1), tendo sido uma segunda revisão realizada em meados de 1996. Sobre o assunto, Cf. MELLO, 2001, p. 917-918; COMPARATO, 2003, p. 446-447.

⁶ Cf. AMBOS, 1997.

⁷ Cf. MEDEIROS, 2000, p. 12.

⁸ Sobre as normas de *jus cogens* na Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, Cf. Mazzuoli (2004a, p. 162-182).

⁹ Cf. JARDIM, 2000, p. 16-17.

¹⁰ Cf. MELLO, 2001, p. 913.

¹¹ Para um estudo dos fundamentos jurídicos do TPI, Cf. Ambos (1999, p. 739 et seq.).

¹² Cf., a propósito, Lee (1999, 639 p.)

¹³ Países como os Estados Unidos, de postura absolutamente contrária à criação do Tribunal, tiveram, contudo, a oportunidade de oferecer suas propostas para o alcance material do crime de genocídio ao grupo de trabalho sobre os elementos do crime. Sobre o assunto, Hall (2000, p. 733-788).

¹⁴ Cf. COMPARATO, 2003, p. 448.

¹⁵ A assinatura do Brasil ao Estatuto de Roma do TPI foi precedida de belo *Parecer* da lavra do Prof. Dr. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, digníssimo Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil.

¹⁶ A versão integral brasileira do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (bem como a

quase totalidade dos outros instrumentos internacionais citados no decorrer deste estudo) pode ser encontrada em Mazzuoli (2004b, p. 691-745).

¹⁷ Sobre essa interpretação, relativa à incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, Cf. Mazzuoli (2002, p. 233-252). Na literatura estrangeira, Cf. Egãna (1999, p. 353-361).

¹⁸ Consagrou-se, aqui, o princípio da complementaridade, segundo o qual o TPI não pode interferir indevidamente nos sistemas judiciais nacionais, que continuam tendo a responsabilidade primária de investigar e processar os crimes cometidos pelos seus nacionais, salvo nos casos em que os Estados se mostrem incapazes ou não demonstrem efetiva vontade de punir os seus criminosos. Isso não ocorre, frise-se, com os tribunais internacionais *ad hoc*, que são concorrentes e têm primazia sobre os tribunais nacionais.

¹⁹ Cf. CHOUKR; AMBOS, 2000, p. 07-08; COMPARATO, 2003, p. 449-450.

²⁰ O Brasil foi um dos países que conseguiu eleger representante para o cargo de juiz do TPI, tendo sido eleita a Dra. Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, para o mandato de nove anos.

²¹ Cf., nesse sentido, Choukr (2000); Ambos (2000).

²² Veja-se algumas das dificuldades envolvidas na aplicação dos tratados multilaterais que definem os crimes internacionais, no que tange à questão da impossibilidade de extradição, em Soares (2003, p. 224-225).

²³ Cf., sobre o assunto, Boot (2002); Reed (2002, p. 268-273); e Shelton (2000).

²⁴ Tal Convenção foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 2, de 11 de abril de 1951, e promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952. Esta Convenção integra o direito interno brasileiro com *status* de norma constitucional, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, que recepciona os direitos humanos provenientes de tratados com hierarquia igual à das normas constitucionais e com aplicação imediata. Sobre o assunto, Cf. Mazzuoli (2002, p. 233-252). No Brasil, a Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, define e pune o crime de genocídio.

²⁵ Cf. JARDIM, 2000, p. 22.

²⁶ Sobre o assunto, Cf. Guzman, 2000.

²⁷ Cf. sobre o assunto, Dörmann (2003, 498 p.).

²⁸ A recusa da Holanda em extraditar o Kaiser constituiu violação do disposto no próprio Tratado de Versaillles de 1919. Adotou-se, à época, o velho e arraigado entendimento de que os indivíduos não podem ser tidos como *sujeitos* de Direito Internacional, pois são os Estados que atuam no cenário político externo, sendo os indivíduos meros representantes seus. Desde a instituição do Tribu-

nal de Nuremberg, essa doutrina foi afastada e não pode mais, sob quaisquer aspectos, ser reafirmada para livrar de punição aqueles que cometem genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crime de agressão ou quaisquer outros atos violadores do Direito Internacional.

²⁹ Cf., a propósito, Hortatos (1999).

³⁰ A respeito do assunto, Cf. PAULUS, 2003, p. 855-858.

³¹ Cf. MEDEIROS, 2000, p. 12-13.

³² Cf. MEDEIROS, 2000, p. 15.

³³ Cf. MEDEIROS, 2000, p. 14.

³⁴ No plano da legislação infraconstitucional brasileira, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), estabelece, no seu art. 76, que: "A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade".

³⁵ Cf. FRAGA, 1985, p. 286-287.

³⁶ O Ministro Sidney Sanches afirmou ainda, no mesmo julgamento, que a referida lei constitucional "visou impedir apenas a imposição das penas ali previstas (inclusive a perpétua) para os que aqui tenham de ser julgados. Não há de ter pretendido eficácia fora do País" (RTJ nº 115/969).

³⁷ Cf. MEDEIROS, 2000, p. 15.

³⁸ No mesmo sentido, Cf. STEINER, 2000, p. 34-41.

³⁹ Para um estudo específico do problema da *inconstitucionalidade intrínseca* dos tratados internacionais Cf. MAZZUOLI, 2004a, p. 247-252.

⁴⁰ Cf. HUMAN Rights Watch world report 1994: events of 1993. *Human Rights Watch*, New York, 1994, p. XX.

⁴¹ Cf. JARDIM, 2000, p. 17-18.

Bibliografia

AMBOS, Kai. Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional permanente y un código penal internacional: observaciones desde el punto de vista del derecho penal internacional. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, ano 7, n. 13, ago. 1997.

_____. Les fondements juridiques de la Cour Penale Internationale. *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Bruxelles, n. 10, 1999.

ARENDDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1973.

BOOT, Machteld. *Genocide, crimes against humanity, war crimes: nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court*. Antwerp: Intersentia, 2002.

- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: _____; STEINER, Sylvia Helena F.; JARDIM, Tarciso Dal Maso. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000. p. 9-15. (Ação parlamentar, n. 110).
- CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DÖRMANN, Knut. *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: sources and commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- EGAÑA, José Luis Cea. Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional. *Revista Ius et Praxis*, Talca, ano 5, n. 2, p. 353-361, 1999.
- FRAGA, Mirtó. *O novo estatuto do estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GUZMAN, Margaret McAuliffe de. The road from Rome: the developing law of crimes against humanity. *Human Rights Quarterly*, Latvia, v. 22, n. 2, p. 335, 2000.
- HALL, Christopher Keith. Las primeras cinco sesiones de la Comisión Preparatoria de NNUU sobre la CPI. *American Journal of International Law*, Massachusetts, v. 94, n. 4, p. 733-788, 2000.
- HORTATOS, Constantine P. *Individual criminal responsibility for human rights atrocities in international criminal law and the creation of a permanent International Criminal Court*. Athens: Ant. N. Sakkoulas Publishers, 1999.
- JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. In: _____; STEINER, Sylvia Helena F.; MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000. p. 15-33. (Ação parlamentar, n. 110).
- LEE, Roy S. (Ed.). *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute: issues, negotiations, results*. The Hague: Kluwer Law International, 1999. 639 p.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004b. p. 691-745.
- _____. *Direito internacional público: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004c.
- _____. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- _____. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004a. p. 162-182.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 2. v.
- PAULUS, Andreas L. Legalist groundwork for the International Criminal Court: commentaries on the Statute of the International Criminal Court. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 14, n. 4, p. 843-860, 2003.
- RAMELLA, Pablo A. *Crimes contra a humanidade*. Tradução de Fernando Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- REED, Brody. International crimes, peace and human rights: the role of the International Criminal Court/The Rome statute of the International Criminal Court: a challenge to impunity. *American Journal of National Law*, Massachusetts, v. 96, n. 1, p. 268-273, jan. 2002.
- SHELTON, Dinah. *International crimes, peace and human rights: the role of the International Criminal Court*. Ardsley; New York: Transnational Publishers, 2000.
- SOARES, Guido Fernando Silva. O terrorismo internacional e a Corte Internacional de Justiça. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil - perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição brasileira. In: _____; JARDIM, Tarciso Dal Maso; MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000. p. 34-41. (Ação parlamentar, n. 110).

Por que se deve ter e por que não se deve ter a pena de morte

Aspectos jurídicos e políticos

Antonio Marcelo Jackson F. da Silva

Sumário

1. Por que se deve ter a pena de morte. 2. Por que não se deve ter a pena de morte. 3. À guisa de uma conclusão ou o início de um novo debate.

Sendo um dos mais polêmicos temas da área jurídica, a “pena de morte” ou “pena capital” tem recebido os mais diversos tratamentos dos operadores do Direito sem, entretanto, oferecerem comentários que estejam *de fato* vinculados ao assunto quando observado nas legislações e teses que acatarem ao longo do tempo tal princípio, isso porque, antes de mais nada, falar sobre a “pena de morte” é falar sobre a exclusão permanente de indivíduo do meio social ou, em outros termos, partir do princípio que a mais extrema forma de punição deve estancar permanentemente uma pessoa da sociedade a qual estava vinculada. Pode parecer um certo preciosismo abordar o tema sob essa ótica. Todavia, não se deve esquecer que a exclusão do meio social como forma de se punir um dos membros do grupo é bem provavelmente a mais grave pena imposta a um indivíduo, dado que o homem como ser social – ou político, na originária definição de Aristóteles – apenas pode ser entendido como tal quando se encontra em sociedade. A pena capital ou a exclusão permanente é, portanto, retirar desse indivíduo sua condição humana. Tomemos alguns rápidos exemplos.

Antonio Marcelo Jackson F. da Silva é Bacharel em História pela UERJ, Mestre e Doutorando em Ciência Política pelo IUPERJ.

Tanto para aqueles que são favoráveis a tal punição quanto para aqueles que são contra, um dos argumentos diz que a mesma pode ou não reduzir a criminalidade. Torna-se interessante porque, salvo em um único caso¹, jamais essa pena foi imputada acreditando-se que, com isso, a violência em sua forma mais grave seria embargada, isso porque nenhum dos estudos, clássicos ou contemporâneos, feitos até hoje pressupõe a punição como o termo necessário para eliminar o delito. Em todos eles reconhece-se a capacidade – ou possibilidade, como queiram – humana de transgredir as regras socialmente produzidas, e assim a existência perene da delinquência é um *fato* que não se pode ignorar. Em outros termos, a transgressão das regras socialmente produzidas (ou das normas legalmente feitas por meio das relações políticas) é um dado que se apresenta em todas as sociedades sem qualquer vínculo com as punições previstas, tanto pelos costumes quanto pelas leis. Ainda que se credite a certos autores – a contar de Platão – a possibilidade de se construir mecanismos pedagógicos para que, com isso, seja alterado o comportamento dos indivíduos, tal objetivo não se materializa em sua plenitude, produzindo-se assim uma determinada *margin* para o delito, seja ele um enfrentamento claro aos costumes ou às leis. Dessa maneira, a punição existe, quando muito, para que a parte da sociedade que tende à transgressão tenha um exemplo das conseqüências em relação a um determinado crime e, por meio da dúvida, evite sua consumação ou, em outros termos, a pena aparece, se tanto, para uma espécie de controle sobre a criminalidade – nunca com a utópica idéia de se acabar com os delitos.

No que diz respeito aos aspectos pedagógicos, isso não aparece na letra da lei ou mesmo dos costumes ao longo do tempo, mas sim a contar do Mundo Moderno com o entendimento que se produziu em relação à pobreza e à responsabilidade do Estado, principalmente a partir dos argumentos de Thomas Robert Malthus. Para ele, era ine-

vitável as desgraças periódicas e agudas, e isso ocorria em virtude da tendência de a população aumentar mais rapidamente do que os meios de sobrevivência, fazendo com que existisse sempre não apenas uma desigualdade entre os diversos grupos sociais, mas também o entendimento de que isso se dava a contar de uma lei natural e, portanto, inevitável. Desse modo, o único papel a ser desempenhado tanto pelas classes mais ricas quanto pelo poder público seria o de educar os segmentos mais baixos no intuito de minimizar da melhor forma possível o problema (BENDIX, 1996, p. 95). Assim, se, por um lado, tal proposta torna-se a propulsão de uma nova pedagogia, que informava sobre a *inevitável* pobreza, por outro, tornava-se também necessária a criação de forças públicas que controlassem a transgressão perenemente produzida. É nesse sentido, por exemplo, que surge no século XVIII e ganha forma definitiva no século XIX o conceito de *polícia* ou, no sentido original, *policiar*, *polir*, *dar polimento* a uma sociedade abrutalhada que não condiz com os termos da civilidade. Em outras palavras, a idéia de se produzir uma espécie de modelo que “educasse” a sociedade em direção aos “bons modos” surge em virtude de se fazer acomodar os segmentos mais baixos da população frente a sua miséria e as possíveis revoltas oriundas desse posicionamento social, ou seja, muito mais do que a “transgressão” (no sentido de um crime – na ausência de termo melhor), a preocupação residia na “transgressão social”: a possibilidade de se subverter uma hierarquia social anteriormente produzida.

Retornando ao tema principal, um segundo exemplo – muito mais voltado para aqueles que são contrários a esse tipo de punição – é aquele que afirma ser essa penalidade irreversível, ou seja, frente à possibilidade de um erro jurídico, o suposto condenado não teria uma “segunda chance”, pelos motivos óbvios. Esse tipo de comentário torna-se frágil porque, salvo engano de nossa parte, nenhuma pena é reversível:

não há como reverter uma punição injusta, pouco importando qual seja a punição. Bem sabemos que, de maneira usual, o que se faz é converter uma punição injusta – pouco importando aqui o motivo da injustiça, seja por erro no processo, falso testemunho etc. – em valores de ordem financeira, ou seja, “paga-se tanto a fulano por ter sido enviado e detido em uma delegacia ou penitenciária por erro judicial”. Não se pode dizer, necessariamente, que essa pessoa tenha “revertido” o constrangimento social de estar preso por receber uma certa quantia pois, afinal, qual é o valor da liberdade? De forma sucinta e com todos os erros possíveis, sabemos que o cálculo é feito da seguinte maneira: toma-se a idade, a profissão, os dependentes diretos e os ganhos que a pessoa teria durante o tempo em que ficou detida; a soma corresponderá, aproximadamente, ao valor que a dita pessoa deve receber por ter sido presa injustamente. Nesse caso, podemos chegar à *curiosa* conclusão de que a tal “reversibilidade” das penas que não excluem perenemente um indivíduo do meio social varia na proporção direta entre, por exemplo, um diretor e um faxineiro de uma mesma empresa; imaginando que ambos fiquem detidos por um mês, o faxineiro deve ser ressarcido talvez em três ou quatro salários mínimos; já o diretor da empresa...

Para não nos estendermos em demasia, um terceiro exemplo seria aquele que afirma serem os defensores da pena de morte “pessoas que são contra a vida”; talvez o mais curioso de todos, posto que – é o que parece – a “vida” em questão seria tão-somente a biológica, pouco importando se as condições da “vida social” são boas ou não. Em outras palavras, aceita-se sem muitos transtornos a existência de um contingente enorme da população vivendo abaixo da linha de miséria – utilizando-se como medida o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) da ONU – ao mesmo tempo em que se é radicalmente contra a pena capital. Trata-se, curiosamente, de se saber qual o tipo de morte é a mais aceitável...

Para além disso, cria-se um perigoso precedente, isso porque, dando-se ênfase nas condições de vida de um criminoso, ou seja, demonstrando de maneira clara que é possível dar a um delinqüente meios necessários para a sua dignidade ao mesmo tempo em que não se oferecem as mesmas condições para o “homem honesto”, o corpo que atua no meio jurídico é questionado para se saber, afinal, “em que lado está”. Dito em outras palavras, apresenta-se de maneira nítida que é possível defender o criminoso, porém, não há recíproca em relação à sociedade civil. É óbvio, e bem sabemos disso, a responsabilidade de prover o meio social de um elenco mínimo de subsistência é obrigação do Poder Executivo; contudo, não custa lembrar, as personagens que habitam o meio público, particularmente o meio jurídico – magistrados (estes, sim, membros do Judiciário), defensores (subordinados ao Poder Executivo), membros de Ministério Público e advogados (os atores privados da área em questão) –, em um país em que, por força de lei, todos os impasses legais devem ser acompanhados por um representante autorizado (exceto, é claro, os itens que são solucionados nos Juizados Especiais), tornam-se responsáveis diretos pela possibilidade de se chegar a uma espécie de justiça, pouco importando aqui a forma como se define tal palavra. Assim, a opinião de todos que atuam nesse meio é transformada em referência de *certo* e *errado*, de *justo* e *injusto* para a sociedade, o que apenas potencializa o problema exposto acima.

Dito isso, o que se propõe no presente texto é discutir a exclusão permanente de indivíduo de sua sociedade, seja por meio da pena de morte ou de qualquer outra forma, em seus aspectos estritamente jurídicos e políticos, tendo como fontes os argumentos historicamente produzidos contra ou a favor da mesma, procurando dessa forma encontrar as justificativas plausíveis para qualquer uma das opções. Assim sendo, vejamos, então, os argumentos a favor desse tipo de punição para, logo a seguir, veri-

ficarmos os que são contra e procurarmos alguma conclusão a esse respeito.

1. *Por que se deve ter a pena de morte*

É sabido que a primeira legislação civil – ou seja, estamos descartando todas as leis produzidas por sociedades cuja organização política era mítico-religiosa, como, por exemplo, Babilônicos, Hebreus, Egípcios etc. – aparece com o Direito Romano. Para este caso, antes de mais nada, deve-se entender a organização da sociedade romana como vinculada ao princípio da *Res Publica* (coisa de todos). Não havia espaço para qualquer discussão que escapasse da idéia de que apenas existia a sociedade e, acima de tudo, ela deveria ser mantida. Tomando por empréstimo os argumentos de seu principal jurisconsulto, Marco Túlio Cícero, o único papel que deveria ser exercido (funcionando como um direito e uma obrigação, ao mesmo tempo) pelo indivíduo era o de ser um “cidadão virtuoso” ou, em outras palavras, agir em prol da saúde pública, o bem-estar de todos. Para Cícero, a virtuosidade deveria ser espontânea; porém, caso isso não surgisse de forma natural, ela deveria ser observada nas ações dos grandes vultos que promoveram a existência e manutenção de Roma, daí brotar o princípio de “história mestra da vida”, ou seja, a história como sendo a dos bons exemplos, dos homens virtuosos. Da mesma forma, o inverso era verdadeiro: um homem não virtuoso transformar-se-ia muito rapidamente em um mau exemplo a ser seguido. Nesse sentido, era necessária a produção de uma série de normas jurídicas que de algum modo funcionassem como referência a todos os homens que desejassem a virtuosidade e, por via de consequência, o bem-estar da república.

Dando seqüência ao argumento do autor, o passo seguinte seria definir quem faria parte da *res publica*, isso porque a exigência e/ou expectativa em relação à virtuosidade dos homens era diretamente proporcional a seu vínculo com a sociedade.

Desse modo, Cícero (1973, p. 155) afirmava que

“é, pois, (...) a República coisa do povo, considerando tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum. Pois bem: a primeira causa dessa agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todo inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas como uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum. (grifo nosso).

Assim, não deve o homem atribuir-se, como virtude, sua sociabilidade, que é nele intuitiva. (...) [Deste modo], todo povo, isto é, toda sociedade fundada com as condições por mim expostas, (...) toda coisa pública, (...) necessita, para ser duradoura, ser regida por uma autoridade inteligente que sempre se apoie sobre o princípio que presidiu a formação do Estado”.

Dessa maneira, a virtuosidade deveria ser algo esperado dos homens que fizessem parte da República, ou seja, daqueles que estivessem dentro do “consentimento jurídico da utilidade pública”, da mesma forma que os “direitos e obrigações” do cidadão romano eram itens da agenda daqueles que fizessem parte da república, nunca para aqueles que não possuísem a cidadania.

Assim, transportando os argumentos de Marco Túlio Cícero para analisarmos a legislação romana que chegou até nós, a *Lei das XII Tábuas*, observamos que, quando um cidadão romano cometia um delito, o primeiro passo em termos de uma punição seria, dependendo do caso, o açoite ou uma multa. A reincidência do delito poderia determinar a perda da cidadania (sendo transformado em escravo) e, aí sim, surgia a possibilidade da pena capital (precipitando o punido do alto da rocha da Tarpéia). A im-

portância de destacarmos esse processo reside na idéia de que apenas um “não cidadão” poderia ser condenado à morte: jamais alguém com a cidadania plena sofreria tal punição. Em outras palavras, a relação entre a pena capital e a cidadania era completa: enquanto existisse a segunda, jamais a primeira poderia ocorrer. O que estava em jogo, portanto, seria a garantia de existirem sempre “cidadãos virtuosos” nos quadros da *res publica*: os que ameaçavam o bem-estar de todos teriam, antes, perdido seus direitos dentro da Pax Romana e, por conseguinte, estariam fora da circunscrição da lei.

Observa-se, para esse primeiro caso, que a pena capital apenas aparece para aqueles que não fazem parte do conjunto de direitos e obrigações dentro da ordem jurídico-política, inexistindo para qualquer outro. A maior punição, portanto, seria a perda da cidadania por um grave delito cometido, o que já significava a exclusão do meio social².

Se o bem-estar da sociedade seria a principal referência para o funcionamento do Direito Romano, o Mundo Medieval insere o argumento “moral” dentro dos estudos jurídico-políticos. A palavra “moral” (*morus*, em latim) originalmente significava o conjunto de hábitos, costumes de uma determinada sociedade. Assim, estar dentro dos termos moralmente aceitos significava agir dentro dos costumes do meio social em que se vivia. Com o advento do cristianismo, essa palavra ganhou um novo desígnio, passando a estar vinculada aos termos que a religião imprimia. A consequência prática foi que, se antes a “moral” era uma coisa que brotava da própria sociedade, a partir da Idade Média a mesma seria “exterior” à sociedade, ou seja, seria um conjunto de valores que deveriam oferecer referências ao comportamento dos indivíduos. Ao mesmo tempo, a personagem do governante adquiriu uma roupagem presa aos valores cristãos, assumindo, então, um caráter que não apenas o deixava como sendo o representante primeiro do poder político, mas

também o legítimo representante dos interesses morais. É por essa época que começa a ser construída a idéia dos crimes de “lesamajestade” (cuja fórmula estará completa no Mundo Moderno), ou seja, aqueles crimes que ameaçavam os interesses do rei e, por conseguinte, de toda a sociedade. Para esses casos, a pena de morte aparecia para punir um delito que tanto era compreendido como uma ameaça ao bem-estar da sociedade, quanto era também um desafio à ordem moral. Em outras palavras, se para o Mundo Romano a perda da cidadania era o “pré-requisito” necessário para ser punido com a morte, no Medievo esta mesma cidadania se vê acrescida de elementos que estariam, *a priori*, fora da sociedade: um bom cidadão seria não apenas aquele que age em prol de todos, mas também aquele que é moralmente correto em suas ações³.

É com essa linha de raciocínio que se chega à Idade Moderna e, particularmente, àquele que irá fornecer o melhor argumento sobre o tema: Thomas Hobbes.

O raciocínio hobbesiano parte da observação de que a natureza humana é incapaz de, espontaneamente, lidar com suas principais características, a saber: seu ímpeto predatório e sua vontade de vingança vivendo em um mundo escasso em bens. Tal questão seria a fonte principal da vaidade dos homens que, por sua vez, inviabilizam a própria condição primária de se viver em grupo. Nas palavras do autor (HOBBS, 1973, p. 79):

“os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (...) quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito. Porque cada um pretende que seu companheiro lhe atribua o mesmo valor que ele se atribui a si próprio e, na presença de todos os sinais de desprezo ou de subestimação, naturalmente se esforça (...) por arrancar de seus contendedores a atribuição de maior valor, causando-lhes dano, e dos outros também, através do exemplo.

De modo que na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória.

A primeira leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro; a segunda, a segurança; e a terceira, a reputação. Os primeiros usam a violência para se tornarem senhores das pessoas, mulheres, filhos e rebanhos dos outros homens; os segundos, para defendê-los; e os terceiros por ninharias, como uma palavra, um sorriso, uma diferença de opinião, e qualquer outro sinal de desprezo, quer seja diretamente dirigido a suas pessoas, quer indiretamente a seus parentes, seus amigos, sua nação, sua profissão ou seu nome”.

Com isso, mesmo que os homens não estejam explicitamente em um conflito bélico, existe, como uma sombra constante, um “estado de guerra dos homens com outros homens”, o “homem como sendo o lobo do próprio homem”, na conhecida expressão de Hobbes.

A única solução possível, conforme o autor, é a existência de um poder soberano sobre todos os homens, tendo como princípio gerador desse poder o reconhecimento de todos de que ele é a única fonte legítima de todas as decisões políticas e jurídicas. Para tanto, esse poder deve determinar o conjunto de leis civis, definidas como “constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra” (HOBBS, 1973, p. 165). Dessa maneira, antes de mais nada, a lei civil é algo que existe para limitar as ações dos homens: “a lei não foi trazida ao mundo para nada mais senão para limitar a liberdade natural dos indivíduos, de maneira tal que eles sejam impedidos de causar dano uns aos outros, e em vez disso se aju-

dem e se unam contra o inimigo comum” (HOBBS, 1973, p. 167).

Assim, frente ao exposto, os únicos atenuantes admitidos pelo autor ao não cumprimento de uma lei seriam o seu desconhecimento, pela pouca clareza da mesma, por seguirem as interpretações erradas de pessoas autorizadas a interpretá-la, por ser constrangido por meio da força a cometer um delito, por não poder renunciar a sua própria preservação ou por “inferências erradas feitas a partir de princípios verdadeiros” (HOBBS, 1973, p. 182). Em todos os outros casos, ninguém poderá ser absolvido caso cometa um crime, isso porque tal prática faria aflorar a natureza dos homens e, conseqüentemente, haveria o risco do bem-estar da sociedade.

Por analogia, conforme o autor, o crime deve ser medido segundo determinados “graus”, cujas penas deverão ser equivalentes, a saber: pela malignidade da fonte ou causa, pelo contágio do exemplo, pelo prejuízo ou efeito e pela concorrência de tempo, lugares e pessoas (HOBBS, 1973, p. 185). Nesses casos, como na fundação do Estado cada um renunciou ao direito de se defender dos outros em virtude da natureza comum de todos os homens, cabe ao poder público determinar a pena a ser aplicada – inclusive a pena de morte – principalmente porque, “de todas as paixões, a que menos faz os homens tender a violar as leis é o medo” (HOBBS, 1973, p. 183). Segundo Hobbes, se é papel do Estado garantir a paz pública, essa garantia deve ser dada com todos os recursos disponíveis, principalmente pelo medo provocado pela aplicação das leis, incluindo a morte do criminoso.

Por último, conforme o autor, admite-se a possibilidade do erro no julgamento. Porém, esse erro seria muito mais visível na órbita do Estado – posto ser ele o responsável pela justiça –, e assim os representantes políticos da sociedade poderiam ser substituídos por outros. Dito de forma diferente, se, dentro do contrato social hobbesiano, o papel do Estado é garantir a paz (pela con-

trapartida de ter assumido todos os direitos abdicados pelos cidadãos), o maior interesse na inexistência do erro jurídico seria o próprio Estado, ou aqueles que o fazem funcionar, isso porque a não garantia da paz significaria a substituição do Leviatã por outro.

Vimos, ainda que de modo sucinto, as três formas apresentadas historicamente na defesa da pena de morte e em todas elas observamos que o passo crucial para esse tipo de punição é a perda da cidadania, seja pela reincidência de um grave delito, por razões morais ou pela ameaça à paz da sociedade. Vejamos, agora, a argumentação contrária a esse tipo de pena.

2. Por que não se deve ter a pena de morte

As guerras religiosas que assolaram a Europa a partir da Reforma Protestante (Lutero, em 1517, Calvino e Henrique VIII, ambos em 1534) foram, pouco a pouco, corroendo as certezas que sustentavam os poderes políticos nos países. Todavia, essas mesmas guerras, pelo menos em seus dois primeiros séculos, acabaram por determinar a vitória de um ou outro lado sem, entretanto, resolver o pomo da discórdia que seria a convivência de ambas as partes num mesmo lugar.

Dentro dessa questão, o caso francês assumiu proporções distintas do restante do continente europeu visto que a população francesa encontrou-se desde o primeiro momento dividida quase que de forma igual entre católicos e protestantes, o que determinou diversos embates entre os grupos desde a tristemente célebre *Noite de São Bartolomeu*, em 1572⁴.

Chegando ao século XVIII, os franceses se viram envolvidos no escandaloso julgamento de Jean Calas acusado de matar seu próprio filho por razões religiosas. Condenado à morte, o processo sofreu uma reviravolta, com novas provas, tendo sido reabilitada a memória do réu e indenizada a famí-

lia. Esse julgamento foi o mote de um dos livros mais famosos do pensador francês Voltaire (1993, p. 109), chamando a atenção para o fanatismo religioso e as consequências tremendas que poderia causar, tanto na esfera do poder público, quanto nos termos da sociedade:

“para que um governo não tenha o direito de punir os erros dos homens, é necessário que esses erros não sejam crimes; eles só são crimes quando perturbam a sociedade; perturbam a sociedade a partir do momento que inspiram fanatismo. Cumpre, pois, que os homens comecem por não ser fanáticos para merecer a tolerância”.

Esse problema nitidamente social, segundo podemos deduzir a partir da afirmação de Voltaire, determinava uma alteração na postura do governo em relação às penalidades a serem aplicadas – particularmente a pena capital –, posto que, com o fanatismo, todo o processo jurídico estaria comprometido.

O debate provocado pelo texto de Voltaire suscitou novas discussões sobre a pena de morte. Contudo, para que essa discussão possuísse um argumento mais sólido, era necessário um novo entendimento sobre a própria organização social. Em outros termos, quando entendida da forma tradicional, a idéia que se tinha sobre a sociedade autorizava, de um modo ou de outro, a existência dessa penalidade conforme vimos anteriormente.

De forma curiosa, posto que a preocupação residia em outro registro, essa discussão tem início a partir da obra de Montesquieu. Para ele, toda organização social não pode estar sob o jugo de uma única pessoa ou grupo, daí ser necessária a divisão de poderes para que nenhuma espécie de abuso seja cometido. A legitimidade do poder, afirma esse autor, apenas existe quando esse poder serve para garantir condições e direitos básicos a todos os indivíduos, nunca o contrário. Assim, a legitimidade do poder apenas existe quando o mesmo se dá dentro

dos limites necessários: para além disso, toda e qualquer prática torna-se abusiva⁵.

Paralelamente a essa obra, um outro pensador, Helvétius, oferecia o argumento necessário para o funcionamento completo dessa fórmula, ao afirmar que a sociedade seria o resultado da soma de todas as partes contidas em seu interior (SANTOS, 2002, p. 15). Sendo assim, numa relação recíproca, o bom funcionamento de todos segmentos (indivíduo, sociedade e Estado) seria dado pelas garantias fundamentais oferecidas pelas leis e sustentadas por todos os segmentos sociais.

Reunindo os argumentos de Montesquieu e Helvétius, vem à baila, na década de 1760, o livro *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria. Nessa obra, o autor acata a idéia de que a sociedade é a soma de seus indivíduos e de que não há sentido no poder que vá além daquilo que está estabelecido. Contudo, Beccaria acrescenta outros pontos. Para ele, a lei ideal seria aquela que proporciona a “máxima felicidade compartilhada pela maioria” (BECCARIA, 1999, p. 40), principalmente porque, se é verdade que os homens para viverem em sociedade entregaram uma parte de suas liberdades visando o bem comum, é também verdadeira a afirmação de que isso ocorreu tão-somente para que cada um atingisse particularmente o máximo de felicidade possível. Dito de outra forma, a “soma das partes” que acaba formando a sociedade é um “caminho de mão dupla”, ou seja, se, por um lado, cada um contribuiu para a formação do grupo social, por outro lado, cada um espera atingir a sua felicidade particular, individual, dentro do grupo em questão. Admitir isso significa aceitar o argumento de Montesquieu sobre a função dos Poderes de Estado; admitir isso significa entender que a necessidade das leis e, mais particularmente, das penas somente é possível desde que derive da “necessidade absoluta”: caso contrário, a lei e a punição perderiam suas qualidades primárias e seriam transformadas em atitudes tirânicas. Por essas razões, Bec-

caria defende então a idéia de que a lei deve ser produzida com o intuito de facilitar a busca à felicidade, nunca o contrário.

Entretanto, o autor admite que alguns indivíduos podem exceder seus direitos e, com isso, provocar um mal estar a outros. Como, então, seriam estabelecidas as penas? A primeira preocupação, diz esse autor, é identificar o grau de utilidade que uma pena oferece à sociedade. Ao contrário dos argumentos anteriores que viam a punição como algo que operava unicamente com o intuito de atingir o criminoso, Beccaria afirma que uma penalidade apenas tem sentido se efetivamente produzir ganhos reais à sociedade, ou seja, se ela for efetivamente útil à felicidade da maioria (BECCARIA, 1999, p. 61). Sabendo-se que uma punição não possui o papel de “desfazer um delito”, nas palavras do próprio autor, é “necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura no espírito dos homens” (BECCARIA, 1999, p. 62). Assim, invertendo um dos argumentos de Hobbes, se o funcionamento de uma lei – principalmente aquela que trata das punições – está diretamente vinculado ao “medo” que sua aplicação pode produzir, não é na severidade da pena que esse medo aparecerá, mas sim na rapidez do julgamento – pois, “quanto mais a pena for rápida e próxima ao delito, tanto mais justa e útil ela será” (BECCARIA, 1999, p. 79) – e na constância de sua aplicação:

“não é a intensidade da pena que produz o maior efeito sobre o espírito humano, mas a extensão dela; pois a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente afetada por impressões mínimas, porém, renovadas, que por um abalo forte mas passageiro” (BECCARIA, 1999, p. 96).

Nesse sentido, afirma Beccaria, é muito mais racional uma ação pública que vise evitar o delito do que uma que se preocupe tão-somente em aplicar punições (BECCARIA, 1999, p. 30):

“é melhor prevenir os delitos do que puni-los. É este o escopo principal de toda boa legislação, que é a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade ou ao mínimo de infelicidade possível, conforme todos os cálculos dos bens e dos males da vida”.

Sendo assim, aceitar a possibilidade de se excluir permanentemente um indivíduo do meio social será, antes de mais nada, admitir o fracasso da própria sociedade e dos poderes públicos na educação deste mesmo indivíduo, posto que o meio social e o Estado possuem um instrumental mais do que necessário para prover qualquer membro das condições mínimas de civilidade.

Em outro aspecto, condená-lo à morte seria também entrar em contradição com a definição daquilo que vem a ser uma sociedade: a soma de todos os seus indivíduos. Se uma pessoa, durante certo tempo, contribuiu para a formação e funcionamento de sua sociedade, ela não pode ser descartada sumariamente, pouco importando o delito.

Por último, não haveria ganho nenhum para a sociedade com a condenação de alguém. Segundo Beccaria (1999, p. 96):

“não é o espetáculo terrível mas passageiro da morte de um celerado, e sim o longo e sofrido exemplo de um homem privado da liberdade e que, convertido em besta de carga, recompensa com seu trabalho aquela sociedade que ofendeu, que constitui o freio mais forte contra os seus delitos. Aquela repetição a si mesmo, eficaz por seu insistente retorno, ‘eu mesmo serei reduzido a tal longa e mísera condição se cometer semelhantes delitos’, é muito mais poderosa do que a idéia da morte, que os homens sempre vêem longínqua e obscura”.

Aproximadamente trinta anos depois de Beccaria ter publicado seu livro, Jeremy Bentham potencializa esse argumento. Aceitando a idéia da máxima felicidade (que, em seu texto, assume outra terminologia, a saber, a relação existente em todos os homens

entre a dor e o prazer), Bentham (1989, p. 60-62) defende que, nos casos das punições, a lei deve possuir duas características fundamentais: a primeira, que o castigo deve ser aplicado quando *efetivamente valer a pena fazê-lo* e, a segunda, que a lei deve induzir o criminoso a praticar o delito menos grave, aumentando ou diminuindo a punição conforme as ações cometidas ao se materializar o delito ou, nas suas palavras:

“I – o valor ou gravidade da punição não deve ser em nenhum caso inferior ao que for suficiente para superar o valor do benefício da ofensa ou crime; II – quanto maior for o prejuízo derivante do crime, tanto maior será o preço que se pode valer a pena pagar no caminho da punição; III – quando houver dois crimes em concorrência, a punição estabelecida para o crime maior deve ser suficiente para induzir uma pessoa a preferir o menor; IV – a punição deve ser regulada de tal forma para cada crime particular, que para cada nova parte ou etapa do prejuízo possa haver um motivo que dissuada o criminoso de produzi-la; V – a punição apenas deve ocorrer quando o seu custo não for superior ao valor do crime cometido.”

Muito mais pragmático do que Beccaria, Bentham entende, pelo que nos foi possível examinar, que todas as leis devem ser produzidas a partir da relação custo/benefício para todo o conjunto da sociedade (entendida, também, por ele como sendo a soma de todos os indivíduos). Quando uma lei produzir mais dor do que prazer ou, para o caso das punições, seu custo não for compensador, o resultado de ambos os casos é que a sociedade será punida e, portanto, esse tipo de legislação deve ser descartado.

Em ambos os autores, observa-se o problema de um prisma distinto daquele que vimos anteriormente. Para o primeiro caso – os argumentos que entendem como uma opção plausível a exclusão permanente de um indivíduo do meio social –, identifica-

mos que a preocupação fundamental reside na aplicação da penalidade. Para esses últimos, a pergunta que se faz é saber até que ponto esse tipo de punição oferece um ganho para o meio social e, com isso, a negativa para uma pena de tal espécie reside em ser ela, *a priori*, completamente desnecessária.

3. *À guisa de uma conclusão ou o início de um novo debate*

Observamos, ainda que sucintamente, os argumentos que foram produzidos ao longo do tempo para apoiarem ou não a pena de morte ou, para usarmos uma expressão mais exata, a exclusão permanente de um indivíduo do meio social. Poderíamos, como uma primeira conclusão, perceber que a construção de cada um desses argumentos não nos oferece condições para uma comparação: para aqueles que defendem a pena capital, a preocupação primária reside em pura e simplesmente punir o criminoso; para os que são contra esse tipo de pena, a preocupação reside na utilidade que isso teria para o bem-estar da sociedade. De maneira curiosa, percebe-se a inversão dos valores que cotidianamente aparecem nas análises mais tradicionais, ou seja, quanto mais próxima está a defesa dos interesses da sociedade, mais próxima está a ação sobre o indivíduo; da mesma forma que o inverso é verdadeiro: quanto mais se pretende defender o indivíduo, mais se quer manter a sociedade como um bem a ser preservado.

Um segundo aspecto seria observar que, para cada uma das opções, a definição que se tem do “ser humano” é distinta. Para os defensores da pena capital, ou bem o indivíduo é descartado de qualquer avaliação e leva-se em conta tão-somente a sociedade (como é o caso da legislação romana ou, por outros meios, dos fundamentos do mundo medieval), ou bem o indivíduo possui uma natureza anti-social e que seu convívio com outros indivíduos apenas é possível quando todos estão sob o rígido controle do po-

der público (de acordo com os termos de Hobbes). Já no extremo oposto, daqueles que são contrários a esse tipo de punição, o indivíduo é entendido como peça primordial na constituição da sociedade (a sociedade como a soma de todas as partes), daí, excluí-lo permanentemente do meio social ser algo inconcebível. Portanto, a segunda conclusão que podemos chegar é que a punição está diretamente vinculada à maneira pela qual o indivíduo é definido pela sociedade civil – o que nos impede, mais uma vez, de tecer qualquer tipo de comparação.

Todavia, isso não nos basta. Frente ao exposto, poderíamos, então, acatar a idéia de que a existência ou não da pena de morte está por completo vinculada ao arranjo político da sociedade em questão. Noutras palavras, como os argumentos são distintos e não propiciam uma comparação para se saber qual dos dois seria o mais aplicável ou mais sensato, a escolha de se ter tal tipo de pena estaria dependente dos conflitos e modelos de organização política entre os representantes da nação no parlamento. Seria, em última análise, uma mera questão de se escolher entre um ou outro a partir do embate político.

Porém, se aceitarmos tal afirmação – de que tudo não passa de uma opção por esta ou aquela fórmula –, torna-se necessário identificarmos, caso isso seja possível, que tipo de configuração política determina esta ou aquela escolha, ou seja, quais as conjunturas políticas que tendem mais a aceitar a exclusão permanente de um indivíduo e quais as conjunturas que não acatam essa idéia.

Nesses termos, em um levantamento sumário em que se teve a preocupação de observar países desenvolvidos e subdesenvolvidos do Mundo Ocidental⁶ na atualidade, foi possível constatar, em um primeiro momento, a substituição paulatina da pena de morte pela prisão perpétua (em ambos os casos, a exclusão permanente do indivíduo em relação ao meio social): à exceção da Holanda, Dinamarca e da Alemanha, em

todos os países desenvolvidos a legislação prevê a prisão perpétua, sendo a pena de morte exclusiva dos Estados Unidos, Grécia e Irlanda (vale ressaltar que Espanha e Bélgica, originariamente defensoras da pena capital, apenas recentemente alteraram a legislação nesse sentido). Inversamente, observa-se que, nos países subdesenvolvidos, inexistem qualquer uma dessas punições, com as penas mais severas nunca ultrapassando trinta ou quarenta anos de reclusão (exceção para o Chile e a Argentina, que possuem uma legislação que prevê a prisão perpétua).

Frente a esses dados, o que poderíamos pressupor? Podemos entender como derradeira conclusão, aqui transformada numa *Hipótese*, que a escolha política pela exclusão definitiva do indivíduo do meio social está diretamente vinculada ao desenvolvimento econômico e humano do país ou, em outros termos, quanto mais próximo de uma democracia social, mais torna-se aceita a pena de morte ou a prisão perpétua; quanto mais distante de uma democracia social, menos a legislação prevê esse tipo de punição. Ainda dentro dessa *Hipótese*, tal fato ocorreria em virtude da não aceitação de que um indivíduo se utilize de atos violentos (sejam eles de qualquer espécie) em uma sociedade em que as condições de vida sustentadas tanto pelo poder público quanto pelo meio social conseguem suprir aquele mínimo necessário para a sobrevivência digna. Da mesma forma, o inverso é verdadeiro: quanto menos digna é a vida dos indivíduos no dia-a-dia de uma sociedade – pouco importando aqui se é pela incapacidade do Estado em solucionar as desigualdades sociais e econômicas ou, então, por problemas puramente de ordem sociológica –, menos é aceitável sua completa exclusão social.

Sendo assim, ainda que nos países econômica e socialmente desenvolvidos exista o princípio das garantias individuais, esses mesmos países assumem o custo de excluir permanentemente um indivíduo que

rompa todas as regras básicas de civilidade e boa convivência, transformando-se, assim, numa punição justa...portanto. Da mesma forma o inverso é verdadeiro, ou seja, os países subdesenvolvidos que adotassem tal modalidade de pena estariam, no final das contas, punindo certos indivíduos duas vezes: pela miséria que convivem diariamente e pela exclusão definitiva do meio social, que já os “exclui” cotidianamente. Uma punição injusta, por...tanto.

Notas

¹ Trata-se da legislação aprovada pelo estado de Nova Iorque, nos EUA, que, após os atentados de 11 de setembro de 2001, reeditou a pena de morte como tentativa de se evitar novos atos terroristas.

² Esses comentários podem ser observados no Direito Romano, Tábuas Segunda, Sétima e Nona.

³ Tanto no aspecto teórico quanto na descrição, um bom exemplo sobre o tema pode ser visto em Santo Tomás de Aquino (1997); Kramer; Sprenger (1995).

⁴ Por ordem do rei Carlos IX, houve um massacre de protestantes em Paris e diversas partes da França.

⁵ É a observação feita pelo autor e amplamente conhecida. Para maiores esclarecimentos, cf. *Secundat* (1973) (particularmente, o livro XI).

⁶ Nossa amostra insere os seguintes países: na América: Brasil, Equador, México, Argentina, Uruguai, Venezuela, Peru, Bolívia, Canadá, Chile e Estados Unidos; na Europa: Inglaterra, Portugal, Espanha, França, Hungria, Áustria, França, Bélgica, Holanda, Alemanha, Dinamarca, Suécia, Noruega, Rússia, Irlanda e Grécia. As informações foram obtidas junto às embaixadas desses países no Brasil e junto aos órgãos da União Européia.

Bibliografia

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BENDIX, Reinhard. *Construção nacional e cidadania*. São Paulo: Editora da USP, 1996.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Nova.

Cultural, 1989. (Os Pensadores).

CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. São Paulo: Abril, 1973. (Os Pensadores).

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria e forma de um governo eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril, 1973. (Os pensadores).

KRAMER, Heirich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. 11. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1995.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril, 1973. (Os Pensadores).

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Os paradoxos do liberalismo: teoria e história*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Escritos políticos*. Petrópolis: Vozes, 1997.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

O ensino jurídico e a mudança do modelo normativo

Normas fechadas x normas abertas

Roberto Freitas Filho

Sumário

Introdução. 1. O problema do ensino jurídico. 1.1. Cultura jurídica. 2. Ensino jurídico e seu objeto (a economia, a globalização e o direito). 2.1. A globalização. 3. A mudança no padrão normativo: *normas fechadas x normas abertas*. 4. O problema da interpretação: *ceticismo x interpretação correta*. 4.1. Inafastabilidade dos juízos valorativos. 4.2. Desconstrutivismo, pragmatismo e função da interpretação. 5. A aplicação das normas abertas e sua problematicidade: o des-fecho da discussão.

Introdução

No presente trabalho, pretendo discutir a mudança do padrão jurídico normativo no direito brasileiro no período posterior à Constituição Federal de 1988¹ e suas consequências para o ensino jurídico e para a aplicação das normas a casos concretos.

Trabalho com o pressuposto de que vivemos um momento de transição paradigmática no direito brasileiro que resulta, entre outras, na mudança do padrão normativo de normas semanticamente mais precisas e menos vagas – as quais chamo de *normas fechadas* – a normas semanticamente menos precisas e mais vagas – as quais chamo de *normas abertas*. Essas têm como característica principal o fato de terem uma maior amplitude de significação do que as primeiras e, devido a tal fato, pressupõem uma mudança do padrão de atividade judicante por parte do intérprete-aplicador do direito.

Roberto Freitas Filho é Mestre e Doutorando em Direito pela USP, Professor de Direito do Consumidor e de Introdução ao Estudo do Direito, respectivamente no UniCEUB e no IESB, ambos em Brasília, DF.

Os problemas que movem a investigação são: a) a teoria jurídica vem-se adequando às mudanças do modelo normativo preponderante na dogmática vigente? b) qual a conseqüência da mudança do padrão normativo para a atividade de interpretação e aplicação do direito desempenhada pelos atores jurídicos?

1. O problema do ensino jurídico

A chamada “crise do ensino jurídico” vem sendo discutida no Brasil, sistematicamente, há duas décadas de forma vigorosa. As reflexões de José Eduardo Faria e de Joaquim de Arruda Falcão Neto, por todas as demais, demonstram emblematicamente a importância que o tema assumiu no momento da transição para a democracia².

A crise pode ser conceituada como a incapacidade do ensino do direito de se adaptar às novas condições de produção e aplicação das normas, considerando os cânones conceituais e hermenêuticos de um tipo de ensino que tem suas origens na tradição coimbrã do século XIX. O direito não foi capaz de adaptar-se à nova realidade da sociedade brasileira, que se modificara radicalmente no período compreendido entre as décadas de 40 e 90, passando o Brasil de ser um país predominantemente composto de uma população rural para se tornar um país de população urbana. Na década de 40, aproximadamente 70% da população era rural, sendo que esse percentual cai, na década de 90 para aproximados 25%³.

Decorência da mudança do perfil de distribuição social brasileiro, vários conflitos de natureza coletivizada surgiram, acompanhados de conseqüentes demandas que foram levadas ao Judiciário⁴. Questões de ocupação de espaços periféricos nas grandes cidades; acesso à saúde, educação, moradia; questões relativas à segurança pública; direitos dos consumidores são apenas alguns exemplos dos conflitos que se instauram na sociedade complexa em que vivemos.

1.1. Cultura jurídica

A crise do ensino jurídico pode ser verificada em dois momentos distintos: na formação do ator jurídico e na sua atuação prática como profissional do direito. Tanto na aplicação do direito quanto na formação do ator jurídico, está presente um conjunto de práticas, valores, procedimentos, concepções, condicionantes culturais e históricas que compõem um ideário do ator jurídico.

Lopes (1997, p. 76-77), citando Friedman, dá uma definição compassiva do que é a cultura jurídica:

“São as atitudes que fazem do sistema um todo, uma unidade, e que determinam o lugar dos aparelhos e das normas na sociedade globalmente considerada. A cultura jurídica engloba tanto as atitudes, hábitos e treinamento dos profissionais quanto do cidadão comum. A esfera da cultura jurídica envolve as questões de como se preparam os juizes e os advogados, o que os cidadãos pensam do Direito, quais as pessoas ou grupos que recorrem aos juizes e tribunais, para que se socorrem de advogados, qual a relação entre a estrutura de classes da sociedade e o uso ou não das instituições jurídicas. Estas e outras questões dizem respeito à cultura jurídica, ou, usando outras palavras, ao imaginário jurídico, quer dos profissionais, quer dos leigos.”

O conceito de cultura jurídica é, portanto, relativo à *praxis* cotidiana do operador do direito, informada por uma determinada bagagem valorativa e conceitual que lhe é inculcada durante sua formação.

É possível se diferenciar dois momentos nos quais o operador jurídico lida com a chamada cultura jurídica. Um primeiro momento é o de uma cultura jurídica de formação e, conseqüentemente a esse primeiro momento, há uma cultura jurídica de atuação prática do direito⁵.

1.1.1. Cultura jurídica de formação do ator jurídico

Sobre a noção de cultura jurídica de formação do ator jurídico, Warat nos aponta o chamado “senso comum teórico” dos juristas como sendo um certo condicionamento, “em suas práticas cotidianas, por um conjunto de representações, imagens, noções baseadas em costumes, metáforas e preconceitos valorativos e teóricos que governam seus atos, suas decisões e suas atividades”⁶. O ator jurídico recebe, ao longo da sua formação, a transmissão de uma bagagem que vai conformar sua forma de ver e entender o direito como um repositório valorativo, uma tecnologia decisória e um sistema conceitual⁷.

A cultura jurídica de formação vai legar ao operador do direito um dado universo conceitual, uma determinada matriz ideológica que lhe confere, conseqüentemente, um tipo de socialização política e também de função social.

A formação do ator jurídico é dada a partir de duas diferentes visões sobre o direito. A veiculação da cultura jurídica nas faculdades dá-se numa perspectiva pretensamente científica, por um lado, e ideológica, por outro. Na primeira, é conferida ao estudante uma visão do que seja o direito, de ciência do direito, do método de conhecimento do fenômeno jurídico e da aplicação prática do direito enquanto sistema normativo. De outro lado, os padrões da capacitação profissional do ator jurídico, significando o conjunto de atitudes e procedimentos do ator jurídico em seu exercício profissional. As duas visões ora expostas são as chamadas *visão lógico-formal* e a *visão liberal*⁸. A visão lógico-formal se funda no normativismo lógico e a visão liberal, nos princípios gerais da ideologia liberal importada da Europa.

A visão lógico-formal

A visão lógico-formal⁹ faz conferir ao direito seu caráter científico, conformando

o estudo da dogmática jurídica a um estudo da forma normativa, reduzindo, assim, o direito ao aspecto normativo desvinculado das disciplinas que o fundamentam ou tangenciam, como a Filosofia, a Economia, a Ciência Política e a Sociologia, por exemplo. O método privilegiado, nessa concepção de direito, é o método dedutivo, que parte de dogmas fora do conhecer jurídico. Tal método não possui caráter científico, já que sua verificação e objetivação progressiva não são atingíveis. A característica básica é a predominância do estudo do direito positivo, sendo o direito válido apenas o direito estatal, o que redundava na noção de que o direito é uno e monolítico.

Do ponto de vista hermenêutico, a noção de subsunção dedutivista acaba por privilegiar a idéia de um sentido literal da norma ao qual o aplicador deverá se ater para realizar a aplicação adequada do comando normativo ao caso. Aqui vemos a idéia prevalecente de uma aplicação da norma ao modo da Escola da Exegese francesa do século XIX, ou mesmo uma visão aproximada aos pandectistas na Alemanha no mesmo período. Ao aplicador da norma é apenas reservada uma função mecânica e sem criatividade¹⁰.

Características como a predominância da visão da legalidade e da validade como conceitos privilegiados, o trato das disciplinas de forma estanque, a não interdisciplinariedade e a desconsideração da política na influência da criação da norma fazem do ator jurídico um aplicador acrítico e não questionador do direito e das normas.

A visão liberal

A visão liberal define o ideário da profissão jurídica, bem como responde pela visão de integração do direito na sociedade, com o apelo aos valores de liberdade, igualdade e fraternidade. De forma conseqüente, no âmbito político são adotadas a democracia e a tripartição dos poderes e no âmbito econômico, o sistema de concorrência e o capitalismo.

A cultura jurídica veiculada nas faculdades de direito tem a dupla função de seleção dos conflitos levados ao Judiciário e de legitimação do poder no nível simbólico¹¹. A primeira se realiza pela seleção dos próprios tipos de demandas levadas ao Judiciário, bem como nos padrões decisórios aplicados aos casos. A segunda se realiza na medida em que reforça a estrutura social hierárquica justificada por meio do ideário liberal, bem como do método pedagógico aplicado¹². A liberdade e a igualdade jurídicas formais, em nome das quais advoga o ator jurídico, são, dadas as evidentes condições sociais iníquas, apelos retóricos que não representam na prática uma busca da realização de justiça distributiva¹³.

A par da existência de uma cultura jurídica de formação do ator jurídico, é possível também identificarmos uma dada cultura jurídica de atuação do ator jurídico.

1.1.2. *Cultura de atuação prática do ator jurídico*

Um outro viés da cultura jurídica é aquele que se revela na *praxis* do ator jurídico, no cotidiano de suas atividades profissionais. Ao operar o direito, vai colocar em prática o conjunto de práticas e valores que consigo traz desde a sua formação e que influenciam tanto a consciência que tem de seu papel social como a forma como lida com o direito do ponto de vista técnico. É no momento da prática profissional que se materializam os conceitos dogmáticos “científicos” com os quais o estudante foi formado, bem como, por meio de suas atitudes, o resultado da socialização política perpetrada nos bancos escolares.

Na observação do posicionamento do ator jurídico em face de determinados temas e nas próprias posições teóricas defendidas, poderemos configurar algumas hipóteses a esclarecer o compromisso do mesmo frente a sua matriz cultural de formação. Jori (1990, p. 233), falando sobre a cultura jurídica de aplicação do direito e sobre o significado da chamada “ciência do direito”, ressalta:

“Therefore, the simple core of the entire notion of the rule of law is the idea that lawyers and judges produce, and make use of, a description of law, which is a real science of law, where the law is conceived as an object prior to and independent from its description”.

Em temas relevantes como o direito e os movimentos populares, a participação política, a chamada “aplicação alternativa do direito”, na aplicação das penas alternativas em direito penal, na lida com os meandros processuais dos processos civil e trabalhista, em todos esses, aos quais exemplificativamente nos remetemos, é possível identificarmos uma postura de maior ou menor conservadorismo, liberalidade, reformismo, entre outras características.

É possível se identificar, no modelo de cultura jurídica que o bacharel recebe e transmite, a idéia de um conceito de direito como um sistema de normas que teria sido feito e pensado para a resolução de problemas em uma sociedade na qual, do ponto de vista das partes envolvidas, os conflitos fossem resultantes de divergências entre indivíduos mais ou menos padronizados e, do ponto de vista do conteúdo, versassem sobre questões contratuais e patrimoniais no direito privado e, por outro lado, no direito público, do indivíduo contra intervenções injustas e arbitrárias do Estado em sua esfera privada.

Esse modelo de direito e de cultura jurídica não se mostrou suficientemente eficaz para responder às demandas da sociedade a partir da segunda metade do século XX, dadas as alterações na conformação do papel do Estado e dos conflitos levados ao Judiciário frente à autocompreensão de seu papel social e teórico-funcional.

2. *Ensino jurídico e seu objeto (a economia, a globalização e o direito)*

O conceito de crise está relacionado com a idéia de uma fase difícil, grave, na evolu-

ção das coisas, dos fatos, das idéias. Também podemos encontrar a referência léxica ao termo crise associada a tensão, conflito, alteração, acidente, manifestação violenta e repentina de ruptura de equilíbrio. Pensar numa alteração de forma rápida, repentina, mudando um dado estado de coisas nos ajuda a compreender a idéia de uma crise no ensino jurídico.

Ocorreram transformações importantes no campo da economia e da geopolítica internacional que redundaram na falência do modelo de direito concebido no século XIX para dar resposta aos conflitos apresentados a seus operadores. Podemos dizer que, a partir da segunda metade do século XX, vêm ocorrendo mudanças avassaladoras no campo da economia que acabam por fazer com que o paradigma¹⁴ da cultura jurídica veiculado nas faculdades de direito e praticado na forma de uma cultura de aplicação do direito tenha se tornado insuficiente para responder às demandas da sociedade por soluções satisfatórias dos conflitos existentes.

A mudança de perfil de ocupação do espaço na sociedade brasileira, ocorrida durante o século XX, conforme já mencionado no item 1, causou uma série de importantes mudanças nos conflitos levados ao Judiciário, que passou a viver a tensão entre fazer a aplicação acrítica da norma, por um lado, e fazer justiça por outro. Conflitos de natureza coletivizada surgiram, acompanhados de conseqüentes demandas que foram sendo levadas ao Judiciário. Os problemas decorrentes da exclusão social de um modo geral, como o acesso à saúde, educação, moradia, são conflitos que se instauram na sociedade complexa em que vivemos. Segundo Faria (1991, p. 98),

“essa transformação da infra-estrutura social acarretou, como decorrência, a ruptura dos valores tradicionais dos diferentes grupos e classes, um processo migratório contínuo, maior agressividade de comportamentos, novos modos de reinserção sócio-po-

lítica, a emergência de estruturas paralelas de representação ao lado dos mecanismos representativos tradicionais e, sobretudo, o aparecimento de novas demandas por segmentos sociais desfavorecidos e não geradores de receita”.

O argumento do autor é de que há uma tendência ao esgarçamento do tecido social e o Judiciário se vê com novos tipos de conflitos a serem resolvidos.

Além da questão interna das demandas de populações excluídas em decorrência do processo migratório, a globalização também se apresenta como um fenômeno que põe em xeque alguns conceitos fundamentais para o paradigma teórico do século XIX. As idéias de soberania territorial, de territorialidade da aplicação da lei, monismo jurídico, segurança jurídica, por exemplo, não resistem a uma ordem mundial em que o sistema financeiro internacional consegue proeminência na determinação de políticas públicas internas e consegue também condicionar reformas legais e influenciar de forma significativa a realização de uma reforma do Poder Judiciário. Segundo Faria (1999, p. 39), a idéia de Estado-nação como unidade privilegiada e exclusiva de gestão econômica, direção política, controle social e iniciativa legislativa está sendo questionada, estando o direito num momento de exaustão paradigmática. Diz o autor que,

“Dada a impressionante rapidez com que muitos dos conceitos e categorias fundamentais até agora prevalentes na teoria jurídica vão sendo esvaziados e problematizados pelo fenômeno da globalização, seus códigos interpretativos, seus modelos analíticos e seus esquemas cognitivos revelam-se cada vez mais carentes de operacionalidade e funcionalidade”.

A sociedade brasileira contemporânea não é mais a sociedade na qual e para a qual o direito, segundo o paradigma liberal e legalista kelseniano, foi concebido. Já no início da década de 90, Faria (1991, p. 110) in-

dicava exemplos de incapacidade do modelo jurídico de dar respostas aos problemas existentes. Conflitos relativos ao direito de greve e à ocupação de terras – portanto coletivizados – são apontados como exemplos do esgotamento da operacionalidade das decisões judiciais.

Outra característica decorrente da transformação da infra-estrutura social no Brasil é a complexificação das relações sociais. Há uma multiplicidade crescente de tipos de conflitos, com atores envolvidos nas mais diversas situações processuais e demandando direitos de diferentes gerações. A idéia de linearidade e permanência com a qual o paradigma tradicional funciona é pouco útil quando se pensa na efetivação dos direitos sociais previstos constitucionalmente, por exemplo. Como garantir-se o acesso ao trabalho¹⁵ como meio de realização da existência digna do homem se é próprio ao incremento da mecanização e informatização da produção que cada vez mais se tenha desemprego estrutural em taxas crescentes? O que dizer do direito à previdência social quando, por exemplo, se tem a Justiça do Trabalho atuando como agente de sonegação previdenciária, na medida em que se desprezam os recolhimentos devidos em nome da produtividade de decisões judiciais?¹⁶

A existência de normas abertas, como se verifica na Constituição Federal de 1988, é o resultado da demanda social pela proteção de direitos típicos de segunda e terceira gerações. Faria (1989, p. 18) indica uma interessante característica do processo político de construção da Constituição:

“Ao evitarem partir de um texto básico como o da Comissão Arinos ou o que poderia ter sido escrito por uma grande Comissão constitucional e ao trabalharem sem um diagnóstico das crises econômica, social ou política em condições de sustentar e balizar suas estratégias de negociação, os constituintes acabaram agindo em conformidade com as pressões contraditórias dos *lobbies*, das corporações e dos

movimentos organizados. Essa é a razão pela qual os constituintes, apesar de terem fortalecido o Estado, aumentando seus serviços, alargando sua burocracia, multiplicando seus instrumentos e cobrindo amplos domínios da vida social com uma espessa malha regulamentar, não conseguiram evitar nem o risco da fragmentação conceitual e ideológica da nova Carta nem a ilusão de que, a partir dela, a justiça social poderia ser assegurada pela simples produção de novas leis e novos códigos”.

2.1. A globalização

Embora não seja um termo unívoco, “globalização econômica” diz respeito a um fenômeno que pode ser descrito como a intensificação dos efeitos da chamada “economia mundo” nos demais campos dos diferentes processos sociais. Na economia mundo, os agentes econômicos têm seu poderio aumentado de forma nunca vista. O campo da economia passa a ter proeminência em relação ao campo da política, do direito, da ciência, da religião, etc.

As tecnologias informacional e de transportes têm modificado o panorama das relações comerciais e sociais de forma significativamente importante nas últimas duas décadas. Tais mudanças resultam no aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial¹⁷.

A função do direito num contexto de globalização econômica se modifica e os conceitos operativos do paradigma kelseniano-exegético não mais se apresentam como aptos a fornecerem respostas satisfatórias a determinadas questões que são apresentadas ao Judiciário. Veja-se, à guisa de mais um exemplo, a idéia de territorialidade da lei: o Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente, decidiu responsabilizar a Panasonic do Brasil por um vício em uma câma-

ra filmadora comprada fora do território brasileiro, cuja curiosa ementa é a seguinte¹⁸:

“Direito do consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca (“PANASONIC”). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria”.

A mudança dos conceitos com os quais o operador do direito trabalha está relacionada com a questão relativa ao conteúdo do ensino jurídico. O que ensinar como sendo o direito válido se o próprio direito passa por um momento de exaustão paradigmática? Da perspectiva da cultura jurídica, a idéia de um direito estatal monolítico vem sendo corroída progressivamente. Da perspectiva institucional, vemos um movimento de tentativa de reforma do Poder Judiciário. Da perspectiva normativa (que obviamente não está dissociada das duas dimensões anteriores), vemos uma mudança do padrão normativo que denomino como a passagem das normas fechadas às normas abertas.

3. A mudança no padrão normativo: normas fechadas x normas abertas

Como vimos, o direito passa por um momento crítico. Há uma limitação estrutural-funcional do direito positivo em face da globalização e da mudança na tipologia dos conflitos que chegam ao Judiciário, na segunda metade do século XX e, mais precisamente entre nós, a partir do contexto da transição democrática.

Com o aumento da complexidade das relações sociais contemporâneas e a multiplicidade de papéis sociais que daí advêm, o paradigma do direito kelseniano-exegético não mais consegue subsistir eficazmente. As normas padronizadas e formuladas

abstratamente para serem subsumidas a casos concretos têm de ser progressivamente ampliadas na sua significação. A idéia de um sistema fechado, imune a contradições, sem lacunas e absolutamente lógico-formal não dá conta de responder a relações multifacetárias e diferenciadas. Faria (2002, p. 76) comenta o problema dizendo que tais normas “são singelas demais tanto para dar conta de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais funcionalmente diferenciadas”.

O ordenamento passa a ser composto, predominantemente, de normas semanticamente abertas, ao invés de normas semanticamente fechadas. Chamo de normas abertas aquelas que se caracterizam pelo fato de não conterem uma dada conduta que possa ser direta e objetivamente verificada. Os autores divergem quanto a nomear essa tipologia de normas, mas o que em todos é possível se identificar como traço característico delas é que não *enunciam* uma determinada conduta, mas *qualificam* uma conduta. Das normas abertas, não é possível se aplicar o direito pela subsunção imediata do fato a elas, mas antes é necessário extrair-se delas uma regra que possa identificar uma conduta especificada em uma ação ou omissão.

A distinção ente normas abertas e normas fechadas não diz respeito à moldura de possíveis significações de Kelsen (1991, p. 366). Para o autor, todas as normas são polissêmicas e, dessa forma, a questão da interpretação do sentido a ser dado para a norma ao caso concreto fica adstrita a um ato de vontade do aplicador, o que não permite um critério científico para que se diga qual interpretação é a correta. Kelsen, aliás, na Teoria Pura se nega declaradamente a aprofundar a análise do direito do ponto de vista da hermenêutica, já que para ele não há como tratar dessa temática “cientificamente”¹⁹.

Exemplo de um autor que distingue as normas pela amplitude de significação que possuem é Karl Larenz (1997, p. 300). Ele distingue as “normas conceito” das “normas tipo”. Quanto às primeiras, diz que “só

se pode falar de um 'conceito' em sentido estrito quando for possível defini-lo claramente, mediante a indicação exaustiva de todas as notas distintivas que o caracterizam". Com relação à norma conceito, é possível se fazer a subsunção de forma direta, imediata. A definição de norma conceito é a seguinte, segundo Larenz (1997, p. 307):

"Um conceito está fixado por meio da sua definição, de tal modo que haja de aplicar-se a um evento concreto ou situação de facto 'só quando e sempre que' se possam (sic) nele encontrar o conjunto das notas características da definição. Esta proposição não vale para o tipo."

Quanto ao tipo, esclarece Larenz (1997, p. 308):

"O tipo não se define, descreve-se. Não se pode subsumir à descrição do tipo; mas pode-se, com a sua ajuda, ajuizar se um fenómeno pode ou não integrar-se no tipo. ... O legislador conforma o tipo tendo em vista as consequências jurídicas que nele coenvolve, e nestes termos, a valoração que nele plasma. ... Exemplos como 'economia doméstica' ou 'empresa económica', assim como todos os demais pontos de vista evidenciados pela casuística cobram aí o seu limitado valor enunciativo. Sem o ponto central de referência da *ratio legis* seriam mais ou menos casuais - meros *topoi*".

Com respeito à metodologia de aplicação, as normas conceito se diferenciam das normas tipo pelo fato de que, nas primeiras, a subsunção é feita *predominantemente*²⁰ de forma isenta de valoração. O grau de segurança²¹ jurídica aqui é, comparativamente ao das normas abertas, alto. Já no segundo modelo, o preenchimento do conteúdo é alcançado "mediante a consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica, que não só é cunhada pela tradição, mas que é compreendida como estando em permanente reconstrução" (LARENZ, 1997, p. 311).

Colocados os dois modelos de normas para Larenz (1997, p. 316), podemos dizer, seguindo nossa conceituação, que as normas tipo seriam normas abertas e as normas conceito seriam normas fechadas. O autor trata, ainda, de identificar a natureza dos chamados "princípios jurídicos" relativamente à sua distinção entre normas tipo e conceito. Diz:

"Os 'princípios jurídicos' não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à idéia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar 'fundamentos justificativos' delas. Estes princípios subtraem-se, como todas as pautas 'carecidas de concretização', a uma definição conceptual; o seu conteúdo de sentido pode esclarecer-se com exemplos".

Larenz (1997, p. 314) se pronuncia sobre o aumento da utilização das normas tipo:

"Uma primeira dúvida sobre se a dogmática jurídica não é mais do que trabalho conceptual valorativamente neutro resulta, desde logo, do facto de que na dogmática hodierna adquire importância crescente a descrição de tipos, em vez da formação de conceitos passíveis de subsunção".

Ao tratar do tema da eficácia jurídica e das respostas judiciais, Faria (1991, p. 108) diz que

"cabe a uma magistratura com um conhecimento multidisciplinar, poderes decisórios mais ampliados e um processo mais flexível uma dupla responsabilidade: tornar menos vaga e mais precisa uma ordem jurídica ambivalente e reformular - por via jurisprudencial e a partir das próprias contradições sociais - os conceitos fechados e tipificantes dos sistemas legais vigentes".

No procedimento de coordenação ao tipo, por sua vez, Larenz diz que, em vez da

subsunção a um conceito, ele é um processo de pensamento orientado a valores.

Embora Larenz admita que “tipo” e “conceito” não são contraposições rígidas, possuindo pontos de comunicação, penso que há uma diferença marcante entre os dois modelos de comandos normativos. Tal pode ser encontrada no conteúdo semântico do comando: as normas tipo têm o sentido de *qualificar* ou *dar razões* para uma ação ou omissão. As normas conceito têm o sentido de *determinar* a ação ou omissão que deverá ser realizada.

Outro importante autor para a reflexão sobre a diferença entre tipos de normas que determinam condutas específicas e outras de natureza mais semanticamente aberta é Ronald Dworkin. A obra de Dworkin²² é um ataque ao positivismo de matriz hartiana²³ e tem como objetivo central combater a idéia de discricionariedade do intérprete-aplicador da norma no momento da decisão. Dworkin assume a defesa de uma teoria liberal do direito, crítica em relação ao que chama de teoria dominante. A teoria dominante, segundo o autor, é o positivismo de Hart, herdeiro do pensamento de John Austin, este por sua vez herdeiro do pensamento de Bentham. A pergunta inicial que faz o autor é se os princípios podem ser considerados parte integrante do direito. Dworkin

(2002, p. 10) conjectura sobre a origem “natural” dos princípios não positivados.

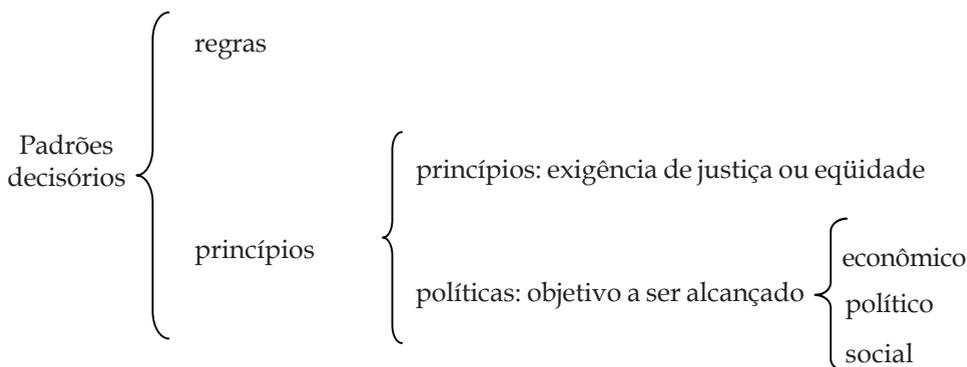
Na introdução de seu livro mais conhecido, Dworkin (2002, p. 15) estabelece um marco conceitual sobre as espécies de padrões normativos; há, portanto, os chamados direitos preferenciais (*background rights*), que podem ser chamados também de direitos fundamentais ou direitos de base, e os direitos institucionais ou específicos, que são direitos criados pela lei ou por instituições. Para o autor, no positivismo somente existem os direitos institucionais. Para ele, entretanto, os “princípios” fazem parte do direito.

Dworkin distingue argumentos de princípios e de políticas e defende que argumentos de princípios são compatíveis com decisões democráticas, ainda que exclusivamente feitas sobre tais padrões normativos.

A idéia fundamental do projeto de Dworkin é combater a discricionariedade e, para tanto, entende que os princípios são parte constituinte do sistema de padrões decisórios que são utilizados para que possamos produzir decisões.

Os princípios são, para Dworkin (2002, p. 36), padrões decisórios diferentes das regras²⁴. Esquemáticamente, podemos distinguir regras e princípios da seguinte maneira:

A diferença entre princípios e regras pode ser enunciada do ponto de vista lógico, ou



seja, a natureza da orientação do padrão decisório (ou do comando normativo, qualquer que seja a terminologia utilizada) de-

termina que, do ponto de vista dos processos lógicos de aplicação de um ou de outro, se possa agir de um ou de outro modo. Nas

regras, temos a possibilidade da aplicação à moda “tudo ou nada”. E nos princípios, não temos conseqüências jurídicas automáticas ao preenchimento das condições dadas. Eles enunciam uma razão que conduz o argumento, mas ainda assim o intérprete-aplicador tem de determinar uma decisão particular. O princípio é uma razão relevante do ponto de vista das autoridades que aplicam o direito. Possuem a dimensão do “peso” ou da “importância”, havendo assim uma força relativa em cada princípio²⁵. As regras, por sua vez, possuem apenas importância funcional. Não têm a dimensão do peso ou da importância valorativa²⁶.

Podemos extrair dos conceitos de regras e princípios elementos para acrescer à nos-

sa distinção entre normas de conduta e normas abertas. Do ponto de vista do aspecto semântico, a regra, assim como a norma de conduta, significa que o endereçado deve se comportar desta ou daquela forma. Seus elementos constitutivos permitem a aplicação dedutiva de forma imediata, sem nenhuma extração de nova regra, ou seja, novo conjunto de condições formulado para que, em ocorrendo o preenchimento de seus elementos, incida a sanção. Os princípios são, de outra forma, razões para decidir, qualificam a conduta a ser observada, informam valores.

Faria esquematiza a função dos princípios (2002, p. 77):

Sobre a distinção de tipologia normativa que ora sustento, a discussão poderia ser

Função e Objetivos dos Princípios

FUNÇÃO	OBJETIVOS
Integradora	- propiciar resolução dos litígios não enquadráveis nas normas (<i>hard cases</i>) - orientar preenchimento de lacunas
Interpretativa	- orientar a compreensão das normas no sentido do próprio sistema jurídico
Diretiva	- apontar os rumos da ordem jurídica - atuar como diretriz programática
Unificadora	- assegurar coerência doutrinária e sistêmica à ordem jurídica - propiciar a conjunção entre formal (sic) racionalidade substantiva

aprofundada grandemente em relação aos conceitos trabalhados, mas, para os efeitos do presente trabalho, parece-me suficiente demonstrar que há uma diferença importante entre dois padrões de julgamento ou dois tipos de normas que se pode chamar de *conceitos x tipos, regras x princípios* ou *normas fechadas x normas abertas*.

O direito positivo brasileiro, a partir da feitura da Constituição Federal de 1988, passou a ser composto cada vez mais de normas abertas. A lei mais significativa nesse sentido é a 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor. O exemplo mais recente é a Lei 10.406/2002, o Código Civil. Evidente-

mente as Constituições Federais sempre tiveram um caráter normativo mais genérico e sempre foram caracterizadas pela técnica legislativa da utilização de expressões semanticamente amplas. Entretanto, do ponto de vista infra-constitucional, não era muito comum que o legislador fizesse uso de normas abertas como técnica legislativa preponderante para a confecção de leis.

A necessidade já descrita de dar conta de uma realidade social crescentemente complexa e multifacetária e a falibilidade da metodologia lógico-dedutiva quando o aplicador-intérprete tem de lidar com casos-limite tornam o recurso a normas mais ge-

néricas e maleáveis uma eficiente resposta para o problema da aplicação da mesma lei aos sujeitos de direito abstratamente considerados sem que se rompa com o dogma da completude do direito. Não há, assim, problemas sem respostas.

Aqui aparece o nosso problema central: como compatibilizar a formação de natureza kelseniana e exegética do ator jurídico com a aplicação de normas que não são operacionalizáveis mediante o emprego do método dedutivo que toma por premissa maior a norma posta? Meu argumento é de que não é possível se aplicar as normas abertas com a utilização de uma dedução singular, como se seu sentido como regra já pudesse ser extraído de seus elementos constituintes. Toda aplicação de uma norma aberta pressupõe o preenchimento de uma pauta valorativa e conceitual que não é auto-evidente a partir de sua leitura. Não é o caso de se desconsiderar a polissemia característica da linguagem natural como um elemento dificultador da aplicação da norma. Penso que é sempre necessário se determinar um sentido literal à norma, mas tal procedimento é bastante diferente quando se tem uma norma que contém a determinação de uma conduta (comissiva ou omissiva) ou quando, por outro lado, se lida com uma norma que adjetiva uma conduta, ou que aponta razões de decidir num ou noutro sentido.

O ensino jurídico pressupõe o método dedutivo e a subsunção como categorias interpretativas primordiais. O aluno aprende o direito estatal, o direito positivado, encarando as normas como se fossem conceitos definíveis na forma de premissas maiores às quais se possam subsumir todos os fatos da vida social do homem. A perplexidade aparece, por exemplo, quando tem de resolver o seguinte problema:

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor elenca as chamadas cláusulas abusivas. Diz, no seu inciso IV, que: "... são consideradas nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvan-

tagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;" (grifo nosso)

No parágrafo primeiro do mesmo artigo, está pretensamente definido o conceito de vantagem exagerada e lá se encontra, no inciso III, o termo onerosidade excessiva da seguinte forma:

"§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

III – *se mostra excessivamente onerosa para o consumidor*, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso." (grifo nosso)

Pensemos no conceito de onerosidade excessiva e de vantagem exagerada aplicáveis às três seguintes situações:

a) consumidor que compra uma bolsa de couro de marca glamourosa pagando o preço de R\$ 8.000,00 (oito mil reais);

b) consumidor que contrata com uma instituição financeira o fornecimento de crédito num determinado valor, vencível mensalmente com a contrapartida do pagamento de juros no montante de 10% mensais, o chamado "cheque especial";

c) consumidor que contrata com fornecedor a prestação de serviços de saúde (médico-hospitalar) e em cujo contrato há uma cláusula determinando que, na hipótese de internação (eletiva ou emergencial), mesmo que o consumidor esteja em dia com suas obrigações contratuais, ele deverá emitir um cheque ou nota promissória no valor do dobro da estimativa do valor do serviço a ser prestado na ocasião.

A norma do CDC não é auto-evidente quanto à possibilidade de sua aplicação aos três diferentes casos. O que é onerosidade excessiva? O preço pago pela bolsa, no primeiro caso, é excessivamente oneroso? Os juros remuneratórios, no segundo caso, são excessivamente onerosos? E a obrigação de dar uma garantia além do cumprimento regular das obrigações do consumidor, no terceiro caso, é cláusula que contém onerosidade excessiva?

O operador do direito aqui se vê frente a um grau de complexidade no processo decisório significativamente mais alto do que se tivesse de determinar se alguém teria matado outrem, como prevê o artigo 121 do Código Penal.

Faria (2002, p. 92-93) fala, em um contexto diverso, embora ajustável à presente reflexão, a respeito do aumento da complexidade da aplicação das normas abertas, tomando o conceito de *soft law*:

“Expressando-se sob a forma de princípios, recomendações, códigos de conduta e ‘diretivas’, este tipo de norma não estabelece *a priori* as regras do jogo nem assegura determinadas garantias fundamentais (papel básico da Constituição no âmbito do Estado liberal clássico) ... E, do ponto de vista estritamente jurídico, essa *soft law* decorrente da redução do grau de imperatividade do direito positivo também encerra o risco de formular comandos sem precisão, por um lado criando zonas de incerteza e indeterminação que acabam sobrecarregando o trabalho hermenêutico dos intérpretes e, por outro, deixando enormes dúvidas quanto ao seu verdadeiro potencial de eficácia” (grifo nosso).

Segundo o paradigma jurídico reproduzido nas universidades, ao juiz não é dado criar o direito, cabendo-lhe exclusivamente aplicar as normas de forma dedutivista lógico-formalmente, mediante um simples processo de subsunção que é caracterizado como a adequação do fato à norma, esta sendo um conceito dado. A subsunção é, segundo a definição léxico-jurídica, a “... 2. Operação pela qual se considera um fato como incluído no âmbito de incidência de uma norma. 3. Na aplicação da lei, operação análoga à do silogismo, que toma a disposição legal como premissa maior”²⁷. Como fazer a subsunção se os elementos da premissa maior não são suficientemente determinadores de uma dada conduta?

O problema de se aplicar as normas abertas entreabre uma nova discussão. Já que a norma é bastante ampla de significado, é possível que haja algum critério de interpretação do sentido dela que dê ao operador do direito alguma segurança quanto à correção de tal procedimento? Aqui voltamos a três autores já citados no início do trabalho: Kelsen, Hart e Dworkin.

Para os dois primeiros, não há como se estabelecer um critério crítico que possa ser uma ferramenta analítica precisa para avaliar se uma decisão é ou não adequada. Assim, se, no nosso exemplo, dois juízes diferentes tiverem posições opostas em relação à caracterização da onerosidade excessiva nos três casos, ambos estão agindo de acordo com seu campo de discricionariedade ao interpretar e aplicar as normas e toda interpretação é igualmente válida.

Dworkin defende, por outro lado, a possibilidade de que a decisão seja avaliada criticamente, já que o juiz tem o compromisso de julgar segundo um padrão decisório que lhe transcende.

A riqueza da discussão travada entre, por um lado, aqueles que acham que não há critério cientificamente válido para se criticar a decisão e, por outro, aqueles que acham que é possível se avaliar a correção dela está, penso, no âmbito do reconhecimento pela sociedade de que o direito é um *locus* importante da discussão dos valores republicanos e democráticos que conformam um dado projeto de sociedade que queremos. O ensino jurídico, ao não considerar com a devida importância o advento do novo padrão normativo predominante nas nossas leis, sonega ao aluno a real dimensão de complexidade da atividade profissional para a qual ele se prepara²⁸.

4. O problema da interpretação: ceticismo x interpretação correta

A questão de se determinar se é possível algum critério crítico para a avaliação das decisões – que na verdade são o resultado

do processo de interpretação e aplicação da norma – pode ser formulada em termos de se é possível ao homem decidir por meio de uma razão lógico-formal neutra e avaliativa. Em contraposição a essa idéia, temos a possibilidade da utilização da chamada *razão prática*.

A noção de razão prática tem a ver com a faculdade de deliberar sobre questões que demandam respostas decisórias fundamentadas no campo moral²⁹. Existirá alguma motivação fundamentadora de certa decisão que possa ser dita como melhor do que outra de alguma forma? Se entendermos que não é possível nenhum critério crítico sobre as decisões proferidas, então a interpretação e aplicação das normas abertas será processo sem qualquer controle, puro ato de vontade do intérprete-aplicador. Se assim for, qualquer decisão será igualmente boa e válida, desde que dada pela autoridade certa³⁰. Não haverá, portanto, qualquer acréscimo de dificuldade ou complexidade na operacionalização do direito que seja relevante ao ensino jurídico se ocupar, a partir do advento da predominância das normas abertas constituintes das leis. Aos que defendem essa posição chamarei de *céticos-decisionistas*. Os céticos-decisionistas são aqueles que não crêem que seja possível um controle crítico sobre as decisões jurídicas.

Em oposição aos céticos, temos aqueles que pensam ser possível uma avaliação das decisões de um ponto de vista crítico, dados alguns critérios. Chamarei a esses, na falta de termo melhor, de *interpretativistas*. Dworkin, por exemplo, é um interpretativista, pois acha possível dizer racionalmente se uma decisão é melhor do que outra.

4.1. Inafastabilidade dos juízos valorativos

Em interessante texto sobre a postura cética e a razão prática na literatura e no direito, Martha Nussbaum (1994, p. 714-744) defende a impossibilidade de uma decisão humana ser completamente racional. Tomando como ponto de partida para sua argumentação três estórias atribuídas ao filósofo

grego Pirro, argumenta que há sempre uma tomada de posição valorativa entre uma gama de possibilidades decisórias. A autora diz que, sempre que alguma decisão tem de ser tomada, ela será impregnada de um sentimento de cuidado ou preocupação com o outro. A decisão sempre será tomada, segundo ela, tendo em vista a emoção de compaixão natural entre os homens e ela será compartilhada com os demais indivíduos por meio da exposição dos fundamentos decisórios, ou seja, por meio de uma razão pública. Sustenta, assim, que é possível dar uma justificação racional para uma explicação de razão prática, que é, em seus termos mais genéricos, universal e não-relativa ainda que se funde exclusivamente em critérios históricos e experienciais (NUSBAUM, 1994, p. 717).

Nesse ponto, podemos verificar a proximidade com um argumento de Dworkin (1999, p. 11) sobre os critérios de avaliação das decisões jurídicas. Ele fala dos princípios como padrões decisórios caracterizados por serem exigências de justiça e equidade e, além dessas condicionantes decisórias, fala também do processo de interpretação construtiva, que seria o seguinte: “... o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis”. Dworkin (1999, p. 226 et seq.) apresenta um critério crítico de decisões enunciado como o “princípio da integridade”, que vem a ser o compromisso do julgador com sua inserção histórica e valorativa. Considera a comunidade como um agente moral e defende que o princípio da integridade determina que deve haver coerência das decisões legislativas e judiciais com a herança vivencial de tal comunidade.

Os céticos defendem que não há argumentos mais fortes do que outros em termos de valores. Nussbaum (1994, p. 725 et seq.) argumenta contra Derrida, Fish e Bork no sentido de que há valores que podem ser

racionalmente sustentados como de maior peso contra outros e que tal argumento pode ser avaliado criticamente. Sustenta que os seres humanos (e tal característica é também admitida pelos próprios céticos) não são somente instintivos, mas também criaturas éticas, estando comprometidos com concepções do bem e que, portanto, se conduzem segundo elas. A autora conclui seu argumento sublinhando que, para um ser humano, a vida em sociedade não se apresenta como algo fora de sua existência, mas somente a imersão num conjunto de valores e de crenças centrais é que lhe confere sentido (NUSSBAUM, 1994, p. 743).

Ricoeur (1991) é outro autor que discute a questão da ação relacionada às opções éticas. Na análise do discurso da ação, o autor distingue as causas dos motivos do agir. As causas seriam as descrições de movimentos. Os motivos, por sua vez, são propriamente parte da própria descrição da ação. Aponta para o fato de que o discurso é essencialmente dialético, mediado, possui uma dimensão prática. Dar uma razão, assim, é uma forma de conduzir um argumento para mim e para o outro. Há, portanto, uma responsabilidade do agente que diz seus atos. Há uma intencionalidade no discurso que conforma e justifica a ação. O autor sustenta que o discurso é sempre uma forma de veiculação existencial. Há, portanto, um sentido no agir e o discurso ético é o discurso da ação sensata.

O objetivo de se apontar brevemente nos autores citados a existência de uma dimensão valorativa no juízo sobre uma conduta é, nos limites do presente trabalho, apenas o de sustentar o argumento da impossibilidade de que uma decisão seja dada de forma exclusivamente racional. A neutralidade e a defesa de que não há critério de avaliação possível de ser aplicado a uma decisão judicial são falhas, na medida em que desconsideram que o direito tem um sentido específico e que este não é dissociado da existência humana e, conseqüentemente, de seu próprio sentido. O direito é instrumen-

tal, não se encerra em si mesmo. Sobre a questão do sentido do direito e de sua relação com a moralidade, diz Ferraz Jr. (1994, p. 358):

“O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. Como, no entanto, é possível, às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até a um des-pudorado cinismo”.

Entendo que o direito pode até episodicamente existir em descompasso com o projeto de sociedade que dada comunidade estabelece e conduz, mas sua transformação é inevitável se ele discrepa de forma constante e radical de tal projeto.

As decisões são sempre escolhas fundamentadas em um projeto amplo de que tipo de sociedade queremos. Dworkin (1999, p. 492) aponta essa característica do direito:

“A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses, convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ser”.

Gadamer (1997, p. 280 et seq., v. 1) é mais um autor que entende que o processo interpretativo é condicionado; no seu caso, pela consciência histórica. O homem interpreta, pois isso marca o todo de sua experiência no mundo. Para Gadamer, é fundamental a temporalidade. É a partir daí que ele procu-

ra repensar a hermenêutica, o que vai significar uma passagem da hermenêutica psicologizante de Schleiermacher e Dilthey para uma hermenêutica histórica (OLIVEIRA, 1996, p. 225-226). Para ele, a constituição do sentido não é dada fora da historicidade própria do homem. Pertencer à tradição é condição existencial do indivíduo e não somos, destarte, donos do sentido que atribuímos às coisas e aos eventos dos quais participamos. A linguagem, para Gadamer (1997, p. 460), é o meio no qual se efetiva o entendimento entre os partícipes do diálogo e a compreensão é interpretação que se faz no seio da linguagem. O problema da interpretação se dá na relação entre pensamento e linguagem. O autor coloca em primeiro plano a questão da aplicação, já que para ele

“... na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete. Nesse sentido nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão, mas também a aplicação”.

Gadamer (1997, p. 469-470) chama atenção para o fato de que é próprio da função interpretativa jurídica a aplicação. Sobre esse ponto, liga Aristóteles às modernas ciências do espírito:

“Este é o ponto em que se pode relacionar a análise aristotélica do saber ético com o problema hermenêutico das modernas ciências do espírito. É verdade que na consciência hermenêutica não se trata de um saber técnico nem ético, porém, essas duas formas do saber contêm a *mesma tarefa da aplicação* que temos reconhecido como a dimensão problemática central da hermenêutica”.

Ao discorrer sobre o papel da hermenêutica jurídica, o autor fala sobre a tarefa da interpretação, que seria concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação.

“Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. ... Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo a que nos atemos” (GADAMER, 1997, p. 489).

Verificamos que não há decisão sem um juízo deliberativo, que é feito sob critérios, ainda que tenham eles alguma variabilidade. O direito, como sabido, não é um saber que se possa equiparar ao das ciências naturais. Não há controle preciso de verificabilidade no direito como há, por outro lado, na matemática, na física, na química etc. Assim, embora o procedimento de tomada de decisão não seja um procedimento que se possa verificar cientificamente (do ponto de vista cartesiano), ainda assim é controlado metodologicamente e pode ser criticado quanto ao seu resultado. O direito faz parte das chamadas ciências do espírito e diz respeito ao que Aristóteles chamou de *filosofia prática*. Sobre o tema, Berti (1998, p. 116) comenta:

“A filosofia prática, portanto, tem em comum com a teórica o fato de procurar a verdade, ou seja, o conhecimento de como são efetivamente as coisas, e também a causa de como são, ou seja, o fato de ser ciência. Sua diferença em relação à filosofia teórica é que, para esta última, a verdade é fim para si mesma, enquanto para a filosofia prática a verdade não é o fim, mas apenas um meio em vista de outro, ou seja, da ação, sempre situada no tempo presente: não alguma coisa já existente, mas que deve ser feita agora”.

4.2. Desconstrutivismo, pragmatismo e função da interpretação

Sobre as possibilidades de validação interpretativa no âmbito da literatura, na linha do posicionamento cético, há aqueles

que propugnam por uma abertura de possibilidade de interpretações válidas de forma praticamente ilimitada.

Miller (1995, p. 81), ao defender o desconstrutivismo como um método de leitura desafiador, diz que

“... a desconstrução questionou o pressuposto de que uma obra de qualidade deveria ter ou tem um significado único, passível de ser determinado e organicamente unificado. Colocou em dúvida a certeza de que a linguagem, incluindo a linguagem literária, é primordialmente referencial, que inicialmente nomeia algum estado de coisas extralingüístico e extrai o seu valor da sua exatidão e força justamente nesse processo. Afinal, a desconstrução mostrou pacientemente, através da leitura cuidadosa de uma variedade de textos literários e também filosóficos, que a linguagem figurada não é um floreio casual acrescentado a uma base literal, mas que essa linguagem, inclusive a linguagem literária, é inteiramente figurativa, da cabeça aos pés, por assim dizer”.

Se levarmos essa proposta de validação de interpretação para o direito, estaremos virtualmente no campo da anomia. O direito tem como uma de suas funções conferir a chamada segurança jurídica. Se não há uma interpretação pelo menos plausível, então não há segurança jurídica alguma. Se transportada a proposta desconstrutivista para o direito, ela corresponderia à inutilização do mesmo como tecnologia de controle social. Isso não quer dizer que a proposta desconstrutivista não seja uma forma válida de interpretação, mas aí teremos de nos indagar qual a função da interpretação. Por exemplo, um professor que esteja procurando verificar a aprendizagem de um aluno do ponto de vista conceitual não poderá aceitar respostas que não apresentem os elementos do conceito perguntado. A função da interpretação da pergunta e do sentido buscado pelo instrumento de avaliação é, de

alguma forma, canônica. Da mesma forma, um médico ao diagnosticar a doença de um paciente ou um advogado ao identificar o problema jurídico. Aqui se trata de dar respostas práticas a questões de inafastável necessidade de deliberação por parte do intérprete.

A função da abordagem desconstrutiva é, parece-me, de ampliação das capacidades cognitivas do intérprete, por um lado, e também politicamente emancipatória em face de certas estratégias de controle do conhecimento por parte de grupos ligados ao ensino, pesquisa e, conseqüentemente, controladores dos meios de financiamento de tais atividades. Não se nega validade a esse tipo de abordagem ou método interpretativo, desde que o mesmo não esteja sendo usado num contexto que exija uma resposta concreta para um problema que demanda uma decisão inadiável, como é o caso dos conflitos jurídicos.

Hirsh (1993, p. 7), em sua obra sobre o objetivo da interpretação, defende a possibilidade de uma interpretação correta, atacando o relativismo cético. Contesta o posicionamento dos desconstrutivistas, ressaltando o papel da ética no processo interpretativo:

“The choice of an interpretive norm is not required by the ‘nature of the text’, but, being a choice, belongs to the domain of ethics rather than the domain of ontology. ... the object of interpretation is no automatic given, but a task that the interpreter sets himself. *He* decides what he wants to actualize and what purpose his actualization should achieve”.

No campo do pragmatismo, uma boa peça introdutória de discussão teórica é a conferência realizada em Cambridge, em 1990, publicada em português³¹, na qual Richard Rorty defende sua posição pragmatista frente a Umberto Eco. Segundo a visão de Rorty, o que é possível se fazer com um texto é utilizá-lo segundo os propósitos do leitor, o que descaracteriza qualquer possi-

bilidade de intenção do autor que possa ser encontrada a partir de sua leitura. Descarta a possibilidade de que haja um sentido do texto que possa determinar alguma coerência canônica. Diz o autor:

“Eu diria que um texto tem apenas a coerência que por acaso adquiriu durante a última volta da roda da hermenêutica, assim como um monte de barro tem apenas a coerência que por acaso obteve durante a última volta do torno do oleiro. ... Sua coerência [do texto] não é mais do que o fato de alguém ter encontrado algo interessante para dizer sobre um conjunto de sinais ou ruídos – um modo de descrever esses sinais ou ruídos que os relaciona a algumas das outras coisas sobre as quais estamos interessados em falar” (ECO, 1993, p. 115).

A idéia de relativização presente em Rorty funcionaliza sua proposta pragmática, na medida em que o autor defende que um texto dado somente pode ser fruído, sem nenhuma garantia de que haja, de qualquer forma, um sentido a ser percebido, desvendado, interpretado. Nesse sentido, qualquer dação de significado ao texto é, para Rorty, mistificadora:

“A idéia de que um comentador descobriu o que um texto realmente faz – por exemplo, que ele *realmente* desmistifica um construto ideológico, ou *realmente* desconstrói as oposições hierárquicas da metafísica ocidental, e não apenas pode ser utilizado para estes propósitos – é, para nós, pragmatistas, só mais um ocultismo”.

Rorty segue criticando qualquer possibilidade de interpretação válida segundo cânones, investindo inclusive contra Miller: “O que a ‘teoria’ não fez, penso eu, foi criar um método de leitura, ou o que Hillis Miller chama de ‘uma ética de leitura’. Nós, pragmatistas, pensamos também que ninguém jamais conseguirá isso”.

Eco oferece réplica a Rorty colocando em primeiro plano a idéia de função do texto.

Um texto produzido tem a pretensão de veicular uma idéia, uma representação qualquer. Embora reconheça que um texto criativo é sempre uma obra aberta (assim são as obras de ficção), há certamente uma função própria desse tipo de texto que é deixar em aberto uma possibilidade maior de interpretações. Segundo Eco (1993, p. 169), entretanto, embora haja várias possibilidades de interpretação para um texto criativo, em suas próprias palavras: “não é verdade que tudo serve”. Sustenta que é possível que haja várias interpretações válidas para um texto, mas há pertinências impossíveis e pertinências absurdas. Interpretar é construir, no mínimo, um consenso da comunidade sobre a pertinência plausível de um sentido dado.

5. A aplicação das normas abertas e sua problematidade: o des-fecho da discussão

Parece claro que, no processo de interpretação e aplicação das normas, ou seja, na tomada de decisão, está em jogo mais do que a manifestação do ato de vontade da autoridade. Há, no momento da tomada de decisão, um exercício racional de ponderação de valores, preenchimento de sentido das normas, adequação do sentido a ser dado a determinada norma a uma tradição na qual estamos imersos, a percepção de que a decisão tem conseqüências futuras, enfim, uma série de condicionantes do ato que então se fazem presentes problematizadamente.

No presente trabalho, pretendi apontar o aumento da complexidade do processo de interpretação e aplicação da norma conseqüente à presença, na legislação infra-constitucional, cada vez maior, de normas abertas.

Se não é qualquer decisão que pode ser aceita como válida, devemos como sociedade poder ter acesso ao caminho mental percorrido pelo juiz quando deliberou em determinado sentido. Nosso modelo de ensi-

no jurídico, a meu ver, não privilegia adequadamente o aspecto da problematização da construção das decisões e sua publicação. O resultado de uma prática judicial de pouco cuidado com a fundamentação das decisões é a corrosão progressiva da idéia de função social e de responsabilidade do Judiciário, com conseqüências já visíveis do ponto de vista de sua legitimação frente à sociedade. É importante que as questões relativas ao discurso interno sobre os mecanismos de tomada de decisão sejam abordadas com maior ênfase no âmbito do ensino do direito. Larenz (1997, p. 310-313) descreve o problema da interpretação insuficientemente fundamentada que é proferida por meio da simples subsunção:

“Os tribunais argumentam não raramente de modo tipológico, mas declaram a sua argumentação, justificada como coordenação a um tipo, como subsunção a um conceito, que como tal não é, de facto, aceitável. A falta de consciência do modo de argumentar tipológico reduz a fundamentação a uma fundamentação ilusória, mas que seria correcta se o tribunal tivesse argumentado abertamente de modo tipológico... A necessidade de um pensamento ‘orientado a valores’ surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo, para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica. Tais pautas são, por exemplo, a ‘boa-fé’, uma ‘justa causa’, uma ‘relação adequada’ (de prestação ou contraprestação), um ‘prazo razoável’ ou ‘prudente arbítrio’”.

A alternativa a uma decisão realmente fundamentada e cuja motivação possa se verificar convenientemente explicitada é um tipo de decisionismo que hoje se pode observar, por exemplo, no STJ e no STF. Um padrão de decisão que materializa o discurso mistificador da dedução mecanicista, da

subsunção neutra e que em verdade se manifesta como a expressão do chamado *argumento de autoridade*. Em recente artigo, Silva (2002, p. 23-50) cobra do STF coerência sobre a utilização de dois dos chamados “princípios”³² de interpretação constitucional: o da proporcionalidade e o da razoabilidade. Demonstra o autor como os argumentos utilizados nas fundamentações de algumas decisões não somente não se aprofundam suficientemente nas questões de mérito, como também nem mesmo esclarecem com precisão os conceitos jurídicos com os quais argumentam.

Sobre a importância da fundamentação adequada para que haja possibilidade de crítica à decisão, Larenz (1997, p. 326) propõe:

[a Jurisprudência] “Tem que ‘arriscar’ uma solução, mesmo que não seja capaz de a apoiar plenamente com fundamentos; nesta medida, a sua solução contém inevitavelmente uma parcela de ‘discricionariedade’. Mas ele [o juiz ou funcionário] *deve fundamentar, tanto quanto lhe seja possível*, a sua solução com argumentos jurídicos – assim lho exige a sua vinculação constitucional à ‘lei e ao Direito’” (grifo nosso).

A questão da fundamentação adequada é diretamente relacionada com a mudança do modelo normativo preponderante na produção legislativa atual, qual seja, o da utilização de normas abertas. Não adiantarei a discussão no sentido do aprofundamento de tal questão, ficando por ora com as reflexões aqui apresentadas.

A complexidade dos problemas aqui apontados não ensejam uma conclusão ou uma resposta terminativa, mas podem apontar questões que instiguem a continuidade de investigações sobre o tema. Gostaria de pensar ter proposto, diversamente do que seria um encerramento da discussão, um des-fecho que possa motivar o interesse em novos enfrentamentos das questões apontadas.

Notas

¹ Se é certo que não se pode precisar o momento em que, na história, os períodos se sucedem, traço um corte metodológico a partir da Constituição de 1988 tendo em vista o surgimento, posteriormente a ela, das Leis 8.078/90, 8.884/94 e 10.406/02, que ilustram uma técnica legislativa diversa daquela utilizada nas leis anteriores à Constituição.

² Cf. FARIA, 1991, 1995, 1987, 1984; FALCÃO NETO, 1977, 1981, 1979.

³ Cf. FARIA, 1995, p. 20.

⁴ Por simplificação e em razão do corte metodológico adotado, não serão analisados o problema da crise do direito e do Judiciário no presente trabalho, mas é importante ressaltar que eles são igualmente importantes e têm implicação direta na crise do ensino do direito.

⁵ Sobre essa diferença, falei em *Crise do direito e juspositivismo*: a exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

⁶ Cf. WARAT, 1988, p. 30.

⁷ O conceito de sistema aqui tomado é o do sistema conceitual lógico-formal, cujos conceitos encadeiam-se de forma vertical, conforme a representação kelseniana.

⁸ Cf. FALCÃO NETO, 1979, p. 7-8.

⁹ O termo “lógico-formal” aqui utilizado expressa uma dada visão sobre o direito que é descrita na doutrina sobre o tema do ensino jurídico. Não faço, assim, uma crítica à lógica formal propriamente, mas o termo me permite descrever uma perspectiva teórica sobre o direito. Reconheço, como corretamente me apontou José Reinaldo de Lima Lopes, que a lógica formal é condição do pensamento conseqüente, na linha de argumento de autores como Raz, MacCormick e Ricoeur, por exemplo.

¹⁰ Sobre as escolas citadas, ver Gillissen, 1995, p. 513-520; Van Caenegem, 1995, p. 151-163.

¹¹ Bourdieu (1989, p. 7) “...o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhes estão sujeitos ou mesmo que o exercem”.

¹² San Tiago Dantas advertia sobre a questão do método em relação ao que chamou de “restauração da cultura jurídica”: Esse movimento tem de lançar raízes numa revisão da educação jurídica e é, portanto, como programa de ação, um apelo à reforma do ensino do direito nas nossas escolas e universidades.

“O ponto de onde, a meu ver, devemos partir, nesse exame do ensino que hoje praticamos, é a definição do próprio objetivo da educação jurídica. Quem percorre os programas de ensino das nossas escolas, e sobretudo quem ouve as aulas que nelas se proferem, sob a forma elegante e indiferente da velha aula-douta coimbrã, vê que o objetivo atual

do ensino jurídico é proporcionar aos estudantes o conhecimento descritivo e sistemático das instituições e normas jurídicas. Poderíamos dizer que o curso jurídico é, sem exagero, um curso dos institutos jurídicos, apresentados sob a forma expositiva de tratado teórico-prático.”

¹³ Cf. FERREIRA, 1986.

¹⁴ A despeito de críticas ao uso do termo paradigma aplicado às ciências humanas e em especial às sociais, penso ser possível fazê-lo. Para o aprofundamento da discussão, ver Kuhn, 1996. Numa crítica sobre a teoria de Kuhn aplicada de forma irrestrita às ciências sociais, Jeffrey C. Alexander (1987) aponta: “As condições definidoras da crise do paradigma nas ciências naturais são a rotina nas sociais”; e em sua nota de rodapé: “Essa é a razão porque tantas das primeiras aplicações das idéias de Kuhn à sociologia (por exemplo, Friedrichs, 1970) parecem hoje tão exageradas. Elas proclamavam revoluções numa disciplina em estado contínuo de profundo desacordo e de revolução teórica”.

¹⁵ O artigo 6º da CF88 diz que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁶ Sobre esse tema, falei em: A flexibilização da legalidade nas práticas conciliatórias na Justiça do Trabalho. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília.

¹⁷ Cf. FARIA, 1999, p. 59.

¹⁸ RESP 63981/SP; Recurso Especial 1995/0018349-8. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 24/11/2003.

¹⁹ Kelsen tem uma idéia de ciência cartesiana, moderna e, portanto, quantificável, verificável.

²⁰ Larenz não fala em “predominância”, mas fala em que a aplicação assim seria num “caso ideal”. Penso que não é a questão de falar-se em tese, mas de fato o que ocorre é isso. Há aqui uma relação de predominância de processos metodológicos.

²¹ O termo “segurança jurídica” é aqui utilizado com a conotação de razoável previsibilidade sobre o sentido normativo de determinado comando.

²² Faço aqui referência à obra de Dworkin pensando fundamentalmente nos seus três mais conhecidos livros: *Levando os direitos a sério*, *Uma questão de princípio* e *O império do direito*, todos publicados recentemente em português pela Editora Martins Fontes.

²³ Especificamente a versão do positivismo desenvolvida em *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

²⁴ Esclareço que o termo “padrão” é utilizado pelo próprio Dworkin, referindo-se ao critério decisório.

²⁵ Podemos exemplificar esse ponto imaginando o peso simultâneo de dois princípios como o da liberdade de imprensa *versus* o da preservação da intimidade, ambos constitucionais.

²⁶ A diferença entre regras e princípios encontra-se especialmente tratada por Dworkin nos capítulos 2 e 3 do *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁷ Cf. CUNHA, 2003.

²⁸ Não nos aprofundaremos, por óbvia questão de espaço e propósito do presente trabalho, na questão relativa ao papel ideológico de um discurso acadêmico da pureza do direito na reprodução de uma dada estrutura de Estado, de sociedade e de universidade. Para o aprofundamento desta questão, ver, entre tantos, Bourdieu (1989); Bourdieu; Passeron (1992).

²⁹ "... è da notare che Rousseau e dopo di lui Kant hanno identificato la ragione con il sentimento morale: manifestazione pratica della ragione, o 'ragione pratica'" (DIDIER, 1989).

³⁰ Kelsen entende dessa maneira. Cf. o capítulo VIII da Teoria pura do direito, no qual o autor declara que nenhum método pode garantir a correta aplicação da norma, até porque, segundo ele, não há qualquer interpretação a ser destacada como "correta".

³¹ Cf. ECO, 1993.

³² O autor contesta, valendo-se de Alexy, que a proporcionalidade e a razoabilidade sejam princípios, defendendo a opinião de que são regras.

Bibliografia

- ALEXANDER, Jeffrey C. O novo movimento teórico. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 2, n. 4, jun. 1987.
- BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 1998.
- BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário compacto do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DANTAS, Santiago. A educação jurídica e a crise brasileira. *Revista Encontros da UnB*, Brasília, 1978-1979.
- DIDIER, Julia. *Dizionario di filosofia*. Roma: Gremese, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. Crise da universidade e crise do ensino jurídico. *A universidade e seu mitos*. PIMES - Comunicações, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, n. 18, 1977.
- _____. Cultura e democracia: a favor da democratização do judiciário. In: LAMOUNIER, Bolívar; WEFFORT, Francisco C.; BENEVIDES, Maria V. (Org.). *Direito, Cidadania e Participação*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1981.
- _____. O advogado, a cultura jurídica e o acesso ao sistema judiciário. *A universidade e seus mitos*. PIMES - Comunicações, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, n. 18, 1979.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987.
- _____. *Os novos desafios da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- _____. *Sociologia jurídica: crise do direito e práxis política*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- _____. Estado, sociedade e direito. In: _____.; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- _____. *O Brasil pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- _____. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FREITAS FILHO, Roberto. A flexibilização da legalidade nas práticas conciliatórias na Justiça do Trabalho. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 34, n. 133, jan./mar. 1997.
- _____. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1.
- GILLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Goulbekian, 1995.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Goulbekian, 1996.
- HIRSH JUNIOR, E. D. *The aims of interpretation*. Chicago: The University of Chicago, 1993.
- JORI, Mario. Paradigms of legal science. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Roma, n. 2, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Goulbekian, 1997.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.
- MILLER, J. Hills. *A ética da leitura*. Rio de Janeiro: Imago, 1995.
- NUSSBAUM, Martha. Skepticism about practical reason in literature and the law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 107, p. 714-744, 1994.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.
- RICOEUR, Paul. *O discurso da ação*. Lisboa: Edições 70, 1991.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002.
- VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Editora da UnB, 1988.
- RESP 63981/SP; Recurso especial 1995/0018349-8. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webs-tj>>. Acesso em: 24 novembro 2003.

Isonomia tributária e capacidade contributiva no Estado contemporâneo

Gerson dos Santos Sicca

Sumário

1. Introdução. 2. Sentido e problematização do princípio da isonomia. 3. O princípio da isonomia e seus reflexos no Direito Tributário. 4. A isonomia e seu principal fator de discriminação: a capacidade econômica ou contributiva. 5. Pontos de reflexão sobre a isonomia e a capacidade contributiva. A sua operatividade no Estado contemporâneo. 6. Considerações finais.

1. Introdução

O tema enfrentado envolve uma série de questionamentos dotados de alta complexidade, cuja solução, não raras vezes, transcende a esfera da dogmática jurídica e remete para a problematização dos próprios imperativos de legitimidade do Estado de Direito. A consolidação do princípio da igualdade, cânone inarredável do ideal da modernidade, incorporado às Constituições liberais e concebido como o ápice da afirmação da dignidade humana e da garantia do livre desenvolvimento do indivíduo, encontrou um gama de dificuldades, tendo em vista a dura realidade imposta pelas circunstâncias políticas de cada época.

Na seara da tributação, a dificuldade não é de menores proporções. A força do princípio jurídico da igualdade, como forma de contenção do uso abusivo do poder pelo Estado e preservação da isonomia entre os cidadãos, nem sempre obteve sua plena potencialidade nas ordens jurídicas concretas. Ao contrário, inúmeras vezes o comando é invocado tão-

Gerson dos Santos Sicca é Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procurador Federal, em exercício na Procuradoria Seccional da União em Rio Grande-RS.

somente como estratégia discursiva para a consolidação de modelos tributários formulados sob a ótica eminentemente arrecadatória, sem o intento de desconstituir a desigualdade fática existente na sociedade.

Os obstáculos, todavia, não impedem a delimitação do princípio da isonomia tributária e sua operatividade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Ligada a esse comando principiológico, encontra-se a capacidade contributiva, expressão notável da intervenção estatal na esfera dos particulares, com o intento de associar a demanda fiscal ao dever de minimização das desigualdades e conferir inarredável grau de legitimidade à atuação do Fisco. Em termos desprovidos do rigor técnico, isso significa que tirar dos mais ricos para dar aos mais pobres justifica para os excluídos a própria existência do Estado.

O texto desenvolve uma análise dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva e sua eficácia no estágio atual do Estado brasileiro. O enfoque problematizante conferido à abordagem busca uma reflexão sobre a capacidade de tais princípios efetivamente protegerem o cidadão do Fisco, e mais ainda, de que forma os mesmos podem ter alguma eficácia positiva, para que se imponha ao Estado a realização de determinadas condutas.

Para tanto, serão expostos os fundamentos do princípio da isonomia tributária. Após, a caracterização do princípio da capacidade contributiva servirá como ponto de reflexão sobre a determinação e a força normativa do princípio da igualdade, bem como as principais indagações que surgem na sua aplicação. Ao final, o tratamento do tema permitirá a exteriorização de algumas considerações destinadas a contribuir para a construção de uma dogmática instrumentalmente adequada aos desígnios do Estado de Direito.

2. Sentido e problematização do princípio da isonomia

O princípio da igualdade assume importância nuclear na estrutura do Estado Mo-

derno, ao evidenciar o repúdio a injustificadas discriminações em razão de classe ou condição social. No campo tributário, a igualdade representada pela universalização dos tributos refutou a utilização dos mesmos como mecanismos de segregação social, o que possibilitou a inserção no campo jurídico de um discurso radicalmente avesso à arbitrariedade e ao exercício irrazoável do poder. A cobrança de tributos, típica hipótese de restrição a direito fundamental, necessariamente deveria submeter-se a liames positivos que delimitassem a atuação estatal sobre o âmbito privado, a fim de garantir a previsibilidade, a segurança e a igualdade na competição inerente ao sistema capitalista.

A afirmação do princípio da isonomia, no entanto, trouxe consigo grandes dificuldades na sua delimitação, o que levou a ter-se de admitir a efetiva possibilidade de o legislador estabelecer uma série de diferenciações, além de apresentar-se como cânone de complexa concretização pelo intérprete do Direito. Não bastasse isso, a compreensão do âmbito de proteção estabelecido pelo princípio da igualdade exige adequada interpretação conforme as disposições constitucionais vigentes em cada ordem jurídica concreta, bem como do período histórico vivido. No Direito Tributário, como se analisará adiante, a aplicabilidade do princípio apresenta consideráveis obstáculos ante a existência de diversos interesses postos em conflito e de delicada harmonização, como o interesse fiscal do Estado, os direitos dos particulares e as políticas de benefícios e isenções fiscais exigidas por diversos setores da economia.

Em relação à caracterização do princípio da igualdade, afirma Alexandre de Moraes (2003, p. 65):

“O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisóri-

as, impedindo que se possam criar tratamentos abusivamente diferenciados em razão a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social”.

Compreendida a igualdade como impossibilidade da distinção de tratamento de indivíduos em situações similares, o que afirma uma dimensão negativa do princípio (cláusula de defesa do cidadão contra o arbítrio do Estado), surge o problema da indagação sobre a legitimidade dos critérios distintivos e a valoração dos mesmos, dificuldade que se traduz na própria definição dos limites do controle judicial dos atos discriminatórios.

Canotilho (1999, p. 398) afirma que a igualdade “condensa hoje uma grande riqueza de conteúdo”. O autor português, quando se refere ao princípio como igualdade quanto à criação do Direito, aborda a *proibição geral do arbítrio*, no sentido de que “existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (*proibição do arbítrio*) tratados como desiguais”. Sustenta que, embora “ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade” (CANOTILHO, 1999, p. 403). Adiante, escreve o mestre português:

“A necessidade de valoração ou de critérios de qualificação, bem como a necessidade de encontrar ‘elementos de comparação’ subjacentes ao caráter relacional do princípio da igualdade implicam: (1) a insuficiência do ‘arbítrio’ como fundamento adequa-

do de ‘valoração’ e de ‘comparação’; (2) a imprescindibilidade da análise da ‘natureza’, do ‘peso’, dos ‘fundamentos’ ou ‘motivos’ justificadores de soluções diferenciadas; (3) insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas ‘defensiva’ ou ‘negativa’”. (CANOTILHO, 1999, p. 403).

A isonomia não comporta a afirmação de uma igualdade absoluta entre pessoas, coisas ou situações, pois o legislador pode, legitimamente, estabelecer critérios de discrimen, o que transfere o problema para a verificação da compatibilidade entre o fator diferenciador acolhido pela Lei e os interesses constitucionalmente protegidos. Nesses termos, é salutar a indagação sobre a existência ou não de uma relação racional entre os meios adotados e a finalidade a ser protegida, bem como sobre o valor em si mesmo da finalidade perseguida em determinada circunstância, o que leva Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 17) a afirmar:

“as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.*”

O princípio da igualdade, compreendido como ferramenta posta à disposição do operador do Direito para a sindicabilidade dos atos do Poder Público, comporta dentro de si a idéia de comparação entre situações diferenciadas pela Lei, cujo fator discriminatório apresenta-se problemático, sendo salutar a reflexão sobre a sua legitimidade. Em síntese, trata-se de saber qual razão determinou a distinção, se a mesma é compatível com a Constituição e se o meio utilizado para a diferenciação é adequado e necessário para a realização da finalidade anunciada.

É possível constatar que, na conformação do Estado contemporâneo, tem especial relevância a tarefa de identificar, tomando em conta os princípios fundamentais da Constituição, os critérios justos de discriminação entre pessoas e grupos, *e.g.*, até que ponto é correta a diferenciação dos critérios de tributação estabelecidos e se realmente estão de acordo com as disparidades econômicas existentes e pretendem realizar interesses considerados da mais alta valia. Para o juiz, a sindicabilidade dessas situações não raras vezes envolve ponderações de prognose, o que, aliado ao caráter aberto dos princípios constitucionais, acaba por dificultar a indagação sobre possíveis lesões a direitos dos particulares.

Especificamente no Direito Tributário, a relevância dos fatores econômicos agrega outras dificuldades à aplicação do princípio da isonomia. No mais das vezes, a finalidade arrecadatória impõe-se como protagonista, de maneira a justificar a tributação sobre setores mais suscetíveis à ação do Fisco, como a classe média e os ramos fragilizados da atividade econômica. Afora isso, até mesmo naqueles impostos cuja função extrafiscal caracteriza a sua própria razão de ser, a avaliação feita pelos agentes públicos para a fixação de alíquota e base de cálculo acaba por privilegiar interesses de minorias detentoras de poder de barganha frente ao Estado. Como poderá o Judiciário questionar a legitimidade de medidas tributárias concentradoras do capital se as finalidades estabelecidas na Constituição são de evidente vagueza (justiça social, distribuição de renda, entre outras), suscetíveis à realidade concreta apresentada pelo Legislador ou pelo Executivo, na condução da política econômica? Esse dilema descortina a fragilidade do princípio da isonomia em relação às determinações impostas pelo poder político ante a carência de elementos seguros que permitam a invalidação de normas tributárias injustificadamente discriminatórias.

3. O princípio da isonomia e seus reflexos no Direito Tributário

A indagação jurídica sobre a isonomia tributária põe em causa a tendência atual, presente na prática neoliberal, de generalização e manutenção da desigualdade, impondo-se uma série de políticas que beneficiam a concentração do capital e submetem grande parte da carga tributária às camadas menos favorecidas da população, no intuito de ampliar as isenções para certos segmentos do setor produtivo e do capital especulativo e, a fim de não prejudicar a arrecadação, jogar a conta da perda para a população trabalhadora (operação que tem no Imposto de Renda/Pessoa Física instrumento decisivo).

Essas diretrizes tributárias contribuem para o “engessamento social”, ao facilitar o acúmulo de capital por parte das camadas mais altas e impor severas restrições aos rendimentos assalariados¹. Não bastasse isso, facilitam a livre circulação e desenvolvimento do capital especulativo, inexistindo grande preocupação com o estabelecimento de uma matriz tributária que incentive a reformulação do concentrado modelo econômico brasileiro e objetive a redução das desigualdades sociais e regionais. Todas essas circunstâncias merecem ser confrontadas com as pretensões do legislador constituinte de 1988, que procurou inserir no texto constitucional diversos mandamentos destinados à vinculação dos poderes estatais no intento de promover uma autêntica *revolução social e econômica* no país, concebida por cânones de igualdade material, como bem se estabelece no Preâmbulo e no art. 3º da Carta Magna.

Neste breve trabalho, não se pretende efetivar uma análise das reais possibilidades (políticas, sociais e econômicas) de realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Embora essas indagações sejam de extrema importância, a preocupação central que se apresenta nesta reflexão concentra-se no sentido e aplicabi-

lidade do princípio da isonomia, e a respectiva relação com a capacidade contributiva, o que exige a atenção voltada para as normas jurídicas relativas ao tema e a interpretação das mesmas pelos tribunais. Evidentemente, o enfoque jurídico tem extrema valia para exteriorizar as diversas orientações político-ideológicas predominantes em determinados momentos históricos², o que enriquece a abordagem realizada pelo cientista do Direito e lhe permite compreender melhor a realidade, sempre consciente de que a justiça fiscal é um dos instrumentos mais eficazes para a redução das desigualdades.

A igualdade tributária reclama uma abordagem problematizante, tomando por base seu sentido e a dinâmica concreta de sua aplicação, identificando-se na Constituição suas dimensões, e em especial o princípio da capacidade contributiva, estabelecido historicamente como o principal fator de *discrimen* relacionado à isonomia. Nessa análise, exige-se a consideração do instrumental dogmático posto à disposição do jurista e as possíveis limitações de suas utilizações.

O princípio da isonomia tributária, como garantia individual a ser preservada por todos os membros da Federação, encontra-se disposto no art. 150, II, impedindo que União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituíam “tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”. Além disso, a Constituição estabelece outras normas que pretendem garantir a igualdade tributária entre aquelas pessoas jurídicas de direito público, como nos arts. 151, I e II, e 152, em decorrência da formulação ideal do pacto federativo, com a instrumentalização de relações horizontais entre os membros da Federação.

A defesa da igualdade representou uma das grandes bandeiras de luta das revoluções liberais, com o objetivo de romper com

os privilégios da nobreza e garantir a igualdade de todos perante a lei, sem distinções de qualquer natureza. Dessa maneira, preconizava-se a isonomia na aplicação do Direito e na delimitação da ingerência na esfera dos particulares, como no caso da tributação (CANOTILHO, 1994, p. 381), tendo surgido a tradicional distinção entre igualdade perante a lei e igualdade na lei, a primeira assumindo o aspecto formal da racionalização da atividade de subsunção das leis a todas as pessoas sem consideração de suas qualidades e a segunda acepção dirigida preponderantemente ao legislador, para que este não possa criar distinções entre cidadãos situados na mesma condição³.

A igualdade perante a lei é decorrência lógica do regime do Estado de Direito, no qual se substituiu o governo dos homens pelo governo das leis, em nome da segurança jurídica e da proibição de favorecimentos a uma determinada classe de cidadãos. Essa dimensão, no entanto, assemelha a isonomia ao princípio da legalidade (CANOTILHO, 1994, p. 381), ou seja, sob uma ótica meramente formal, o postulado nada mais é do que um imperativo de hipoteticidade (MACHADO, 1994, p. 54) da norma jurídica, criada com o objetivo de regular uma determinada situação, sem levar em conta as condições pessoais dos sujeitos envolvidos. A norma dirige-se a todo aquele que realizar a hipótese legal, independentemente de seus atributos individuais.

No que se refere ao aspecto formal da igualdade, esta dirige o comando aos aplicadores do Direito, para que realizem a atividade de aplicação das normas conforme o previsto pela hipótese incidente ao caso concreto. Nessa dimensão, qualquer aplicação incorreta acaba por atentar contra a própria legalidade, e a igualdade não apresenta maior problematizabilidade do que aquela revelada quando se indaga sobre a observância à lei⁴. Para o aplicador da norma tributária, sob um enfoque formal, a igualdade nada mais é que o respeito ao cânone da vinculação positiva à norma jurídica, pois

os atos que constatarem a ocorrência do fato gerador e determinam o lançamento do tributo são plenamente vinculados.

O aspecto da igualdade perante a lei não há de ser desprezado, já que a exigência de aplicação isonômica da disposição legal é particularmente importante na atuação discricionária da Administração, mormente nos casos de alteração do habitual modo de proceder dos agentes públicos⁵. A alteração dos procedimentos pelo Fisco deve ser realizada de maneira racional, com fundamentos jurídicos relevantes e não arbitrários, já que condutas mais gravosas ou, por outro lado, mais benéficas, em relação a certos contribuintes em detrimento de outros, configuram em tese conduta irrazoável que viola o postulado da isonomia na dimensão em apreço⁶.

Por sua vez, a segunda dimensão da isonomia, a denominada igualdade na lei, estabelece ao legislador o dever de preservar o princípio na criação da norma, com a vedação de criar discriminações injustificadas, compreensão essa que fundamenta a afirmação corrente da necessidade de tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A definição da igualdade sob esse aspecto envolve basicamente dois problemas: primeiro, o de se o legislador observou o tradicional juízo acima mencionado e, em segundo lugar, se os fatores de discriminação utilizados podem ser considerados legítimos perante a ordem jurídica vigente.

Com o esclarecimento das duas faces da igualdade na lei, compreende-se o sentido com que os tribunais costumam utilizar o princípio isonômico. Contudo, conforme expõe o constitucionalista português Canotilho (1994, p. 382), o dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais representa um juízo tautológico que possibilitou a construção da fórmula da proibição do arbítrio, sem tomar em conta o sentido da liberdade de conformação do legislador.

O controle dos atos do Poder Público, a fim de constatar-se a legitimidade dos critérios discriminatórios, pode ser implemen-

tado com verificação da relação racional entre meios e fins, bem como a legitimidade dos valores cuja proteção é almejada. Essa forma de sindicabilidade, sem dúvida, afasta a possibilidade de exclusão do controle, devido ao reconhecimento de um espaço de absoluta liberdade de ação política conferido ao Poder Público.

Feitas essas considerações, impõe-se a análise do princípio da isonomia no Direito brasileiro. De antemão, pode-se afirmar que sua aplicação no sentido de “igualdade perante a lei” não apresenta polêmica significativa, já que o postulado sintetiza-se na “exigência dirigida ao juiz legal e às autoridades administrativas no sentido de se assegurar formalmente uma igual aplicação da lei a todos os cidadãos” (CANOTILHO, 1994, p. 381). As dificuldades residem, portanto, na *igualdade através da lei* ou *igualdade na lei*.

A igualdade na lei é compreendida como uma cláusula geral de proibição do arbítrio, sendo exemplo significativo a decisão abaixo mencionada ao analisar processo em que se pedia a exclusão de despesas profissionais realizadas em virtude de atividade profissional como representante comercial da base de cálculo do imposto de renda, procedimento admitido para outras profissões. Diz a ementa:

“TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSTO DE RENDA – Representante comercial – Exclusão de despesas profissionais – Princípio da igualdade tributária (art.150, II, CF/88) – Inaplicação

Ementa: 1. A aplicação do princípio da igualdade tributária pressupõe a existência de situações equivalentes, inadmitindo-se interpretação absoluta no sentido de que deva ser dispensado o mesmo tratamento a todos os contribuintes.

2. Na verdade, o que se pretende evitar é a utilização de critérios casuísticos, permitindo-se ao legislador, no entanto, a opção política de contemplar determinadas categorias profes-

sionais com a pretendida exclusão de despesas.

(...)” (BRASIL. Tribunal Regional, 1998a, p. 265-266).

A decisão aplica o princípio da isonomia no sentido da impossibilidade da existência de discriminações “gratuitas, artificiais”, sendo que os critérios políticos (os fundamentos da discriminação) que motivaram a distinção não podem ser indagados pelo julgador. A mesma orientação é adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ao vedar tratamento distinto para situações equivalentes:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. IPVA. ISENÇÃO CONCEDIDA A VEÍCULOS DESTINADOS À EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE ESCOLAR, DEVIDAMENTE REGULARIZADOS JUNTO À COOPERATIVA DE TRANSPORTES ESCOLARES DO MUNICÍPIO DE MACAPÁ. LEI Nº 351 DO ESTADO DO AMAPÁ, DE INICIATIVA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 150, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLAUSIBILIDADE DA TESE JURÍDICA SUSTENTADA. LIMINAR DEFERIDA.

Isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores concedida pelo Estado-Membro aos proprietários de veículos destinados à exploração dos serviços de transporte escolar no Estado do Amapá, devidamente regularizados junto à Cooperativa de Transportes Escolares do Município de Macapá – COOTEM. *Tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente.* Violação ao princípio da igualdade e da isonomia tributária. Art. 150, II da Constituição Federal. Medida liminar deferida.

Votação: por maioria. Resultado: deferida.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1997)⁷ [grifo nosso].

O Supremo Tribunal Federal adota pacificamente a caracterização do princípio da igualdade como tratamento isonômico para situações semelhantes, na linha da fórmula reiteradamente exposta na doutrina e jurisprudência brasileiras. Ainda a título de ilustração, veja-se o entendimento da Corte Suprema nos litígios que questionavam a constitucionalidade da conformação estabelecida pelo Decreto-Lei nº 2.434/88, quando se decidiu, por diversas vezes, que a isenção de IOF sobre pagamento de bens importados com emissão de guia anterior a 1º de julho de 1988 não violava o postulado da isonomia, já que essa situação somente ocorreria se a isenção fosse negada a importadores que também possuísem guias com data posterior àquela. Entendeu a Corte Suprema:

“IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. DECRETO-LEI N. 2.434/88. ISENÇÃO NAS OPERAÇÕES DE CÂMBIO REALIZADAS PARA PAGAMENTO DE BENS IMPORTADOS AO AMPARO DA GUIA EMITIDA A PARTIR DE 1º DE JULHO DE 1988. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

O Decreto-lei n. 2.434/88, condicionando o benefício da isenção fiscal às importações cobertas por guia expedida a partir de 1º de julho de 1988, estabeleceu critério pertinente, vazio em elemento inerente às operações de importação, sem discrepar da regra constitucional da igualdade tributária e nem deslocar a data da ocorrência do fato gerador. O tratamento outorgado pelo referido decreto-lei alcançou importadores em igual situação, sem impor exceções ou privilégios em favor de uns contribuintes em detrimento de outros em idênticas circunstâncias.

Não cabe ao Poder Judiciário estender a isenção de modo a alcançar as operações não previstas pelo legislador, tendo em vista que o ato de que decorre a isenção fiscal escapa ao seu controle.

(...)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1995a, p. 12997).

Verifica-se que o Tribunal, ao afirmar a inexistência de violação do princípio da isonomia porque o legislador “estabeleceu critério pertinente, vazado em elemento inerente às operações de importação”, deixa explícito que o controle do critério de discrimen é admissível na hipótese de o fator adotado não encontrar pertinência lógica com a finalidade perseguida e abre o caminho para a aplicação de princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria não vê problemas em definir a isonomia como a paridade entre pessoas em situações semelhantes. A diferenciação, admitida e considerada até mesmo exigível, é estabelecida pelo legislador, o que remete o problema para verificação da legitimidade dos critérios adotados, caso em que a doutrina e a jurisprudência majoritárias procuram controlar a legislação com base no critério de razoabilidade, sem a valoração, pelo Judiciário, dos critérios utilizados (DÓRIA, 1986, p. 147), e sim a verificação de se os mesmos não são meramente arbitrários ou fantasiosos e se estão relacionados a fatos econômicos.

Bernardo Ribeiro de Moraes (1995, p. 116-117), aliás, enuncia as regras que norteiam a aplicação do princípio da isonomia:

“a) a igualdade jurídica tributária consiste numa igualdade relativa, com seu pressuposto lógico da igualdade de situações ou condições (...); b) não se admitem exceções ou privilégios, tais que excluam a favor de um aquilo que é exigido de outros em idênticas circunstâncias (...); c) a existência de desigualdades naturais justifica a criação de categorias ou classes contribuintes, desde que as distinções sejam razoáveis e não arbitrárias.”

Não destoa dessa compreensão Sampaio Dória (1986, p. 138), ao citar as palavras do então *Justice Brandeis*, da Suprema Corte americana:

“O princípio da igualdade não impede que o Estado discrimine para fins de tributação. Considera-se violadora da regra tão-somente a classificação que exorbite do regular exercício do julgamento e discricção legislativos. Por outras palavras, o princípio da igualdade exige meramente que a discriminação *seja razoável*. E razoável será a classificação que um homem bem informado, inteligente, de bom senso e civilizado possa racionalmente prestigiar.

Examinando a constitucionalidade de leis à luz do princípio da igualdade, este Tribunal tem declarado que a classificação deve repousar sobre uma diferença *real*, e não aparente, especiosa ou arbitrária, de modo que todos situados identicamente sejam tratados com igualdade; que a classificação deve ter uma *finalidade*, ou a consecução de uma política dentro da competência do Estado; e que a diferença deve ter um *nexo* com o objetivo da legislação, que seja substancial, e não apenas especulativo, remoto ou negligenciável.”

A razoabilidade nos termos em que é exposta nas palavras acima possui pouca densidade metodológica para permitir uma satisfatória indagação sobre a legitimidade da atuação do poder de tributar no Estado atual, dimensionado para realizar “(...) uma actividade de igualização de possibilidades de acesso ao bem-estar social, quer através de uma política de distribuição de rendimentos quer por uma política de investimentos públicos em equipamentos sociais” (MOREIRA, 1987, p. 91). Na estrutura estatal contemporânea, o princípio da igualdade não se limita a uma função negativa de exclusão das situações que representem violação de seu núcleo essencial, pois exige do legislador a efetivação da igualdade de possibilidades e de vantagens (CANOTILHO, 1994, p. 381), no intuito de reduzir as desigualdades geradas pela sistema social e econômico.

O princípio da igualdade adquire feição positiva e possibilita, em especial, a construção de critérios de controle de constitucionalidade de leis tributárias que estabeleçam isenções ou graus de capacidade contributiva, caracterizando a formulação de um juízo de compatibilidade com as disposições constitucionais que pretendem edificar um sistema tributário destinado à garantia do desenvolvimento nacional e à justa distribuição de riqueza. Deve-se ter claro que a indagação sobre a isonomia representa em verdade a preocupação do jurista em racionalizar as diferenciações que fatalmente serão estabelecidas pelo legislador, seja por necessidades fáticas, naturais, econômicas, ou por razões ideológicas, a fim de que os critérios comparativos das situações reais preservem “as linhas mestras da igualdade material”. Nas notas de atualização da grande obra de Aliomar Baleeiro (1997, p. 530), há a enunciação de cinco maneiras de comparação, a saber:

“1. na proibição de distinguir (universalmente) na aplicação da lei, em que o valor básico protegido é a segurança jurídica;

2. na proibição de distinguir no teor da lei (...). Os princípios da generalidade e da universalidade estão a seu serviço e têm como destinatários todos aqueles considerados iguais;

3. no dever de distinguir no conteúdo da lei entre desiguais, e na medida dessa desigualdade. No Direito Tributário, o critério básico que mensura a igualdade ou desigualdade é a capacidade econômica do contribuinte;

4. no dever de considerar as grandes desigualdades econômico-materiais advindas dos fatos, com o fim de atenuá-las e restabelecer o equilíbrio social. A progressividade dos tributos favorece a igualação das díspares concretas, em vez de conservá-las ou acentuá-las;

5. na possibilidade de derrogações parciais ou totais ao princípio da ca-

pacidade contributiva pelo acolhimento de outros valores constitucionais como critérios de comparação, os quais podem inspirar progressividade, regressividade, isenções e benefícios, na busca de um melhor padrão de vida para todos, dentro dos planos de desenvolvimento nacional integrado e harmonioso.”

A aplicação do princípio da igualdade, no Direito Tributário, é dotada de altíssima complexidade, por diversas razões: 1ª) o sistema de tributação parte do pressuposto da necessária distinção entre os contribuintes; 2ª) a Constituição trata do sistema tributário com o intento de vincular a atividade de cobrança de tributos à realização de objetivos estabelecidos pela Carta, o que ocorre, por exemplo, com a progressividade-sanção do ITR e do IPTU; 3ª) embora a Constituição enuncie diversos princípios impositivos ao legislador ordinário, a potencial vagueza das normas concede um grande espaço de apreciação àquele, o que dificulta o juízo de compatibilidade do Judiciário; 4ª) especificamente em relação à política de isenções, é tarefa extremamente complexa a exteriorização de um raciocínio jurídico-normativo que demonstre a sua legitimidade, em cada caso concreto, tendo em conta a importância para o desenvolvimento nacional.

O reconhecimento dessas dificuldades não deve levar à conclusão, no entanto, da impossibilidade de controle das normas tributárias que estabeleçam distinções. A verificação da legitimidade da discriminação viabiliza a análise da adequação dos atos legislativos à Constituição. Para tanto, 1) é de se reconhecer a liberdade de conformação conferida ao legislador ordinário; 2) o legislador, ao estabelecer a discriminação, pretende atingir determinada finalidade, que deve ser objeto de sindicabilidade perante as normas constitucionais; 3) deve ser indagada a legitimidade dos meios adotados para o legislador atingir a finalidade em causa; 4) o princípio da igualdade, assim como todos os princípios, pode ser compreendido

em dupla função, seja para vedar discriminações arbitrárias, seja para exigir a equiparação de pessoas em situações semelhantes.

Não parece adequado o entendimento da liberdade de conformação como apreciação de caráter meramente político, inalcançável pelo Poder Judiciário, tese exposta na decisão abaixo, do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS NAS IMPORTAÇÕES. LIMITAÇÃO À DATA DA EXPEDIÇÃO DA GUIA DE IMPORTAÇÃO. DESLOCAMENTO DA DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. INEXISTÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PARTE FINAL DO ART. 6º DO DECRETO-LEI Nº 2.434/88. IMPOSSIBILIDADE.

1. A isenção fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, pelo Estado, tendo em vista o interesse social. É ato discricionário que escapa ao controle do Poder Judiciário e envolve o juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo. O termo inicial de vigência da isenção, fixada a partir da ata da expedição da guia de importação, não infringe o princípio da isonomia tributária, nem desloca a data da ocorrência do fato gerador do tributo, porque a isenção diz respeito à exclusão do crédito tributário, enquanto o fato gerador tem pertinência com o nascimento da obrigação tributária.

2. Não pode esta Corte alterar o sentido inequívoco da norma, por via de declaração de inconstitucionalidade de parte do dispositivo da lei. A Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1995b, p. 29585).

O mesmo raciocínio é encontrado na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, conforme segue:

“TRIBUTÁRIO. MANDATO DE SEGURANÇA. LEI Nº 9.317/96. ENQUADRAMENTO NO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES). ART. 9º, INCISO XIII. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E RAZOABILIDADE DA NORMA. INOCORRÊNCIA. ADIN 1.643-1-DF. 1. A Lei 9.317/96 regula, em conformidade com o artigo 179 da Constituição Federal, o tratamento diferenciado e simplificado das microempresas e das empresas de pequeno porte, cujo artigo 9º, inciso XIII, não viola o princípio da isonomia tributária, nem tampouco a razoabilidade da norma. 2. *Referido tratamento diferenciado possui evidente natureza isentiva, inserida no âmbito de atuação discricionária do Estado, utilizada exatamente para satisfazer o objetivo almejado, qual seja, o tratamento diferenciado determinado pelo dispositivo constitucional.* 3. *O Poder Judiciário somente atua como legislador negativo, vedando-se-lhe o atuar de forma positiva, conferindo isenção não prevista em lei ou estendendo a mesma àqueles contribuintes expressamente excluídos, ou eventualmente não contemplados pela legislação, (...)* 5. O fator de discriminação efetivado pela lei, contra o qual se insurgem as Apelantes, não passou despercebido pela decisão do STF na ADIN 1643-1-DF, tendo sido sustentado pelo Relator que a lei tributária pode discriminar por motivo extrafiscal ramos da atividade econômica, desde que a distinção seja razoável. 6. Precedente da Turma. 7. Apelação improvida.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal, 2000b, p. 2000) [grifo nosso].

“TRIBUTÁRIO. LEI-9.317/96, ART-9º SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTOS DE IMPOSTOS E

CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES.

(...) O Poder Judiciário só atua como legislador negativo, deixando de aplicar a norma declarada ilegal ou inconstitucional, sendo-lhe vedado conferir isenção não prevista em lei ou estender o benefício àqueles contribuintes não contemplados pela lei existente. A isenção tributária revela conveniência política, insuscetível, neste aspecto, de controle do Poder Judiciário, na concretização de interesses econômicos e sociais, estimulando e beneficiando determinadas situações merecedoras de tratamento privilegiado. Além disso, a extensão do benefício fiscal a situações não abrangidas pela norma, criando direito estranho à previsão legal e atribuindo à norma supostamente inconstitucional vigor maior, desrespeita a exegese do ART-111, INC-2, do CTN-66." [grifo nosso] (BRASIL. Tribunal Regional Federal, 1999b, p. 409).

As decisões merecem considerações principalmente em dois aspectos: o primeiro é que a relação entre discricionariedade do ato exclusão de sua apreciação viola art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. O segundo aspecto é que a orientação tradicional da Corte Maior relativa à impossibilidade da atuação como legislador positivo encontra dificuldades quando se trata da aplicação de princípios.

A limitação da função jurisdicional à atuação de legislador negativo não se coaduna com a atual compreensão sobre o caráter normativo dos princípios, identificados como verdadeiras normas jurídicas, com força irradiante e presencialidade normativa, de forma a permitir que os mesmos possam indicar a solução mais adequada diante do caso concreto.

Aliás, a dimensão positiva dos princípios pressupõe uma síntese dialética entre a norma e a realidade e amplia o horizonte metodológico do operador do Direito, con-

ferindo a este a possibilidade de ponderar a legitimidade dos atos do Poder Público, circunstância muitas vezes de difícil resolução com a tradicional estrutura legalista utilizada no direito público, notadamente nas chamadas "omissões parciais". No estágio atual, a normatividade dos princípios e a cristalização de sua dimensão positiva garantem uma atuação adequada do julgador perante os referenciais do Estado de Direito.

Sendo assim, não é incompatível com a separação dos poderes a atividade de controle da razoabilidade da discriminação, a fim de verificar o nexo de causalidade entre o meio adequado e a finalidade perseguida, bem como a própria legitimidade desta perante a Constituição; tarefa, sem dúvida, de significativa complexidade, a ser cumprida com base nos ensinamentos da teoria constitucional.

De qualquer forma, cabe uma advertência: assiste razão a Hugo de Brito Machado (1994, p. 59) quando afirma ser "menos problemático trabalhar com o princípio da capacidade contributiva do que com o princípio da isonomia jurídica". Aquele princípio surge como a lapidação da isonomia, e sua instrumentalidade dogmática evidencia-se mais claramente ao jurista. A seguir, serão feitas algumas considerações sobre o princípio mencionado.

4. A isonomia e seu principal fator de discriminação: a capacidade econômica ou contributiva

O princípio da capacidade contributiva instrumentaliza, no Direito Tributário, a possibilidade de tratamento distinto para pessoas em condições diversas, concepção, aliás, plenamente aceita dentro do Estado Liberal (Cf. DERZI apud BALEEIRO, 1997, p. 529), pois a diferenciação nos encargos fiscais consolida a igualdade no "ponto de partida", a fim de que os indivíduos possam diferenciar-se legitimamente por meio da livre concorrência, sem que existam quaisquer privilégios.

Entretanto, no Estado Social e Democrático de Direito, o princípio adquire notas peculiares que transcendem a formulação da isonomia em seus termos genéricos, como concebido no Estado Liberal. O postulado em apreço ressalta o aspecto material da igualdade, ao possibilitar que a tributação sirva para a redução das desigualdades de fato existentes na sociedade e colocar em níveis concretos e realizáveis as tarefas distributivas e desenvolvimentistas impostas pelo modelo do *Welfare State*. Afora a exigência da necessária consideração das desigualdades, na acepção tradicional da isonomia, releva no âmbito tributário a tarefa promocional de permitir o incremento da interferência estatal sobre a esfera patrimonial dos mais abastados, sendo adequadas as palavras de Sampaio Dória (1986, p. 128) quando afirma que "(...) a faculdade de discriminar é da essência do poder tributário", compreendidas, é claro, no contexto da estrutura estatal proposta pela Constituição de 1988.

O raciocínio aqui explicitado serve para deixar claro o seguinte aspecto: em um Estado de Direito, a igualdade jurídica não se restringe a uma igualdade formal, abstrata, isolada das circunstâncias concretas: a grande promessa jurídica das Constituições contemporâneas é a correção das desigualdades de fato geradas pelo sistema capitalista, que imprimiu sua particular forma de apropriação privada dos meios de produção e de exploração da mão-de-obra. O Direito liberal omitiu-se ao não admitir possibilidades de conformação da realidade e de restrição da exploração e do acúmulo de capital, sendo silente diante do mundo concreto, concedendo ao Judiciário a restrita tarefa de cassação de atos que violem o dever de omissão imposto ao Estado. A partir dessas considerações, verifica-se que a capacidade contributiva preconizada pelo Estado de Bem-Estar Social expressa no mundo das normas a crença de que, por intermédio do Direito, é possível realizar a tarefa distributiva, de inviável ocorrência na esfera de livre atuação da sociedade.

Esse contexto exterioriza o sentido do princípio da capacidade contributiva na Constituição de 1988: o legislador, ao definir as hipóteses de incidência dos impostos e a alíquota dos mesmos, deve adotar como referencial a capacidade econômica dos contribuintes, tendo sempre presente que quanto maior a esfera patrimonial do particular mais intensa será a carga fiscal; por outro lado, as parcelas economicamente mais fracas da população não podem arcar com pesadas cargas tributárias. Dessa forma, exige-se do legislador uma avaliação das condições concretas das pessoas e dos grupos econômicos envolvidos: a mesma carga tributária para setores economicamente diferenciados facilita o acúmulo de capital e penaliza as camadas pobres e médias, que passam a arcar prioritariamente com as despesas suportadas pelos cofres do Estado.

Após essa breve delimitação do intento do legislador constituinte ao estatuir o princípio da capacidade contributiva⁸, inserido no art. 145, parágrafo único, da CF, salienta-se que esse princípio não se confunde com a proporcionalidade nos tributos (MACHADO, 1994, p. 56), pois a diferenciação na intensidade da incidência implementa a justiça tributária. Assim, embora a instituição de uma alíquota única para determinados impostos possa garantir um grau de proporcionalidade na intervenção do patrimônio do cidadão, viola frontalmente o cânone que exige a distinção entre contribuintes⁹. Por tal motivo, bem lembra Carrazza (1999, p. 76) que são inconstitucionais os denominados "impostos fixos", como ISS de alíquota fixa para profissionais liberais em alguns municípios¹⁰, além da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF)¹¹. A alíquota única, portanto, somente seria admissível em uma sociedade de absoluta igualdade, algo inviável dentro do regime capitalista, ou quando fosse impossível a distinção entre contribuintes.

No entanto, afora casos-limite, em que fica evidente o erro de apreciação¹² do legislador, o princípio da capacidade contribu-

tiva é de difícil delimitação, o que levou Becker (1972, p. 439) a afirmar que a expressão, “tomada em si mesma”, “significa apenas: possibilidade de suportar o ônus tributário”, sendo uma expressão ambígua passível de variadas interpretações.

O mesmo Alfredo Augusto Becker (1972, p. 447), em sua conhecida obra, afirma que o princípio da capacidade contributiva surge do direito natural, sendo que, para a sua consagração no direito positivo, foi realizada uma série de constrictões que permitiram sua aplicabilidade. Para o autor, a primeira constrictão é que a capacidade contributiva refere-se a um único tributo, não se levando em conta o conjunto da tributação¹³. A segunda constrictão relaciona-se com a idéia de que a riqueza do contribuinte não é, na realidade, a real e verdadeira e total condição econômica daquele, e sim um “fato-sigmo presuntivo de sua renda ou capital” (BECKER, 1972, p. 453). Por fim, a terceira constrictão sofrida pelo princípio em questão é que a renda ou capital presumido deve ser em valor acima do mínimo indispensável para a subsistência do cidadão (BECKER, 1972, p. 454). Nesse ponto, surge o elo entre a capacidade contributiva e a vedação do confisco, princípio contido na Constituição Federal de 1988.

A análise de Becker evidencia como o princípio da capacidade contributiva encontra viabilidade dogmática dentro dos ordenamentos jurídicos. O tributarista lembra bem que o princípio origina-se no direito natural, característica dos princípios fundamentais incorporados nas Constituições pós-revolução francesa. Da mesma forma, esses princípios, formulados a partir de orientações jusnaturalistas que propulsionaram os ideais revolucionários, sofreram interpretações e adequações, permitindo a sua utilização pelos juristas, idêntico caminho trilhado para a positivação da capacidade contributiva.

A ambigüidade do princípio e a possível diversidade de interpretações sobre seu conteúdo não o destituem de operacionali-

dade, já que a moderna metodologia do Direito Público tem realçado o caráter normativo dos princípios, pelo que a abertura destes representa a efetiva possibilidade de compreensão do fenômeno jurídico em uma perspectiva estruturada com base nos postulados fundantes do sistema, mormente os princípios constitucionais. Dessa perspectiva não se distancia o Direito Tributário, com a nítida intenção do legislador constituinte de ressaltar a importância dos princípios de Direito Tributário como mecanismos de proteção do cidadão-contribuinte.

Além de discorrer sobre as constrictões operadas em relação ao princípio da capacidade contributiva, Becker (1972, p. 454-456) sustenta que este possui quatro alcances de eficácia jurídica. Primeiro, que o postulado é endereçado somente ao legislador. O segundo estabelece que o legislador deve prever fatos e situações que garantam o mínimo para a subsistência do contribuinte. O terceiro alcance, por sua vez, dimensiona-se no sentido da exigência de uma relação de progressividade que contemple o grau de “riqueza presumível do contribuinte”, enquanto o último alcance obriga o legislador a exteriorizar, quando lançar mão da figura do substituto legal tributário, a “repercussão jurídica do tributo sobre o substituído”.

Entre as considerações do emérito tributarista gaúcho, a afirmação de que o princípio é dirigido unicamente ao legislador deve ser vista com reservas. Em verdade, os princípios jurídicos, tomada sua importância e operatividade dentro do sistema jurídico, apresentam-se como normas dotadas de presencialidade suficiente para excluir situações que a eles se contraponham, e em determinadas situações até mesmo permitem ao operador do direito a verificação da solução mais justa diante do caso concreto. Os princípios, entendidos como normas, embora notadamente dirigidos ao legislador, reclamam do Poder Judiciário a efetiva proteção de sua carga impositiva, já que não se constituem mais em meras exortações do legislador constituinte.

Com base nessas considerações, assiste razão a Misabel Derzi (1997, p. 521), que, com sua peculiar linearidade de raciocínio, sustenta que os “(...) direitos e garantias tributárias têm no Judiciário não apenas o legislador negativo, mas também o legislador positivo-supletivo”. O princípio da capacidade contributiva serve como um dos parâmetros normativos pelos quais o operador do Direito verifica a validade substancial dos atos legislativos, indagando a correção dos critérios adotados pelo legislador para a delimitação das hipóteses de incidência tributária. Tem o Poder Judiciário a atribuição constitucional de invalidar critérios que colidam com o núcleo essencial do princípio, como nas situações de impostos de alíquota única (exemplo já mencionado), e a instituição de critérios que não revelem a capacidade econômica, além da possibilidade de corrigir distorções sedimentadas pelo legislador, sendo certo que, como afirma Misabel Derzi (1997, p. 551), o “entendimento do STF sobre a idéia de legislador negativo se choca com a Constituição Federal de 1988”.

Além do mais, a expressão “capacidade econômica” foi utilizada pelo legislador constituinte com o claro intento de condicionar a atividade legiferante ordinária no sentido de permitir a incidência do imposto somente até os reais limites dos contribuintes, o que exige o estabelecimento de critérios para a aferição de patrimônio, lucro ou renda, que efetivamente possam sofrer a imposição estabelecida pelo Fisco. Mecanismos de restrição das deduções, no caso do imposto de renda, e de limitações na compensação de prejuízos, possivelmente atacam o princípio analisado. Aliás, é de se referir a orientação dos Tribunais tendente a aceitar a legitimidade da limitação em 30% dos prejuízos para efeito de compensação, destinada à apuração do fato gerador do imposto de renda/pessoa jurídica, que não se mostra adequada a uma efetiva compreensão da capacidade econômica. Ilustrativa é a decisão a seguir:

“TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - PESSOA JURÍDICA - COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS - LIMITAÇÃO DE 30% - LEI Nº 8.981/95 - CONSTITUCIONALIDADE - APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. É constitucional o art. 42 da Lei nº 8.981/95, que limitou a 30% o valor da compensação dos prejuízos na apuração da base de cálculo do Imposto de Renda e da contribuição social sobre o lucro de pessoa jurídica, no exercício financeiro de 1995.

2. Os arts. 42 e 58 da Lei nº 8.981/95 não ofendem o princípio da capacidade contributiva, já que não se constitui em empréstimo compulsório a limitação imposta à compensação de prejuízos fiscais.

3. Não houve ofensa, também, ao conceito de lucro e renda, pois a lei não impediu a dedução dos prejuízos, apenas delimitou e definiu a forma de fazê-lo.

(...)” (BRASIL. Tribunal Regional Federal, 2000a, p. 666).

Por outro lado, a capacidade contributiva, como fator de *discrimen*, deve buscar em reais fatores econômicos as distinções, pelo que diferenciações feitas por critérios superficiais ou fantasiosos não podem ser entendidas como legitimamente concretizadoras do mandamento constitucional. Cabe mencionar julgado do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, entendendo que a simples distinção entre pessoas de grau de instrução semelhante não demonstra violação ao princípio em análise:

“Ementa: Direito Tributário. Princípio da igualdade. Tratamento isonômico.

(...)

Em matéria fiscal, interessa menos saber o que o legislador está proibido de distinguir e mais o que ele deve dis-

criminar. Atividades iguais devem receber tratamento igual, e atividades desiguais devem receber tratamento desigual. Os contribuintes agrupados na mesma classe deverão ter tratamento idêntico; os de situações diferentes, tratamento, também, diferente. A condição de profissionais liberais de nível superior, por si só, não determina a igualdade de tratamento fiscal, a qual deve somar-se a capacidade contributiva das várias categorias profissionais consideradas pelo legislador” (BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 1995).

Por fim, nesta breve análise dos elementos do princípio da capacidade contributiva, impõe-se esclarecer o significado da expressão “sempre que possível”, encontrada no art. 145, §1º, da Constituição Federal. Além disso, há o questionamento sobre o caráter objetivo ou subjetivo do referido mandamento principiológico.

Roque Antonio Carrazza (1999, p. 75) entende que a capacidade econômica deverá ser preservada toda vez que o imposto, por sua natureza, admita a verificação da condição do contribuinte, o que não é possível nos impostos indiretos. Estes, por sua vez, no caso do ICMS e do IPI, apresentam como irradiação do princípio o cânone da seletividade (CARRAZZA, 1999, p. 71). A capacidade econômica, portanto, será de necessária observância em impostos sobre a renda e o patrimônio, em que a avaliação se dá sobre a riqueza do sujeito passivo da obrigação tributária. Nos impostos indiretos, pois, a aplicabilidade do princípio mostra-se demasiadamente complexa.

Quanto ao debate sobre o caráter objetivo ou subjetivo do princípio, cabem algumas considerações. Na verdade, o problema da verificação da capacidade econômica do contribuinte, tendo em conta a série de constrições sofridas pelo princípio no intento de construir sua força normativa, somente pode tomar por base o fato-signo presuntivo de riqueza (na expressão cunha-

da por Becker), pelo que é correta a lição de Carrazza (1999, p. 67), quando afirma que, “(...) nos impostos sobre a propriedade, a capacidade contributiva revela-se com o próprio bem”. Assim, a realização da hipótese de incidência tributária já indica a possibilidade de submeter-se à imposição do Fisco, sendo que a condição pessoal do contribuinte não pode ser tomada em consideração em impostos que adotem como fato gerador a aquisição ou manutenção de propriedade.

5. Pontos de reflexão sobre a isonomia e a capacidade contributiva. A sua operatividade no Estado contemporâneo

Os pontos trabalhados anteriormente serviram para situar a construção dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, bem como a utilização dos mesmos pelos tribunais. No entanto, as idéias em análise trazem uma série de considerações que servem para indagar sobre grande parte das medidas tributárias adotadas pelo Poder Público e, da mesma forma, o papel do Poder Judiciário na proteção dos direitos dos contribuintes.

O primeiro aspecto a ser ressaltado é que o princípio da capacidade contributiva, embora vinculado ao da isonomia, não se confunde com este, conquanto existam respeitáveis opiniões em contrário¹⁴. A capacidade contributiva salienta uma das dimensões da isonomia, a saber, a igualdade na lei (tratar de forma distinta situações diversas), ainda que não encerre toda essa forma de compreensão do preceito isonômico. Pertinentes, portanto, as considerações de Alves de Andrade (2001, p. 127):

“Destaque-se que, se o princípio da capacidade contributiva está profundamente ligado ao da igualdade, não menos certo é que nele não se esgota.

(...) é preciso dizer que o princípio da capacidade contributiva não se esgota no princípio da igualdade. É que ele representa um critério material de

justiça no campo tributário. Não cuida apenas de vedar discriminações arbitrárias ou não razoáveis, mas de afirmar que o sistema tributário se orienta em conformidade com um critério específico de justiça, qual seja, a capacidade de contribuir das pessoas.

Em suma, tem-se que o princípio da capacidade contributiva e o da igualdade se encontram mutuamente implicados. Mas enquanto esse princípio é marcado por um caráter relacional, ao permitir o confronto entre duas situações jurídicas, aquele princípio representa sobretudo um critério efetivo de justiça para o direito tributário”.

O princípio da isonomia serve como critério para a verificação das distinções realizadas pelo legislador, sempre com a exigência de um juízo de comparação entre duas situações aparentemente semelhantes, condição essa que torna problemática a discriminação efetivada. Por via de consequência, indaga-se sobre a equivalência ou diferença de tratamento¹⁵ (reclamando a identificação de cada situação ou pessoa envolvida), e, na hipótese de *discrimen*, a razoabilidade do mesmo. Essa última operação, embora não esteja consagrada pela jurisprudência, encontra suporte em certas decisões, como no julgado mencionado abaixo, oriundo do Supremo Tribunal Federal, em que se discutia a razoabilidade das limitações à opção de tributação no sistema SIMPLES, constando no voto do Ministro Maurício Correa o seguinte trecho:

“Conseqüentemente, a exclusão do ‘Simples’, da abrangência dessas sociedades civis, não caracteriza discriminação arbitrária, porque obedece critérios razoáveis adotados com o propósito de compatibilizá-los com o enunciado constitucional.

Não há falar-se, pois, em ofensa ao princípio da isonomia tributário, visto que a lei tributária – e esse é o cará-

ter da Lei nº 9.317/96 – pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria.

A razoabilidade da Lei nº 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente, as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e aos profissionais liberais.

Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no §1º do art. 145 da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2003).

Nota-se que a fundamentação segue a orientação tradicional de isenção do controle. Todavia, indaga sobre a razoabilidade da distinção, demonstrando a sindicabilidade efetuada pelo Judiciário, ainda que para justificar a constitucionalidade da norma. O Superior Tribunal de Justiça, da mesma maneira, já se debruçou sobre a verificação da razoabilidade de uma distinção, conforme segue:

“CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. TERMO DE ACORDO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. NÃO UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA. ART. 150, II,

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ERROR IN JUDICANDO. AUSÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1 – Não ofende o princípio da igualdade tributária (art. 150, II, CF) ato estatal que possibilita a celebração de Termo de Acordo, concessivo de redução de alíquota de ICMS (17% para 12%), somente às empresas que desistirem de ações judiciais que busquem repetir valores dessa mesma natureza tributária. Por meio do acordo celebrado, o Fisco, tão-somente, tornou disponível a todos os contribuintes, e não apenas a um ou alguns deles, regime alternativo – possivelmente mais benéfico –, de arrecadação daquele imposto, ao qual esses, por ato de livre disposição, optam por aderir ou não. 2 – *A condição imposta pelo Fisco, no sentido de que as empresas desistam de ações que busquem repetir créditos oriundos daquele mesmo imposto, é exigência que se mostra de todo razoável.* Entendimento diverso conduziria à situação de a Fazenda, por um lado, submeter-se à eventual condenação judicial para devolução de valores recolhidos em excesso; de outro, e concomitantemente, conceder expressivo abatimento no valor do imposto a ser cobrado.

(...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2002, p. 173) [grifo nosso].

A leitura da jurisprudência demonstra que a reflexão sobre a legitimidade das distinções estabelecidas tomando-se por base um critério constitucionalmente referendado é realizada pelo Poder Judiciário, no mais das vezes, com o intento de afirmar a constitucionalidade das leis. Isso não ofusca, contudo, a evidência de que efetivamente há uma perspectiva de controle da razoabilidade, a ser, obviamente, incrementada pelo operadores do Direito.

O princípio da isonomia possibilita, inclusive, o controle das leis de isenção, para que se questione 1) a existência dos fatos

selecionados pelo legislador para o estabelecimento da distinção; 2) a aptidão do meio adotado-isenção, para a finalidade perseguida; 3) a própria legitimidade do fim, tendo-se em conta os preceitos da Constituição. Esses pontos não negam a margem de apreciação reconhecida ao legislador: apenas servem como referenciais para o reconhecimento da inexistência de esferas totalmente imunes ao Direito e esclarecem a posição do Juiz perante o controle de normas de isenção, sempre com a consciência de que a ponderação do Legislador goza de presunção de constitucionalidade¹⁶ e realiza-se em um âmbito em que determinadas decisões são tomadas a partir de um juízo de conveniência e oportunidade.

Por outro lado, a capacidade contributiva, intimamente ligada à isonomia no momento em que esta é considerada como direito à compensação das desigualdades fáticas, encontra espaço próprio de aplicação, ainda que sua força normativa esteja sofrendo severos abalos com a preponderância de políticas econômicas que utilizam a tributação (ou falta dela) como meio de atração de grandes capitais. Para tanto, o comando principiológico deve ser compreendido como determinação para que a incidência da tributação seja estabelecida conforme a capacidade econômica exteriorizada pelo fato presuntivo de riqueza adotado como pressuposto relevante.

A capacidade contributiva deve ser aferida de acordo com os elementos da realidade determinantes para a consideração realizada pelo legislador, de forma que o erro manifesto de apreciação do legislador (quando, por exemplo, não observa a disparidade econômica entre classes sociais ou a diferença no patrimônio dos contribuintes) deve ser afastado por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade. Da mesma forma, é imprópria a derrogação *a priori* do princípio, excluindo, em tese, determinadas situações de seu âmbito de aplicação, solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal para afirmar que a capacidade

contributiva não se aplica aos casos em que a finalidade do imposto é extrafiscal.

Embora seja notório que o controle da observância dos princípios constitucionais tributários é complexo nos impostos com finalidade extrafiscal, há de se ter em conta que o legislador, ao utilizar-se da tributação para o implemento de uma determinada medida econômica, tem a obrigação de obedecer a determinados limites, como esclarece Machado (2001, p. 41), quando aborda a relação entre capacidade contributiva e leis de isenção:

“Questão delicada consiste em saber se, havendo a Constituição consagrado expressamente o princípio da capacidade contributiva, ou, mais exatamente, o princípio da capacidade econômica, a lei que concede isenção de tributo fere, ou não, tal princípio.

Em se tratando de imposto cujo fato gerador não seja necessariamente um indicador de capacidade contributiva do contribuinte, a lei que concede isenção certamente não será inconstitucional, posto que não fere o princípio em estudo. Em se tratando, porém, de imposto sobre o patrimônio, ou sobre a renda, cujo contribuinte é precisamente aquele que se revela possuidor de riqueza, ou de renda, aí nos parece que a isenção lesa o dispositivo constitucional que alberga o princípio em referência.”¹⁷

Conclui-se, pois, que a capacidade contributiva é princípio fundamental para o controle da ação tributária, sendo um dos elementos-chave dos propósitos igualitários desenhados pela Constituição. É elemento determinante para a ação política de um governo, que, ao adotar as medidas tributárias consideradas relevantes para o desenvolvimento nacional, deve proceder de maneira a proteger a norma do art. 145, §1º, da Constituição Federal.

Afora essa imposição dirigida ao Legislativo e ao Executivo, tem o Judiciário fértil

campo de ação, especialmente na esfera do controle concentrado, em que o Supremo Tribunal Federal pode até mesmo conceder efeito *ex nunc* parcial à declaração de inconstitucionalidade, de maneira a conceder um prazo para o legislador adequar a norma tributária à Constituição Federal.

6. Considerações finais

O texto apresentou os princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, bem como a interpretação conferida a estes pela doutrina e jurisprudência, além das possibilidades de concretização dos mesmos, no intento de se aperfeiçoar a proteção do contribuinte.

Não resta dúvida de que os princípios de Direito Tributário, por limitarem a ação do Fisco, são extremamente suscetíveis a concretizações de duvidosa rigorosidade metodológica, diversas vezes submetidos aos desejos de aumento da carga tributária, cujo produto é prioritariamente dirigido ao pagamento da dívida pública e à constituição de um superávit primário. Essa realidade faz com que os Tribunais, diante da complexidade dos assuntos econômicos e da própria pressão exercida por diversos setores, pelo governo e pela mídia, acabem utilizando nos princípios tributários severos critérios de exclusão do controle, como o mero caráter político dos critérios de discriminação adotados pelo legislador e a impossibilidade de qualquer eficácia positiva dos princípios.

A limitação judicial do controle, entretanto, não representa uma barreira intransponível, que impede a perquirição das razões que levaram o legislador a adotar determinados critérios de distinção e a considerar determinados elementos como fatos presuntivos de riqueza. O princípio da isonomia, como já afirmado, é uma vedação à distinção entre situações semelhantes e somente é preservado com a demonstração da razoabilidade ou proporcionalidade¹⁸ da diferenciação, sendo imperiosa a indagação

sobre os meios adotados e a finalidade pretendida. A capacidade contributiva, por sua vez, impõe ao legislador a obrigação de tomar em conta fatos econômicos presuntivos de riqueza, de modo que a incidência da tributação seja progressivamente superior, de acordo com o incremento patrimonial do contribuinte, admitindo-se a relativização do princípio somente na hipótese de existência de outro mandamento constitucional incidente à espécie (*e.g.* garantia do desenvolvimento), situação a ser desvendada diante do caso concreto.

Por todas as razões expostas, tanto o princípio da isonomia tributária quanto o da capacidade contributiva apresentam esferas próprias de incidência, cujo sentido justifica uma redefinição do sentido imposto pelo senso comum para a tributação. Esta, afora o objetivo arrecadatório, somente possui sentido no momento em que o cidadão tem consciência da sua importância para a realização da justiça social, implementada com a correção das desigualdades perpetuadas pelo sistema capitalista.

Notas

¹ Outro fator, conjugado com a excessiva carga tributária exercida principalmente sobre os rendimentos da classe média, contribui para o aumento das desigualdades: a má prestação dos serviços públicos e, em vários casos, a sonegação destes. Significativo é o fato de que cada vez mais o cidadão precisa recorrer a serviços privados para satisfazer necessidades essenciais (*e.g.*, os planos de saúde e a educação privada), acarretando maiores despesas nos orçamentos familiares e reduzindo a disponibilidade de renda (já que os abatimentos no IRPF são limitados). Afora isso, assustador é o quadro brasileiro, em que grande parte da população não recebe sequer o mínimo para efetivamente ter uma vida digna.

² Gastón Jèze, no início do século, já dizia que a análise do sistema de impostos de um país permite que se identifique, com segurança, qual a classe detentora do poder político (BALEIRO, 1997, p. 521).

³ “Que duas pessoas quaisquer sejam tratadas de modo igual *em relação* a uma determinada regra de distribuição, é coisa que se há de distinguir do

fato de elas terem de ser tratadas assim *em virtude* dessa regra” (BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 1994, p. 598).

⁴ Quando se menciona o postulado da igualdade perante a lei, não se está indagando sobre se a lei efetivamente trata situações iguais de forma igual e situações desiguais de forma desigual, mas apenas se a lei está sendo cumprida de maneira uniforme para todos aqueles a que se dirige. Quando Aliomar Baleeiro (1981, p. 267) afirma que “a regra de que ‘todos são iguais perante a lei’ (...), em termos fiscais, significa que o legislador não pode exigir impostos mais gravosos de uns do que de outros dentro dum grupo que se acha nas mesmas condições”, parece que a afirmação é mais adequada dentro da compreensão de isonomia como igualdade na lei.

⁵ A alteração é uma prática habitual que pode ser vista como “*Infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais*”, como bem ilustra Hartmut Maurer (2001, p. 52): “A autoridade deve observar geralmente os direitos fundamentais e os princípios administrativos gerais, também, e exatamente, no cumprimento de seu poder discricionário. Isso é indiscutível, somente a disposição sistemática desses limites não é totalmente inequívoca. A esses direitos fundamentais, que se tornam, sempre de novo, atuais nessa conexão, pertence, sobretudo, o princípio da igualdade (art. 3, I, da Lei Fundamental). Se, por exemplo, a autoridade, para ficar no caso da taxa, pede, para uma determinada prestação administrativa, 100,00 marcos alemães, para a mesma prestação fixa 150,00 marcos alemães, porém, em um caso sem fundamento manifesto, ela fica, sem dúvida, no quadro das taxas, de forma que não existe um caso de excesso de poder discricionário, mas infringe o princípio da igualdade. Uma prática administrativa uniforme prolongada conduz, sobre o princípio da igualdade, para a autovinculação e limita, com isso, o espaço de poder discricionário”.

⁶ O próprio Código Tributário Nacional estabelece que “as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas” são normas complementares “das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos” (art. 100, III).

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. VERBAS PAGAS A TÍTULO DE AJUDA DE CUSTO. NÃO-APLICAÇÃO DE ISENÇÃO. A isenção do imposto de renda sobre as verbas pagas a título de ajuda de custo exige prova inconteste de que as parcelas foram efetivamente utilizadas em locomoção, alimentação e pousada atinentes ao serviço público. ENCARGOS LEGAIS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA. PRÁTICA REITERADA. CTN, ART-100, INC-3. Aplicável o princípio da isono-

mia tributária apenas para afastar os acréscimos legais do tributo, visto que a autoridade fazendária os dispensou em casos análogos, a confirmar a prática reiterada (BRASIL. Tribunal Regional Federal, 1997a, p. 40668).

⁷ No mesmo sentido julgou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina "IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - MANDADO DE SEGURANÇA - FATO GERADOR, BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTAS - DEC. - LEI N. 406/68, COM FORO DE LEI COMPLEMENTAR - PRINCÍPIO DA RECEPÇÃO EM FACE DA NOVA CARTA CONSTITUCIONAL - INAPLICABILIDADE DA LC N. 34/67 PORQUE REVOGADO PELA CF/67 - O TRATAMENTO PARA FIM TRIBUTÁRIO DÍSPARE DIANTE DE CONTRIBUINTE COM IDÊNTICA CAPACIDADE ECONÔMICA É QUE SOFRE VEDAÇÃO POR NORMA CONSTITUCIONAL (ART. 150, II, CF/88) (...)" (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 1991, p. 7).

⁸ O princípio da capacidade contributiva aplica-se somente aos impostos. Além disso, a jurisprudência tem entendido que a mera antecipação da cobrança de tributos não ofende o postulado. Nesse sentido é a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (BRASIL. Tribunal Regional Federal, 1997b, p. 108982): TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. ALTERAÇÃO DE PRAZO PARA PAGAMENTO DO IPI. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPRIEDADE, VEDAÇÃO DE CONFISCO, ANTERIORIDADE E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO E INFRINGÊNCIA DE CONTEÚDO DA L.D.O. MEDIDA PROVISÓRIA. MOMENTO DE CONVERSÃO. MP 298, DE 29.07.91. LEI 8.218, DE 30.08.91. 1. Redução do prazo para pagamento de tributo não consubstancia majoração tributária, para fins do Código Tributário Nacional, razão por que é matéria passível de ser normatizada em legislação, prescindindo de lei tributária (CTN, art. 160), não se encontrando, igualmente, tutelada pelo princípio da anterioridade, que, aliás, não se aplica ao IPI.

2. O poder impositivo decorre do *ius imperii*, daí por que toda a carga tributária, autorizada pelo legislador, não entra em testilha com o direito de propriedade. 3 (...). 4. *A minoração de prazos de pagamento não é meio adequado à mensuração da capacidade econômica, não se relacionando com o princípio respectivo. Este é um comando para determinação da capacidade do cidadão de contribuir para as despesas do Estado, não agindo com respeito aos elementos conseqüentes da obrigação tributária (...)* [grifo nosso].

Também as multas decorrentes do inadimplemento da obrigação tributária não são considera-

das dentro da esfera de incidência do princípio, como se vê no julgado mencionado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1999):

"Tributário e Processual Civil. Embargos de Declaração. Prequestionamento. Ofensa à capacidade contributiva. Confisco. Omissão inócua. (...); 2. O valor da multa de mora ou punitiva, em direito tributário, é fixado, segundo critérios de conveniência e com o fito de impedir a evasão tributária, e não tem limite, sobre não constituir confisco ou ofensa à capacidade contributiva do sujeito passivo. Recurso Desprovido".

⁹ Há quem entenda que a proporcionalidade na incidência tributária atende ao princípio da capacidade contributiva, opinião que não compartilhamos: "A nossa Carta Magna, porém, não faz a opção pela progressividade ao prescrever na primeira parte do §1º do art. 145 - 'Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...'

O texto constitucional contenta-se, portanto, com a *graduação* dos impostos segundo a capacidade econômica do contribuinte, o que pode ser feito, observadas as exigências expressas constitucionais, tanto pelo critério da proporcionalidade quanto pelo critério da progressividade. Pelo primeiro, enquanto aumenta a base de cálculo, a alíquota permanece a mesma; pela progressividade, à medida que aumenta a base de cálculo, aumenta a alíquota. Nos dois casos o imposto grava de modo uniforme sujeitos passivos com idêntica capacidade contributiva e de maneira desigual os que tenham desigual capacidade contributiva. Mesmo adotando-se o critério da proporcionalidade, quem tem propriedade de maior valor venal pagará mais IPTU, observado assim o princípio da capacidade contributiva que, como já se disse *supra*, é o único elemento positivo que permite a satisfação do princípio da igualdade. A única diferença entre os dois critérios é que o critério da progressividade aumenta o valor do imposto a pagar, aumentando a arrecadação municipal." (OLIVEIRA, 1996, p. 41-42).

¹⁰ "IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) - SOCIEDADE DE PROFISSIONAIS LIBERAIS - PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

1. O regime da alíquota fixa, anual, atinge a condição profissional do contribuinte, tributando-o não por decorrência da prestação de serviço, mas por se encontrar habilitado para tal profissão.

2. Por isso, tal regime é incompatível com os princípios jurídicos da capacidade contributiva e da isonomia, uma vez que é um evidente absurdo que o renomado profissional esteja sujeito a mesma carga tributária de um dileitante.

3. Deve prevalecer, então, o critério lógico que tem como base de cálculo o preço do serviço, pois

esta é a única fórmula equânime de distribuição da carga tributária conforme a capacidade econômica dos contribuintes (...)” (BRASIL. Tribunal de Alçada do Paraná, 1995).

¹¹ Em sentido contrário, a título de exemplo, a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a seguir citada (BRASIL. Apelação Cível em Mandado de Segurança, 1998b, p. 145): “TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA – CPMF. INSTITUIÇÃO POR LEI ORDINÁRIA CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA (...); 2. A Lei nº 9.311, de 24/10/96, editada no *permissivo* daquela Emenda [nº 12/96], não padece de inconstitucionalidade. A CPMF, na alíquota de 0,20%, leva cada contribuinte a pagar segundo a sua idoneidade financeira, sem ofensa aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva [grifo nosso]. 3. Improvimento da apelação.”

¹² Embora em diversos casos a apreciação da observância pelo legislador do princípio em análise seja uma tarefa espinhosa, o que pode levar a uma certa autolimitação do Poder Judiciário na sindicabilidade, deve-se ter claro que o manifesto erro de apreciação deve ser coibido pelo órgão judicial.

¹³ Há quem defenda, no entanto, a aplicabilidade do princípio ao conjunto da tributação. Nesse sentido Andrade (2001, p. 133): “(...) resta claro que o princípio da capacidade contributiva como limite assume uma função absolutamente fundamental diante de uma pluralidade de tributos. É o que sucede-se, repita-se, acima de tudo no que diz respeito à não-confiscatoriedade, cujo sentido protetivo ganha maior expressão em face da carga tributária global – abstratamente considerada – incidente sobre uma pessoa, atividade ou bem.”

¹⁴ “CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. PLANO VERÃO. MEDIDA PROVISÓRIA 32, DE 15 DE JANEIRO DE 1990. LEI 7.730, DE 31 DE JANEIRO DE 1990. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE, IRRETROATIVIDADE E IGUALDADE TRIBUTÁRIA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 150, II E III. CTN, ART. 97, §2º. I. Os princípios da anterioridade e da irretroatividade constituem garantias do cidadão-contribuinte no caso de instituição ou aumento de tributos. II. A variação de correção monetária, a despeito dos seus efeitos sobre a carga tributária, não significa, de acordo com o CTN (art. 97, §2º), aumento de tributo. III. A isonomia, na esfera tributária, realiza-se através do princípio da capacidade econômica, segundo critérios previstos em lei. IV. Apelo a que se nega provimento.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal, 1999a, p. 292).

¹⁵ É exemplo desse raciocínio quando se verificou a distinção de tratamento entre situações equivalentes: “TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPOR-

TAÇÃO. LEI 10.182/2001, ART. 5º, §1º, INCISO X. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. MONTADORAS E FABRICANTES DE VEÍCULOS. SUPRIMENTOS DESTINADOS AO MERCADO DE REPOSIÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. – Ofensa ao princípio da isonomia residente na redução da alíquota do imposto de importação somente direcionada às empresas montadoras e fabricantes de veículos, quando atuantes no mercado de reposição, em detrimento das demais empresas importadoras dos mesmos produtos. – Provimento da apelação.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal, 2003, p. 250).

¹⁶ Afirma Barroso (1996, p. 165), ao tratar do princípio da presunção de constitucionalidade: “Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito: a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carregavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.”

¹⁷ Segue o autor na sua lição: “É certo que nossa Constituição contém regras no sentido de que o desenvolvimento econômico e social deve ser estimulado (art.170), e especificamente no sentido de que a lei poderá, em relação à empresa de pequeno porte constituída sob as leis brasileiras, e que tenha sua sede e administração no País, conceder tratamento favorecido (art.170, IX).

Não nos parece, todavia, sejam tais disposições capazes de validar regra isentiva de imposto de renda, a não ser que se trate de situações em que a isenção realiza o princípio da capacidade contributiva, como acontece com a concedida às microempresas, ou aquelas que em geral são pertinentes ao considerado *mínimo vital*. Isenção de imposto de renda a empresa industrial, a pretexto de incrementar o desenvolvimento regional, sem qualquer consideração ao montante do lucro auferido, constitui flagrante violação do princípio da capacidade contributiva, especialmente se concedida por prazo muito longo, como acontece com certas empresas no Nordeste, favorecidas com isenção ou redução do imposto de renda há cerca de vinte e cinco anos.”

¹⁸ Não é objetivo do estudo a caracterização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A pretensão é limitada a indicar a possibilidade de aplicação dos mesmos. Não obstante, registre-se a proximidade entre os dois princípios, fato já constatado pela doutrina italiana no Direito

Administrativo: “In questo nuovo âmbito di applicazione il principio di proporzionalità vinene, ad esempio, a fungere da parâmetro di valutazione circa la congruità delle delimitazioni introdote dal legislatores fra diverse categorie di beneficiari de uma data prestação. Esso viene, cioè, utilizzato allo scopo di stabilire se lê differenziações introdute in aplicação del principio di egualianza non diano però vita a resultados contrari al principio di proporzionalità. Ladove il principio di proporzionalità viene qui, pertanto, a rappresentare um’ulteriore prospettiva di corretta aplicação del principio di egualianza, sotto il profilo della verificação dei resultados in concreto raggiunti tramite la sua aplicação.” (GALETTA, 1998, p. 64-65). (Tradução livre do autor: Neste novo âmbito de aplicação, o princípio da proporcionalidade vem, por exemplo, a funcionar como um parâmetro de valoração sobre a congruência das delimitações introduzidas pelo legislador entre diversas categorias de beneficiários de uma dada prestação. Isso vem sendo utilizado com o objetivo de estabelecer se as diferenciações introduzidas na aplicação do princípio da igualdade não dão vida a resultados contrários ao princípio da proporcionalidade. Ali o princípio da proporcionalidade vem, portanto, representar uma ulterior perspectiva de correta aplicação da igualdade, sob a ótica da verificação dos resultados concretos alcançados com sua aplicação).

Bibliografia

ANDRADE, Rodrigo Fonseca Alves de. O princípio base da capacidade contributiva e a sua aplicação diante de uma pluralidade de tributos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, n. 149, jan./mar. 2001.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Uma introdução à ciência das finanças*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 6. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2002-00166009/ES. 1. Turma. Relator: Min. José Delga-

do. 17 set. 2002. *Diário da Justiça*, [S. l.], p. 173, 7 out. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo n. 1.643-1/DF, Relator: Min. Maurício Corrêa. *Diário da Justiça*, [S. l.], 14 mar. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1655-5/AP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa. Requerente: Governador do Estado do Amapá. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Amapá. 10 set. *Diário da Justiça [da União, S. l.]*, p. 54156, 24 out. 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 159026-SP. Relator: Ilmar Galvão. 30 ago. 1994. *Diário da Justiça*, [S. l.], p. 12997, 12 maio 1995a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 188951/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. 16 maio 1995. *Diário da Justiça*, [S. l.], p. 29585, 15 set. 1995b.

_____. Tribunal de Alçada do Paraná. Reexame necessário e Apelação Cível n. 0075750600. 8. Câmara Cível. Relator: Juiz Conv. R. Cristo Pereira. 7 ago. 1995. *Diário da Justiça*, [S. l.], 25 ago. 1995.

_____. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 194245742. 1. Câmara Cível, Relator: Des. Heitor Assis Remonti. 25 abr. 1995.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Declaratórios n. 599272804. 1. Câmara Cível. Relator: Celeste Rovani. 9 jun. 1999.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 3.375. 4. Câmara Civil. Relator: Des. Alcides Aguiar. 21 nov. 1991. *DJESC*, [S. l.], p. 7, 3 dez. 1991.

_____. Tribunal Regional Federal. Região 1. Apelação Cível n. 1999.01.00.023524-0/GO. 4. Turma. Relator: Juiz Mário César Ribeiro. Relator Convocado: Juíza Daniele Maranhão Costa Calixto. 26 nov. 1999. *Diário da Justiça*, [S. l.], p. 666, 17 mar. 2000a.

_____. Tribunal Regional Federal. Região 1. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 1998.01.00.011096-3/MG. 3. Turma. Relator: Juiz Olindo Menezes. *Diário da Justiça*, [S. l.], p. 145, 9 out. 1998b.

_____. Tribunal Regional Federal. Região 4. Apelação em Mandado de Segurança n. 95.04.53686-7/RS. 1. Turma. Relator: Juiz Fábio Bittencourt da Rosa. 09 dez. 1997. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, a. 6, n. 25, p. 265-266, out./dez. 1998a.

- _____. Tribunal Regional Federal. Região 1. Apelação em Mandado de Segurança n. 199201208596/MG. 4. Turma. Relator: Juiz Hilton Queiroz. 5 mar. 1999. *Diário da Justiça*, [S. l.], p. 292, 4 jun. 1999a.
- _____. Tribunal Regional Federal. Região 4. Apelação em Mandado de Segurança n. 9504205402/SC. 1. Turma. Relator: Juiz Vladimir Freitas. 4 mar. 1997. *Diário da Justiça*, [S. l.], p. 40668, 1997a.
- _____. Tribunal Regional Federal. Região 4. Apelação em Mandado de Segurança n. 2002700-80009437/PR. 1. Turma. Relator: Juiz Wellington M. de Almeida. 14 maio 2003. *Diário da Justiça*, [S. l.], p. 250, 28 maio 2003.
- _____. Tribunal Regional Federal. Região 4. Apelação em Mandado de Segurança n. 199904-01023695/PR. 1. Turma. Relator: Juíza Ellen Grace Northfleet. 08 set. 1999. *Diário da Justiça*, [S. l.], 12 jan. 2000b.
- _____. Tribunal Regional Federal. Região 4. Apelação em Mandado de Segurança n. 199804-010263862. 2. Turma. Relator: Juíza Tania Terezi-
nha Cardoso Escobar. 5 nov. 1998. *Diário da Justiça*, [S. l.], p. 409, 27 nov. 1999b.
- _____. Tribunal Regional Federal. Região 1. Remessa *Ex officio* n. 93.01.04845-0/BA. 3. Turma. Relator: Juiz Hilton Queiroz. 30 set. 1997. *Diário da Justiça*, [S. l.], p. 108982, 12 dez. 1997b.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Editorial Caminho, 1987.
- OLIVEIRA, Yonne Dolácio de. Progressividade do IPTU e princípios da capacidade contributiva e da redistribuição. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, a. 5, n. 17, p. 40-49, out./dez. 1996.
- SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. *Direito constitucional tributário e due process of law*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- URANIA GALETTA, Diana. *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 64-65.

A carta de Sesmaria Régia outorgada ao Senado da Câmara de Vila Rica aos 27 de setembro de 1711

Ana Paula Ribeiro Bigonha
Luiz Henrique Manoel da Costa

Sumário

1. Introdução. 2. Apresentação do problema. 3. Sesmarias. 3.1. Origem etimológica. 3.2. Antecedentes históricos. 3.3. Natureza jurídica. 4. Terras devolutas. 4.1. Conceituação. 4.2. Evolução legislativa – antecedentes históricos. 4.3. Disciplina legal atual. 4.4. Alienabilidade das terras devolutas. 4.5. Cadastramento das terras devolutas. 5. Bens públicos. 5.1. Conceituação e características. 5.2. Imprescritibilidade dos bens públicos. 6. Usucapião. 6.1. Conceito e elementos. 6.2. Legislação atual. 7. Discussão. 8. Considerações finais.

“Que vale, realmente, ao Estado a propriedade de vastos territórios, se o indivíduo é que os irá roturar e fazer produtivos; se, cedo ou tarde, deverá distribuí-los entre os seus cidadãos, a fim de povoá-los?” (LIMA, 1991, p. 57).

1. Introdução

Este estudo teve como justificativa a existência de ações de usucapião que tramitam perante a Comarca de Ouro Preto – MG, em que o Município contesta a prescrição aquisitiva invocada pelos autores, com a junta da Carta de Sesmaria Régia de 1711, alegando a propriedade das terras inseridas dentro do perímetro constante na Carta; questão trazida como situação problema a ser enfrentada.

O desenvolvimento do trabalho partiu do aprofundamento teórico das questões apresentadas, assim mediante extensa pesquisa bibliográfica dividida em quatro pon-

Ana Paula Ribeiro Bigonha é Bacharel em Direito pela Universidade Federal em Ouro Preto.

Luiz Henrique Manoel da Costa é Promotor de Justiça, Professor da Universidade Federal de Ouro Preto, Pós-graduado pela Universidade Gama Filho.

tos: sesmarias, terras devolutas, bens públicos e usucapião. Foram consultadas e usadas também algumas fontes primárias, a saber: a Carta de Sesmaria de 1711 e sua posterior confirmação, as atas da Câmara de Vila Rica de 21 de julho de 1711 a 30 de dezembro de 1715, o termo de ereção de Vila Rica (1711, erigida a Vila, em anexo), algumas amostras de Ordens Régias, de Cartas de Sesmarias e de datas minerais concedidas em Ouro Preto.

Livros da coleção de obras raras da Casa dos Contos também foram valiosos como: “Bi Centenário de Ouro Preto” (SENNA, 1911), “Regimento das Câmaras Municipais” (LAXE, 1885), “Diccionario Geographico do Imperio do Brasil” (SAINT ADOLPHE, 1863), sobre a peculiar história de Ouro Preto, além da farta legislação sobre o assunto, que foi fundamental para estabelecer o paralelo necessário entre a Carta de Sesmaria outorgada à Câmara e sua repercussão jurídica no regime atual das terras públicas brasileiras.

Fixados os conceitos necessários sob o enfoque técnico e dogmático, passou-se à discussão das questões levantadas pelo Município, tendo como referência os dois marcos teóricos adotados: a imprescritibilidade dos bens públicos por usucapião e a função social da propriedade.

Sem perder de vista os relevantes aspectos históricos e sociais revelados no curso da pesquisa, considerados quando da discussão e conclusão do trabalho, é importante lembrar que não se pretendeu esgotar o estudo de tão ampla matéria, posto necessário maior aprofundamento, tempo e a colaboração de um levantamento histórico rigoroso sobre o assunto. Neste sentido, lembramos o ilustre professor Costa Porto ([198-?], p. 7) que “a história das sesmarias, essa ainda não foi escrita”.

2. Apresentação do problema

A relevância do tema escolhido deflui da questão jurídica argüida nas contestações

padrão apresentadas pela Procuradoria do Município de Ouro Preto nas ações de usucapião em tramitação nessa Comarca, sob a alegação de que os imóveis pretendidos, situados dentro do perímetro da Carta de Sesmaria outorgada ao Senado da Câmara de Vila Rica em 1711, são insuscetíveis de prescrição aquisitiva, assim partindo dos pressupostos seguintes:

1^a) que se trata de bem público, posto que inserido no perímetro descrito na Carta de Sesmaria, portanto insuscetível de prescrição aquisitiva nos termos do art. 183, §3^o, da Constituição e entendimento consubstanciado na Súmula n. 340, do STF;

2^a) que a ausência de registro imobiliário importa em presunção de que o imóvel pretendido encontra-se sob o domínio público;

3^a) que o Município, para exercer seu direito sobre as terras públicas, não necessita demarcá-las ou registrá-las no Cartório Imobiliário da circunscrição competente.

3. Sesmarias

3.1. Origem etimológica

Divergências há na doutrina sobre a origem do vocábulo sesmaria. O mestre Cirne Lima (1991, p. 19) relata os diversos sentidos da palavra dados pelos estudiosos da matéria:

“Na própria palavra sesmaria, estão resumidos as características principais do instituto, como se transmitiu à legislação posterior.

Sesmaria deriva, para alguns de sesma, medida de divisão das terras do alfoz; como, para outros, de sesma ou sesmo, que significa a sexta parte de qualquer coisa; ou ainda para outros de caesina, que quer dizer inclusão, corte. Herculano parece tê-la como procedente de sesmeiro, cuja filiação etimológica, entretanto, não indica.

Seis, acaso, seria o número dos sesmeiros, reunidos em colégios admi-

nistrativos? Seriam os sesmeiros dos sexviri ou seviri municipais, da era romana?

Segundo a opinião de Scheler, sesmaria provém de sesmar, e sesmar, derivação do latim ad aestimare, prender-se-ia a esmar, de que nossa língua conhece também a variante Osmar”.

Conclui o autor que a opinião de Scheler é fortemente amparada pelas bases históricas da instituição da sesmaria, justo porque sesmar e esmar exprimem a única operação necessária para constituição dos sexmos peninsulares, divididos e talhados no município antigo.

Lígia Osório Silva (1996, p. 38) também explica o enigma etimológico, não adotando nenhuma posição, apenas ressaltando que a partir do século XVII passou a palavra sesmeiro a também designar aquele que recebia a concessão de sesmaria:

“A origem da palavra sesmaria ainda provoca algumas divergências. Para alguns, ela vem da palavra latina caesinae, que significa os cortes ou rasgões feitos na superfície da terra pela relha do arado ou pela enxada. Para outros a palavra vinha do verbo sesmar, quer dizer, partir, dividir ou demarcar terras. Outros ainda afirmam que as terras distribuídas eram chamadas de sesmaria porque o agente que repartia as terras devolutas era o sesmeiro, uma espécie de magistrado municipal, escolhido entre os ‘homens bons’ da localidade integrantes do sesmo ou do colégio de seis membros, encarregado de distribuir o solo entre os moradores. Mas é possível que a palavra sesmeiro tenha outra origem: derivada da palavra sesma ou sesmo, que era a sexta parte de qualquer coisa”.

Por sua vez, Costa Porto ([198-?], p. 33) responde afirmativamente à questão levantada por Ruy Cirne Lima (acima), de provir a denominação etimológica da palavra dos antigos Sesmeiros, integrantes do Siximum,

ou Sesmo, colégio integrado de seis membros, encarregados de distribuir o solo entre os moradores.

Discussão quanto à origem da expressão, longe de chegar ao fim, apresenta diversas opiniões, não desmerecidas de fundamento, sempre partindo da provável origem etimológica da palavra.

3.2. Antecedentes históricos

Muito antes da constatação de que a terra era redonda, Portugal teve uma visão empreendedora. Diante de seus objetivos expansionistas, adiantou-se na procura do apoio do poder espiritual às suas idéias. Percebendo que não conseguiria levar adiante seus planos sem extraordinários recursos financeiros, D. João I pleiteou de Martinho V, no começo da década de 1420, a designação de seu filho, o infante D. Henrique, para administrador da instituição da Ordem de Cristo, sob a alegação de objetivar a propagação da fé cristã, o que o pontífice, muito agradecido, aceitou. (PORTO, [198-?]). Dessa forma, foi possível a Portugal buscar uma nova rota para o périplo africano.

Interceptadas suas metas expansionistas, Portugal e Espanha repartiram o *jus domini* das terras a descobrir, por meio de uma sucessão de tratados, com a chancela do Vaticano, mostrando-se perante os outros países, advindas as conquistas territoriais, como que detentores de um direito *erga omnes*.

Em 1494, antes mesmo da chegada dos portugueses aqui, foi firmado por Espanha e Portugal o Tratado de Tordesilhas, legitimado pelo Papa, estipulando uma linha imaginária a 370 léguas das ilhas de Cabo Verde a dividir hipoteticamente entre os dois países as terras a descobrir:

“apraz a Suas Altezas, e os seus ditos procuradores em seu nome, e em virtude dos ditos seus poderes, outorgarem e consentirem que se trace e assinala pelo dito mar Oceano uma raia ou linha direta de pólo a pólo; convém a saber, do pólo ártico ao pólo

antártico, que é de norte a sul, a qual raia ou linha e sinal se tenha de dar e de direita, como dito foi, a trezentas e setenta léguas das ilhas de Cabo Verde em direção à parte do poente, por graus ou por outra maneira, que melhor e mais rapidamente se possa efetuar contanto que não seja dado mais. E que tudo o que até aqui tenha achado e descoberto e daqui em diante se achar e descobrir pelo dito senhor Rei de Portugal e por seus navios, tanto ilhas como terra firme desde a dita raia e linha dada na forma supracitada indo pela dita parte do levante dentro da dita raia para a parte do levante ou do norte ou do sul dêle, contanto que não seja atravessando dita raia, que tudo seja, e fique e pertença ao dito senhor Rei de Portugal e aos seus sucessores, para sempre. E que todo o mais, assim as ilhas como terra firme, conhecidas e por conhecer, descobertas e por descobrir, que estão ou forem encontrados pelos ditos senhores Rei e Rainha de Castela, de Aragão, etc..., e por seus navios, desde a dita raia dada na forma supra indicada indo pela dita parte do poente, depois de passada a dita raia em direção ao poente ou ao Norte, Sul dela, que tudo seja e fique, e pertença aos ditos Rei e Rainha de Castela e Leão, etc..., e para seus sucessores, para sempre” (LACERDA, 1960, p. 73).

Entretanto, não chegou a sair o Tratado de Tordesilhas do papel, pois de fato a linha traçada era imaginária, não se podendo saber, como assinala Costa Porto ([198-?]), em qual das Ilhas de Cabo Verde, um arquipélago formado de 14 ilhas, iniciar-se-ia o ponto de onde começaria a contagem das 370 léguas.

A corrida em direção às Índias para a comercialização direta das especiarias do Oriente resultou para Portugal, em 1500, na peripécia da invenção do Brasil. Tendo isso ocorrido, era preciso garantir o “domínio”

sobre a terra de Vera Cruz. “Domínio”, porque, como comenta Ruy Cirne Lima (1991, p. 57), “dizia já Portugal que os reis adquiriam, pela conquista, o direito de distribuir as terras conquistadas entre os seus vassallos, não porém o domínio delas”:

“*Et quamvis reges nostri Regnum Maurorum faucibus eripuerunt, tamen non acquisierunt particulare terrarum dominium, sed jus tantum distribuendi terras inter súbditos*” (*De Donatibus Jurium et Bonorum Regiae Coronae, Lugduni*, 1726, liv. III, cap. 43, n. 79, p. 325).

Cuidou a diplomacia perante os outros países do direito impostergável de Portugal colonizar o Brasil, isto é da efetiva dominação e exploração da colônia sem possíveis inconvenientes.

No tocante à Espanha, um acontecimento de natureza dinástica, segundo Linhares de Lacerda (1960), acalmou as disputas territoriais. Sucedeu-se que Felipe II da Espanha, sob o comando do Duque d’Alba, proclamou-se rei de Portugal, situação que vigorou até 1640, quando o Duque de Bragança assumiu o trono, restaurando a hegemonia lusitana. As fronteiras brasileiras, nesta data, já tinham avançado, devido ao bandeirismo desbravador, muito além do Meridiano de Tordesilhas.

Mas, foi com o Tratado de Madri, em 1726, que Portugal conseguiu vislumbrar o modo de garantir o reconhecimento de seu “domínio” sobre o Brasil, triplicando-lhe seu primitivo território. Deveu-se essa tarefa à influência de um brasileiro: Alexandre Gusmão, que inseriu em seu bojo a orientação de resolver as controvérsias territoriais por um princípio de origem romana, *o uti possidetis*: “Bastaria, pois, reconhecer no ocupante um vassalo ou preposto de uma das nações disputantes, para logo declarar-se em favor delas o domínio conseqüente” (LACERDA, 1960, p. 90).

O *uti possidetis* foi a condução sábia para Portugal consolidar seu domínio territorial sobre o Brasil, ultrapassando, inclusive, a bilateralidade Portugal-Espanha, pois outros países, desde a chegada dos portugue-

ses no Brasil, protestavam quanto aos tratados realizados por esses dois países, chegando o Rei da França a pronunciar: “Je voudrais bien qu’on me montrât l’ article du testament d’ Adam qui partage le nouveau monde entre mes frères d’ Espagne et Portugal, et m’ excluât de la succession” (JUNQUEIRA, 1975, p. 19). Foi necessária a rápida e efetiva posse do Brasil, o que somente foi possível com o difícil empreendimento da sua colonização, que nada mais foi do que legitimar a consolidação do “domínio” português à luz do *uti possidetis*.

A propósito da colonização do Brasil, vale transcrever:

“A chegada ao Brasil foi um ato de posse: Entre os índios do Brasil, ao tempo da descoberta, havia, ao menos em certas tribos, posse comum das coisas úteis, entre os habitantes da mesma oca, estando apenas individualizada a propriedade de certos móveis como redes, armas e utensílios de uso próprio. O domínio territorial, esse não existia absolutamente. O solo era possuído em comum pela tribo inteira, e isso mesmo temporariamente, porquanto, de tempos e tempos, se levantava o grupo, abandonava as ocas, e mais longe ia fixar os seus lares, não se demorando em um local, ordinariamente, mais de 5 ou 6 anos” (BEVILÁQUA, 1941, p. 116).

Em 3 de dezembro de 1530, Martim Afonso de Souza trouxe junto a si, em sua expedição ao Brasil, três Cartas Régias: a primeira autorizando-o a tomar posse das terras que descobrisse e organizar respectivo governo; a segunda, conferindo-lhe título de capitão-mor e governador de todas as terras do Brasil; e a terceira, outorgando-lhe poderes para conceder sesmarias das terras que achasse, na condição de serem aproveitadas. (NAVARRO, 1940). Esta última, segundo Ruy Cirne Lima (1991, p. 36), tem o seguinte teor:

“Dom João, por graça de Deus rei de Portugal e dos Algarves, d’aquem

e d’além mar, em Africa senhor de Guiné, e da conquista, navegação, commercio da Ethiopia, Arabia, Persia e da India, etc. A quantos esta minha carta virem, faço saber, que as terras que Martim Affonso de Souza do meu conselho, achar e descobrir na terra do Brasil, onde o envio por meu capitão-mór, que se possa aproveitar, por esta minha carta lhe dou poder para que elle dito Martim Affonso de Souza possa dar às pessoas que consigo levar, e ás que na dita terra quizerem viver e povoar, aquella parte das terras que bem lhe parecer, e segundo lhe o merecer por seus serviços e qualidades, e das terras que assim der será para elles e todos os seus descendentes, e das que assim der ás ditas pessoas lhes passará suas cartas; e que dentro de dous annos de data cada hum aproveite a sua e que se no dito tempo assim não fizer, as poderá dar a outras pessoas para que as aproveitem, com a dita condição; e nas ditas cartas que assim der irá translada esta minha carta de poder para se saber a todo tempo como o fez por meu mandado, e lhe será inteiramente guardada a quem a tiver; e porque me apraz, lhe mandei passar esta minha carta por mim assignada e sellada com o meu sello pendente. Dada na villa do Crato da Ordem de Christo, a 20 de novembro. Francisco da Costa a fez, anno do nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de 1530 annos. Rei”.

Alguns anos depois, em 1532, D. João III ordenou que Martim Afonso de Souza dividisse o litoral do Brasil, de Pernambuco ao Rio da Prata, em donatarias (LIMA, R.C., 1991), as quais seriam administradas por capitães, vindo a chamarem-se, por essa razão, conforme ilustra Lacerda (1960), de Capitánias Hereditárias.

Foram criadas 14 capitánias hereditárias (JUNQUEIRA, 1975) por meio da concessão de poderes políticos quase majestáticos

pelo rei aos donatários, cabendo-lhes distribuir as terras de sesmarias a pessoas que lhes pedissem, mas com a proibição de apropriarem-se delas, ainda que de modo indireto, fosse por concessão à mulher ou ao filho herdeiro, fosse por título de compra, antes de passados oito anos de serem aproveitadas pelos primitivos concessionários (LIMA, R.C., 1991), restando-lhes como patrimônio dominical apenas 10 léguas (PORTO, 1983).

A efêmera duração do regime das capitânicas, resultante da impossibilidade de qualquer ação coletiva do Governo, em face da igualdade de poderes dos donatários e da incapacidade financeira destes para administrar suas capitânicas, foi substituída pelo Governo Geral.

Tomé de Souza foi o primeiro governador geral, incumbido da continuidade das doações de porções territoriais pelas cartas de sesmarias, transplantando definitivamente os preceitos das Ordenações Portuguesas para regência dos germes da propriedade privada brasileira.

3.3. *Natureza jurídica*

Para a transferência da propriedade destinada à colonização, valeu-se a Coroa Portuguesa, no Brasil, de Cartas de Dada, ou Sesmarias e cartas de Data, ou Forais. As primeiras cediam ao colono a propriedade privada do solo, sob condições que se multiplicaram com o decorrer do tempo. As segundas transferiam poderes políticos para o recolhimento de privilégios da coroa, mediante a permissão de dadas de terras. Lacerda (1960, p. 117) dá a definição dos dois institutos, nos termos das Ordenações, que foram os pilares dessas instituições:

“Sesmaria – Dada de terra inculca, ou terreno maninho, para se aproveitar ou povoando; dada de terras, casais ou pardieiros (casais são casas de campo, ou granjas; pardieiros são casas abandonadas ou em ruínas, chamadas taperas do Brasil, que foram de alguns donos ou heróis e se

lavraram em outros tempos, e estão incultas ao tempo da doação, ou melhor abandonadas (Ord. 4-43 e parágrafo 9)

Forais – Eram as leis que o conquistador ou fundador dava à cidade conquistada ou fundada, acerca da polícia, tributos, juízos, privilégios, condição civil, etc. Foro – As Ordenações Afonsinas, 6-65, Rep. ao §1º – *Os senhores também davam forais às cidades e vilas, conselhos, julgados de seus senhorio, e até aos rendeiros das quintas, courelas e sítios, os quais continham as leis e condições dos contratos, limites dos sítios, pensões e foragens: a que chamavam privilégios*”. (grifo nosso)

As cartas de doações das Capitânicas Hereditárias eram forais típicos (LACERDA, 1960). Outorgavam aos donatários o domínio do solo apenas em pequena porção da Capitania, dez léguas, com a proibição inclusive de tomar como seu um quinhão de maior proporção. Representavam o poder de jurisdição dado ao donatário, sendo frisada a natureza de tais cartas por Costa Porto:

“Talvez a linguagem das cartas dos donatários responda por esta concepção de que el-Rei cedera limites dominicais sobre o solo, quando, na verdade, se limitara a outorgar poderes políticos, largos, sim, direitos majestáticos quase absolutos mas, de nenhum modo, direitos sob o solo, como, de resto o ressalta Rocha Pombo (1967, p. 110 apud PORTO, [198-?], p. 21), ao descrever: quando se fala em doação, parece, realmente, que se tratava de propriedade territorial. E não é isso, entretanto, o que se fazia. Não era a terra que o Soberano dava, mas o benefício, o usufruto dela somente. E tanto era assim que, na própria carta de doação, concedia o Rei... um dado prazo de terras ao donatário, e como propriedade plena, imediata e

pessoal. O Capitão donatário...era como um locotenente do Rei...exerce direitos de soberania. Só não é proprietário da terra: aufere, apenas, uns tantos proveitos do feudo que lhe foi concedido”.

Já as cartas de sesmarias correspondiam a instituto diverso dos forais. Foram dadas visando à povoação e cultivo da terra. Com o tempo, sofreram variadas imposições, que, no entanto, nunca desviaram do seu objetivo primordial, servindo, antes de qualquer coisa, como pressão para o cumprimento pelo sesmeiro da função social da propriedade.

Primitivamente com a essencial cláusula do cultivo da terra e o encargo do pagamento do dízimo sobre os frutos à Ordem de Cristo, podia-se dizer que as sesmarias eram uma concessão gratuita, pois não havia tributação sobre a terra, e condicional, isto é, dependia do real cultivo por parte do sesmeiro.

A transposição para o Brasil colônia do regime das cartas de sesmarias foi decorrente da lei portuguesa originariamente aplicada na metrópole. Diante da crise de abastecimento de gêneros alimentícios, concluiu-se no séc. XIV, ao tempo de D. Fernando, que, se todos cultivassem, haveria “pam de sobejo” (PORTO, 1982).

Remonta à legislação de 1375, instituída pelo rei D. Fernando e, após, codificada sucessivamente nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, tendo como princípio imutável: a cultura do solo obrigatória, sob pena de arrendamento compulsório ou confisco (PORTO, [198-?]). Contudo, foram as Ordenações Manuelinas e as Filipinas as responsáveis pela introdução do sistema aqui. A definição de sesmarias, em ambas, tem idêntico teor:

“Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casaes, ou pardieiros, que foram, ou são de alguns senhores, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são mais” (Ord. Man., liv. IV, tit. 67;

Ord. Filip., liv. IV, tit. 43 apud SANTOS, 1983, p. 45).

De início não existia no Brasil legislação específica para a concessão das dadas de terras por meio das cartas de sesmarias, sucedendo a regulamentação pelos forais do Reino, sob o princípio norteador de não dar a cada pessoa mais terras do que parecesse aproveitar.

Diferentes autoridades foram competentes para o pronunciamento quanto ao pedido de concessão de terras, lavrando as cartas de sesmarias: até 1590, o Capitão-mor e, de 1590 em diante, Governador, o Capitão General ou Vice-Rei, nos termos do Alvará de 8 de dezembro de 1590, corroborado posteriormente pelo Decreto de 22 de junho de 1808 (LOUREIRO, [198-?]).

A partir de 1549, foi imposto o registro da Carta, quando o regimento dos provedores obrigou o sesmeiro a registrar a data nos livros da Provedoria para só então passar a terra a constituir seu patrimônio nos termos do use, desfrute e abuse (SILVA, 1996).

Até quase o final do século XVII, as concessões de sesmarias foram feitas unicamente com o encargo do pagamento dos dízimos da Ordem de Cristo sobre os frutos obtidos e com a condição de aproveitamento em prazo pré-determinado, esta última caracterizando o “fundamento de todo o sistema” (PORTO, [198-?], p. 94). O tempo estabelecido pelas Ordenações para o cumprimento do cultivo era de cinco anos.

Em 1695, pela Carta Régia de 27 de dezembro de 1695, implantou-se a exigência da cobrança de um foro, segundo a grandeza e a bondade da terra, atingindo até a terra inculta e dando, ainda, a incumbência aos ouvidores de examinar, nas terras de sua jurisdição, se as terras concedidas por sesmaria estavam cultivadas totalmente pelos donatários, seus colonos ou foreiros, para que, em caso negativo, as mesmas pudessem ser julgadas vagas, a fim de serem repartidas com outros moradores (LOUREIRO, [198-?]). Porém, somente de 1780 em diante é que começaram a registrar nas concessões a obri-

gação, por légua concedida, de pagamento de foro anual. Era mais uma condição a impedir o sesmeiro não pedir mais terras do que fosse cultivar, pois pagaria o tributo sobre toda a concessão.

Com a introdução do pagamento do foro, o sistema sesmarial modificou-se substancialmente. O proprietário das terras passou a ser enfiteuta do Estado (SILVA, 1996).

Após, em 1698, os sesmeiros ficaram sujeitos a mais uma cláusula: a confirmação da carta de sesmaria, depois de certo prazo para averiguação do cumprimento das condições em que se davam. Em regra, decorridos dois anos, outras vezes três anos, em outros casos, omissos o prazo e, ainda, em outras cartas, não se introduziu sequer a menção da confirmação.

Com o tempo, aumentou o interesse da Coroa pelo Brasil e o número de petiçãoários, o que refletiu na diminuição dos limites das dadas de terra. Assim, a provisão de 19 de maio de 1729 “limitou as concessões das sesmarias a três léguas de comprimento e uma de largo e uma de comprimento; ou finalmente, de uma légua em quadro” (LOUREIRO, [198-?], p. 41), reafirmada essa limitação nas legislações de 1698, 1699, 1711, 1743 (SILVA, 1996). Interessante lembrar que, para determinação da área de uma sesmaria, era preciso recorrer à carta ou à legislação da época e verificar qual o tipo de sesmaria estipulado.

Em Minas Gerais, as sesmarias, de 1674 a 1739, tiveram seu regime jurídico especialmente definido pelas seguintes Ordens Régias (CARRARA, 1999):

1) A Ordem Régia de 22 de outubro de 1698, concedendo o prazo de dois anos para cultivo e povoação das terras dadas por sesmarias, findo o qual consideravam-se as terras devolutas. Esse prazo foi modificado para um ano e oito meses a partir das concessões de 3 de outubro de 1727 e, após 12 de junho de 1728, para dez meses da data da concessão demarcada judicialmente.

2) A Ordem Régia de 1713 orientando ao Governador para que, nas concessões ses-

mariais, agisse “com parcimônia, que pede o grande número de gente que concorre para as minas, e a fertilidade das terras; que deixe sempre terras bastantes nos termos das novas Vilas, para S. M. lhes poder dar alguma parte delas, ficando bens do Conselho, e para ficar outra parte ao Patrimônio Real, e que nas datas, que der das minas, reserve alguma mais rica para se lavrar por conta de S. M.”. Dessa forma inseria-se nas cartas de sesmarias: “e acontecendo que nelas se descubram minas de ouro ou qualquer outro metal será obrigado a dar logo parte a este Governo”.

3) Em 1725, estabeleceu-se que, antes de serem demarcadas as concessões, deveriam os vizinhos e moradores confrontantes ser notificados no intuito de alegarem algum prejuízo e embargarem a demarcação judicialmente. Tudo, sem prejudicar a fórmula adotada a partir de 1710-1 de concessões em terra já povoadas: “achando-se dentro delas algum morador com título de primeiro povoador, ou de haver comprado, não será expulso, e menos obrigado a aforar-se, porém não roçará de novo”.

4) Ainda, a Ordem Régia de 1725 ordenando ao Governador para que não desse mais de meia légua de sesmaria, a fim de que chegassem as terras a todos que vivem na capitania e pudessem laborá-las.

5) A Ordem Régia de 14 de abril de 1738, a qual determinava que os que se achassem de posse de terras sem títulos pedissem-nas de sesmarias, sob pena de não poderem alegar a posse após um ano. Repercutiu esta Ordem, segundo o autor, num verdadeiro levantamento fundiário na Capitania.

6) As Ordens Régias de 1743, 1744 e 1754, que sedimentaram os procedimentos de posses, demarcações e confirmações das Cartas de Sesmarias.

A obrigação de medição e demarcação dos terrenos imóveis (Alvará de 5 de outubro de 1795) também adotada seria imprescindível para a efetiva cobrança do foro, fixado pela extensão das léguas concedidas. No entanto, um ano depois (Alvará de 10 de

dezembro de 1796) suspendeu-se a medida pela carência de geômetras.

A par desse quadro, não poderia ser, no entanto, ignorada a realidade colonial, refletindo no instituto das sesmarias profundamente. Acontecia que, devido à grande quantidade de terra a distribuir, a poucas pessoas a recebê-las e à falta de fiscalização, as cláusulas estipuladas mostravam-se, muitas vezes, esquecidas. Funcionavam, porém, verdadeiramente, quando outros peticionários, pessoas com título de compra e venda do imóvel, ou a Coroa, pretendiam as glebas já concedidas, caracterizando um típico conflito de interesses dos dias atuais. Comenta Costa Porto ([198-?], p. 96) a respeito:

“Surgisse alguma demanda e as justiças se mostravam severas: sesmaria não aproveitada era sesmaria cuja concessão caducara irremediavelmente.

André de Albuquerque recebera umas terras em Goiatá, as quais, inaproveitadas no termo da lei, haviam sido redistribuídas a Pedro Barroso, de cujos herdeiros as compraram os beneditos de Olinda. E quando as netas do primeiro donatário foram a juízo, em ação reivindicatória, a Justiça lhes repeliu a pretensão, considerando caduca a data de André, ainda por mais antiga, porquanto se nam colhe que tomasse posse...devendo não somente tomar posse, mas aproveitá-la e povoa-la em termo de cinco anos....o que não fez donde se colhe que foi bem dada ao dito Pedro Barroso por estar devoluta, passando o tempo da lei”.

Da mesma forma, justificava o Capitão José Tavares em sua petição por carta de sesmaria:

“Comprara umas roças nas matas virgens do Sumidouro a um Manoel Nunes, no qual tinha casa de vivenda e senzalas, árvores de espinho, criação de toda a casta e tinha plantado e colhido três plantas, e estando de pos-

se por si e seu antecessor havia mais de seis ou sete anos... e porque sobre o mesmo sítio e outros muitos que existiam na mesma mata corria litígio com um Matias de Castro Porto sobre querer-lhe pertencerem (as mesmas terras), de que tinha alcançado sentença da Relação do Estado contra si por não ter justo título; e o suplicante e mais moradores estarem possuidores à vista e face dele mesmo havia muitos anos plantando, derrubando e roçando, e maiormente por ser contra ordens de Sua Majestade o senhorar-se um homem de mais de três léguas em que se achavam compreendidas perto ou mais de quarenta roças com posses de meia légua cada,... pelo que queria o suplicante além da sentença da Relação a seu favor assegurar a sua posse por sesmaria”. (CARRARA, 1999).

O próprio pagamento do foro era calculado pelas informações prestadas pelos peticionários em suas Cartas, impossibilitada a medição e demarcação das terras por carência de geômetras, não detendo a Coroa um maior controle.

Nesse contexto, Caio Prado Júnior (1953) explica as conseqüências da doação pelas cartas de sesmaria:

“A propriedade do sesmeiro era alodial, isto é, plena, não consagrando outro ônus que não o pagamento da dízima da Ordem de Cristo, que afinal não passava de um simples imposto, e outras restrições, como os monopólios das servidões reais, servidões públicas e de águas, caminho, etc. Não comporta, todavia, nenhuma relação de caráter feudal, vassalagem ou outra. As terras eram alienáveis por livre disposição dos proprietários e não criavam laço algum de dependência pessoal. Só muito mais tarde, de 1780 em diante, passaram as cartas de dadas de terras a registrarem a cláusula do foro. É verdade que desde

1695 determinavam as leis que não concedessem terras sem tal cláusula, mas essa providência só teve cumprimento quase 1 século depois. O que caracterizava ainda as sesmarias é a obrigação de seu aproveitamento dentro de um certo prazo. Esta disposição de Lei (Ord. Man. Liv. IV, 67), repetida nos forais dos donatários, e com freqüência confirmada nas cartas de dadas de terras. Como sanção figurava a perda da terra e uma determinada multa pecuniária. *Tais disposições ficaram, freqüentemente, é verdade, letra morta, mas não são raros na história colonial os exemplos de sua rigorosa aplicação*". (grifo nosso).

Mesmo a confirmação das cartas, como exigência imposta numa tentativa de coagir o sesmeiro a cumprir o pertinente regime legal, não passou de medida inócua, não havendo exemplos da ocorrência de uma efetiva e real verificação do cumprimento das cláusulas estipuladas nas Cartas outorgadas.

Situação agravada pelo quadro caótico da época, descrito por Ruy Cirne Lima (1991, p. 46):

"a legislação e o processo das sesmarias se complicam, emaranham e confundem, sob a trama invencível da incongruência dos textos, da contradição dos dispositivos, do defeituoso mecanismo das repartições e ofícios do governo, tudo reunido num amontoado de dúvidas e tropeços".

Dessa forma, os controles das condições com que davam as sesmarias acabavam, via de regra, sendo realizados pelos próprios sesmeiros, quando queriam parte de terras já concedidas a outros concessionários ou pelo Reino quando tinha algum interesse maior na gleba de terra. E assim conviviam sesmarias com divergentes condições impostas, sesmeiros em comisso; sesmarias já confirmadas, embora ainda não demarcadas e parcialmente cultivadas, posseiros que cultivavam a terra, porém não tinham título

do imóvel; peticionários de terras já concedidas a outros sesmeiros, alegando o não cumprimento por este das cláusulas; enfim, uma balbúrdia completa.

Portanto, o sistema sesmarial singularizado pela condição de aproveitamento das terras, no decorrer da história da propriedade fundiária brasileira, adquiriu novas imposições. As obrigações de registro, pagamento de foro, medição, demarcação e confirmação incorporaram-se às exigências para concessões de sesmarias. No entanto, não desvirtuaram o sistema, posto que foram, antes de mais nada, tentativas de instrumentalizar a exigência do próprio cultivo da terra. Mesmo após as Ordens Régias determinando a cobrança de foro e confirmação, encontram-se inúmeras cartas de sesmarias que não atenderam a tais exigências, *rectius*: há registro de cartas sem tais cláusulas, diferentemente da condição de cultivo, característica essencial do sistema sesmarial. O enfraquecimento do instituto pela aplicabilidade na realidade brasileira revelou-se na dicotomia teórico-prática.

Talvez essa dicotomia tenha resultado do fato de Portugal, nos auspícios da colonização, estender ao Brasil o instituto das sesmarias não considerando circunstâncias completamente diversas. Basta ver a finalidade do instituto nos dois países: em um, pretendia-se obrigar o cultivo de todas as terras de uma pequena península; em outro, colonizar terras nunca antes lavradas de uma colônia de imensas proporções. Dessa maneira, se, em Portugal, havia pessoas para redistribuir as terras confiscadas, dando a estas um fim social, no Brasil, existiam poucas pessoas com condições de colonizar parte deste vasto território, não tendo a quem redistribuir; sobrava terra. Em Portugal, valorou-se a pequena propriedade; no Brasil, solidificou-se o latifúndio.

Assim, o princípio da razoabilidade (expresso nas Ordenações do Reino), transferido da Metrópole à aplicação na colônia, de que não dessem maiores quantidades de terras a uma pessoa que parecesse não poder

aproveitar, correspondeu, no Brasil, a dadas de terras de acordo com as posses de seus peticionários, distribuindo enormes latifúndios a uma pequena classe de abastados. Frequentemente, por esse motivo, foi o requerimento de sesmarias feito com base nas posses de seus peticionários, definida pelo Professor Ângelo Carrara (1999) como “a posse pelo título de se fabricar os sítios”.

Por outro lado, analisa Messias Junqueira (1975, p. 20) que, “se não fosse o latifúndio outorgado por este tempo, ainda estaríamos como os caranguejos arranhando as areias do litoral”. Sob esse prisma, não deixa de ter o mestre razão, mas é inegável que houve um pequeno desvio na aplicação das Ordenações à realidade brasileira. Condições ignoradas pela Metrópole que, na prática, não puderam se mostrar esquecidas.

O tumulto da situação das terras no Brasil resultou na Resolução de 17 de julho de 1822, baixada por D. Pedro de Bragança, suspendendo *sine die* a concessão de terras de sesmaria, situação prorrogada até a promulgação da Lei 601 de 18 de setembro de 1850.

4. Terras devolutas

4.1. Conceituação

A Lei nº 601/1850 inovou quanto ao sentido do vocábulo devoluto. Terras devolutas, no sentido originário, eram aquelas terras que, dadas pela Coroa ao particular, sob cláusulas resolutivas, tinham caído em comisso pelo não cumprimento de alguma condição, voltando ao patrimônio da Coroa. Ganhou-se nova adequação, servindo o mesmo vocábulo para indicar o terreno vazio, ermo, sem dono, não apropriado por título algum.

O ponto de partida para definição das conseqüências da Lei nº 601/1850, segundo Messias Junqueira (1964, apud SILVA, 1983, p. 19), foi a condição desse imóvel à data de promulgação da Lei nº 601. Se àquela época era isento de manifestação posses-

sória, seria devoluto; caso contrário, a devolutividade não se caracterizaria.

Mais recentemente, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, ao dispor sobre imóveis da União, deu o seguinte conceito de terras devolutas:

“Art. 5º São terras devolutas, na faixa de fronteiras, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprias nem aplicadas a algum uso público federal, estadual, territorial ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado:

a) por força da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, e outras leis e decretos gerais, federais e estaduais;

b) em virtude de alienação, concessão ou reconhecimento por parte da União ou dos Estados;

c) em virtude de lei ou concessão emanada de governo estrangeiro e ratificada ou reconhecida, expressa ou implicitamente, pelo Brasil, em tratado ou convenção de limites;

d) em virtude de sentença judicial com força de coisa julgada;

e) por se acharem em posse contínua e incontestada, por justo título e boa fé, por termo superior a vinte anos;

f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 (trinta) anos, independentemente de justo título e boa fé;

g) por força de sentença declaratória proferida nos termos do art. 148, da Constituição Federal, de 10 de novembro de 1937

Parágrafo Único – A posse a que a União condiciona a sua liberalidade não pode constituir latifúndio e depende do efetivo aproveitamento e morada do possuidor ou do seu preposto, integralmente satisfeitos por estes, no caso de posse de terras situadas na faixa da fronteira, as condições especiais impostas na lei”. (grifo nosso).

Como se vê, o conceito de terras devolutas, introduzido pela Lei 601/1850, ainda está, de certa forma, presente nas legislações atuais. Em parte, porque, como bem lembra Altir de Souza Maia (1982, p. 19), “a ocupação não desnatura a conceituação de terras devolutas”, como de início o fez a Lei nº 601/1850, se destinadas ao cumprimento da função social: cultura e morada habitual.

Dessa forma, diversos autores contemporâneos conceituam terras devolutas, adotando o sentido dado pela referida Lei nº 601/1850, recebido pela legislação posterior:

“Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 525) “como sendo aquelas que, dada a origem pública da propriedade fundiária no Brasil, pertencem ao Estado – sem estarem aplicadas a qualquer uso público – porque nem foram trespassadas do Poder Público aos particulares, ou se o foram caíram em comisso, nem se integraram no domínio privado por algum título reconhecido como legítimo”.

“Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 575): “continua válido o conceito residual de terras devolutas como sendo todas as terras existentes no território brasileiro, que não se incorporaram legitimamente ao domínio particular, bem como as já incorporadas ao patrimônio público, porém não afetadas a qualquer uso público”.

“Hely Lopes Meirelles (1990, p. 449): “terras devolutas são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos. São bens públicos patrimoniais ainda não utilizados pelos respectivos proprietários. Tal conceito nos foi dado pela Lei imperial 601, de 18.9.1850, e tem sido aceito uniformemente pelos civilistas”.

4.2. Evolução legislativa – antecedentes históricos

Após um período sem legislação alguma a respeito de transferência do domínio da propriedade e proibidas as concessões de sesmarias, a posse consolidou-se como meio de ocupação do território brasileiro, ficando esse período conhecido como a fase áurea da posse.

Mesmo os antigos sesmeiros, como assevera Lacerda (1960), freqüentemente abandonavam seus próprios domínios para se localizarem em terras devolutas, sem título algum, porque o aproveitamento das terras de sesmaria importava no cumprimento de condições.

O comportamento dos posseiros como verdadeiros proprietários chegava a ser equivalente ao dos sesmeiros, tumultuando, ainda mais, a situação agrária do país:

“O espírito latifundiário que já pervertera a legislação das sesmarias continuou a deturpar o regime das posses. O posseiro, que era, a princípio, o pequeno proprietário, deixou-se também contagiar pela fome de terras. Calçou bota de sete léguas, como qualquer senhor de engenho, e saiu fincando marcos a distância”. (RIOS apud SILVA, 1996, p. 61).

Adicionavam-se a essa situação: sesmarias concedidas, ainda não demarcadas, não medidas e nem confirmadas; “casos dúbios de sucessivas doações das mesmas dadas de terras” (SILVA, 1996, p. 61); petição de sesmeiros que pediam a concessão de sesmaria alegando o cultivo da terra em sesmaria já concedida a outro concessionário, que não teria sequer condições de se assenhorear de seus domínios, dada a extensão de suas terras.

A situação do quadro fundiário nacional, nessa época (1822/1850), podia ser assim dividida (PORTO, 1982, p. 75):

“1 – terras aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal – os chamados bens públicos,

ou dominiais, do futuro Código Civil de 1917;

2 – terras dadas de sesmaria, cujos beneficiários, tendo satisfeito todas as condições fixadas em lei, lhes haviam adquirido o domínio pleno, com todas as decorrências atribuídas ao domínio – “o ius utendi, fruendi et abutendi”;

3 – terras distribuídas de sesmaria, cujos titulares, não tendo cumprido as condições essenciais – aproveitamento, registro, confirmação, demarcação, pagamento do foro etc. – havia perdido o direito sobre elas, caindo em comisso, considerados, desta sorte, sesmeiros irregulares ou não legítimos;

4 – terras simplesmente ocupadas, figurando, quem a trabalhava, como mero possuidor, sem nenhum título que lhe assegurasse o domínio;

5 – *finalmente, tudo quanto não se enquadrava neste elenco tipificador era considerado terra devoluta*, que nunca deixara de pertencer ou voltara – fora devoluta, – ao dono originário – a Nação, ou à Coroa de Portugal e, depois da Independência, o Estado ou o Patrimônio Nacional”. (grifo nosso).

Para pôr ordem na estrutura fundiária vigente, legitimando a posse e revalidando as sesmarias, após um lapso temporal sem expedição de títulos de domínio pelo governo, surgiu a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, instituindo princípios, a saber:

1 – proibição de aquisição das terras devolutas a título gratuito, excetuando as terras de fronteira:

“Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra. Excetuando-se as terras situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de dez léguas, as quais poderão ser concedidas gratuitamente”.

2 – A conceituação do que vinha a ser terras devolutas:

“Art 3º São terras devolutas:

§1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial, municipal.

§2º As que não se acharem no domínio do particular por qualquer outro título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas, em comisso por falta de cumprimento das *condições de medição, confirmação e cultura*.

§3º As que não se acharem dadas por sesmarias ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei.

§4º As que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei”. (grifo nosso).

3 – A revalidação das sesmarias que, apesar de incursas em comisso, estivessem com princípios de cultura e morada habitual do sesmeiro:

“Art 4º Serão revalidadas as sesmarias ou outras concessões do governo geral, ou provincial, *que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou de quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições com que foram concedidas*”. (grifo nosso).

4 – A legitimação das posses, por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante, que se achassem com princípios de cultura ou morada habitual:

“Art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante, *que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura e morada habitual do respectivo posseiro*”. (grifo nosso).

5 – A obrigação de todo possuidor registrar a sua posse:

“Art. 13. O mesmo Governo fará organizar por freguesias o registro das

terras possuídas, sobre as declarações feitas pelos respectivos possuidores, impondo multas e penas àqueles que deixarem de fazer nos prazos marcados as ditas declarações ou as fizerem inexas". (grifo nosso).

O Decreto n. 1.318 de 30 de janeiro de 1854 regulamentou a Lei nº 601/50. Entre outras coisas, garantiu também a legitimação do segundo ocupante, se pessoa que adquiriu a terra de boa-fé do primeiro ocupante e instituiu o registro do vigário:

"Art. 24. Estão sujeitas à legitimação:

§1º As posses que se acharem em poder do primeiro ocupante, não tendo outro título senão a sua ocupação.

§2º *As que, posto se achem em poder do segundo ocupante, não tiverem sido por este adquiridas por títulos legítimos.*

§3º *As que achando-se em poder do primeiro ocupante até a data da publicação do presente Regulamento, tiverem sido alienadas contra a proibição do art. 11 da Lei n. 601 de 18 de setembro de 1850.*

Art. 91. Todos os possuidores de terras, qualquer que seja o título de sua propriedade e posse, *são obrigados a fazer registrar as terras que possuírem*, dentro dos prazos marcados pelo presente Regulamento, os quais se começarão a contar, na Corte e Província do Rio de Janeiro da data fixada pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Império e nas Províncias da fixada pelo respectivo presidente". (grifo nosso)

"Art. 97. *Os vigários de cada uma das Freguesias do Império são os encarregados de receber as declarações para o registro de terras, e os incumbidos de proceder a esse registro dentro de suas freguesias, fazendo-o por si ou por escrevente, que poderão nomear e ter sob sua responsabilidade*". (grifo nosso)

O registro do vigário, como se mostra, não instituiu nenhum valor probatório como

título de domínio, no máximo como documento de posse, visto que as declarações seriam feitas pelo próprio possuidor.

Portanto, a Lei nº 601 e seu subsequente Regulamento, "segundo a tradição, considerou a cultura efetiva do solo como condição essencial para deixar no patrimônio privado as terras com, pelo menos, início de cultura, fazendo retornar ao patrimônio público as terras não cultivadas" (SILVA, 1983, p. 16).

"Foi, não resta dúvida, uma conquista do humilde posseiro sobre o orgulhoso sesmeiro" (JUNQUEIRA, 1975, p. 20).

Em 1891, com a proclamação da república e a promulgação da Constituição, as terras devolutas em quase sua totalidade passaram a constituir patrimônio do Estado:

"Art. 64. Pertencem aos estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território, que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferros federais".

O decreto 19.924/1931 reafirmou o direito dos Estados-membros sobre as terras devolutas e reconheceu-lhes expressamente a competência para regular a administração, concessão, exploração, uso e transmissão das terras devolutas, que lhes pertencem, excetuando a aquisição por usucapião (MEIRELLES, 1990).

4.3. Disciplina legal atual

A Constituição de 1988 absorveu a atribuição estatal das terras devolutas, adotando o conceito de exclusão, em que as terras não pertencentes à União incluem-se entre os bens do Estado, na mesma direção das Constituições precedentes de 1946 e de 1969. A novidade é a compreensão das terras indispensáveis à preservação ambiental, definidas em lei, entre bens da União, as quais são, inclusive, indisponíveis:

"Art. 20. São bens da União:

II – as terras devolutas indispen-

sáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei” . (grifo nosso).

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações: (...)”

§5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.”

“Art. 26. *Incluem-se entre os bens do Estado:*

IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União”. (grifo nosso).

Quanto à matéria, a Constituição Estadual de Minas Gerais dispõe:

“Art. 12. Formam o domínio público patrimonial do Estado os seus bens móveis e imóveis, os seus direitos e rendimentos das atividades e serviços de sua competência.

Parágrafo Único. Incluem-se entre os bens do Estado: (...)”

IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.” (grifo nosso).

A Lei Estadual mineira n. 11.020 de janeiro de 1993, que dispõe sobre Terras Públicas e Devolutas Estaduais, define:

“Art. 1º São terras devolutas do domínio do Estado as assim definidas pela Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, que lhe foram transferidas pela Constituição da República de 1891 e que não compreendam entre as do domínio da União por força da Constituição da República de 1988.”

Seu regulamento, por meio do Decreto 34.801 de junho de 1993, estatui:

“Art. 2º: São terras devolutas estaduais as que:

I – não se acharem sob o domínio particular por título legítimo;

II – não tiverem sido adquiridas por título de sesmaria ou outras concessões do Governo, *NÃO INCURSAS EM COMISSO*; (grifo nosso)

III – estiverem ocupadas por posseiros ou concessionários incursos em comisso;

IV – não se acharem aplicadas a *algum uso público federal, estadual, municipal*; (grifo nosso)

V – as que não se compreendam entre as do domínio da União por força do artigo 20 da Constituição da República.

§1º Consideram-se títulos legítimos aqueles que, segundo a lei civil, sejam aptos para transferir o domínio, entendendo-se, também, como tais, os títulos de sesmarias, expedidos pelo Governo, desde que não incursos em comisso; sesmaria não confirmada, mas revalidada de acordo com a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850...”

§2º *Considera-se comisso a falta de cumprimento das condições de medição, cultura, confirmação de terra dada em sesmaria”.* (grifo nosso).

4.4. Alienabilidade das terras devolutas

As terras devolutas, como bens dominicais, depois de apuradas, devem ser destinadas a programas de reforma agrária ou colonização, ou sobre elas efetuadas concessões, mediante a legitimação e regularização de posse, ou a venda, mediante licitação (MAIA, 1975).

O Estatuto da Terra, a Lei nº 4.504/64, prescreve:

“Art. 9º Dentre as terras públicas, terão prioridade, subordinando-se aos fins previstos nesta lei (colonização e reforma agrária), as seguintes:

(...)”

III – as devolutas”.

Só por autorização do Congresso poderão ser concedidas ou alienadas áreas su-

periores a dois mil e quinhentos hectares, excetuadas as destinadas a fins de reforma agrária:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

XII – aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.”

“Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.

§1º A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional.

§2º Excetuam-se do disposto no parágrafo anterior as alienações ou as concessões de terras públicas para fins de reforma agrária.”

“Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.”

A Constituição Estadual de Minas Gerais estabelece:

“Art. 246. O Poder Público adotará instrumentos para efetivar o direito de todos à moradia, em condições dignas, mediante políticas habitacionais que considerem as peculiaridades regionais e garantam a participação da sociedade civil.

§2º A legitimação de terras devolutas situadas no perímetro urbano ou na zona de expansão urbana, assim considerada a faixa externa contígua ao perímetro urbano de até 2 km (dois quilômetros) de largura, compatibilizada com o plano urbanístico municipal ou metropolitano, é limitada, respectivamente, a 500 m² (quinhentos metros quadrados) e a 2.000 (dois

mil metros quadrados), permitida a ocupante a legitimação da área remanescente, quando esta for insuficiente à constituição de um novo lote.

§3º Será onerosa a legitimação:

I – de terreno ocupado por proprietário de outro imóvel urbano ou rural no mesmo município;

II – de área superior a 1.000 m² (mil metros quadrados), situada em zona de expansão urbana;

III – de área remanescente.

§4º *O poder executivo PODERÁ delegar aos municípios, nos termos da lei, a discriminação e a legitimação das terras devolutas situadas no perímetro urbano e na zona de expansão urbana.*

§5º A legitimação onerosa efetuada pelo Município obedecerá à tabela de preços previamente aprovada pela Câmara Municipal.

§6º *Das áreas arrecadadas pelo município em processo discriminatório administrativo ou ação judicial discriminatória, 30% (trinta por cento) continuarão a pertencer ao Estado e serão destinadas prioritariamente, a:*

I – construção de habitações populares;

II – implantação de equipamentos comunitários;

III – preservação do meio ambiente;

IV – instalação de obras e serviços municipais, estaduais e federais.

Art. 214. Todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e ao Estado e à coletividade é imposto o dever de defendê-lo e conservá-lo para as gerações presentes e futuras.

§6º *São indisponíveis as terras devolutas, ou arrecadadas pelo Estado, necessárias às atividades de recreação pública e à instituição de parques e demais unidades de conservação, para a proteção dos ecossistemas naturais”. (grifos nossos)*

Na seção V, da política rural, dispõe:

“Art. 247. O Estado adotará programas de desenvolvimento rural destinados a fomentar a produção agropecuária, organizar o abastecimento alimentar, promover o bem-estar do homem que vive do trabalho da terra e fixá-lo no campo, compatibilizados com a política agrícola e com o plano de reforma agrária estabelecidos pela União.

§1º Para a consecução dos objetivos indicados neste artigo, será assegurada, no planejamento e na execução da política rural, na forma de lei, a participação dos setores de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, e dos setores de comercialização, armazenamento, transporte e abastecimento, levando-se em conta, especialmente: (...)

IX – a alienação ou a concessão, a qualquer título, de terra pública para assentamento de trabalhador rural ou produtor rural, pessoa física ou jurídica ainda que por interposta pessoa, compatibilizadas com os objetivos da reforma agrária e limitadas a 100ha (cem hectares).

§2º A alienação ou concessão de que trata o inciso IX do parágrafo anterior será permitida uma única vez a cada beneficiário, ainda que a negociação se verifique após o prazo fixado no §4º. (...)

§4º Será outorgado título de domínio ou de concessão de uso, inegociável pelo prazo de dez anos, ao beneficiário do disposto no inciso IX do §1º que comprovar exploração efetiva e vinculação pessoal à terra, nos termos e condições previstas em lei. (...)

§6º Quem tornar economicamente produtiva terra devoluta estadual e comprovar sua vinculação pessoal a ela terá preferência para adquirir-lhe o domínio, até a área de duzentos e cinquenta hectares, contra o pagamento do seu valor, acrescido de emolumentos. (...)

§8º Na ação judicial discriminatória, o Estado poderá firmar acordo para a legitimação de terra devoluta rural com área de até 250ha (duzentos e cinquenta hectares), atendidos os seguintes requisitos:

cumprimento da função social, nos termos do art. 186 da Constituição Federal; e devolução, pelo ocupante, da área remanescente”. (grifos nossos).

A Lei mineira 11.020/93 define formas de alienação ou de concessão das terras devolutas estatais: concessão gratuita de domínio, alienação por preferência, legitimação de posse, concessão de direito real de uso:

“Art. 17 – O título de concessão gratuita de domínio será outorgado a quem, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área de terra devoluta rural não superior a 50ha (cinquenta hectares), tenha nela sua moradia e a tenha tornado produtiva.”

“Art. 18 – Aquele que tornar economicamente produtiva terra devoluta estadual e comprovar sua vinculação pessoal à terra terá preferência para adquirir-lhe o domínio, até a área de 250ha (duzentos e cinquenta hectares), contra o pagamento de seus emolumentos.”

“Art. 20 – Tem direito à legitimação de posse quem, não sendo proprietário de imóvel rural, ocupe terra devoluta cuja área não exceda 250ha (duzentos e cinquenta hectares), tornando-a produtiva com o seu trabalho e o de sua família e tendo-a como principal fonte de renda.”

“Art. 22 – A concessão de direito real de uso de terra devoluta estadual, por tempo certo de até 10 (dez) anos, como direito real resolúvel, para fins específicos de uso e cultivo da terra, até o limite de 250ha (duzentos e cinquenta hectares), será outorgada a quem comprovar exploração efetiva e

vinculação pessoal à terra, nos termos e condições previstos neste artigo.”

A distinção entre legitimação e regularização de posse, conforme o Prof. Cysneiros (apud SILVA, 1982, p. 42), é que:

“na primeira reconhece o Poder Público uma ocupação em que, atendidos os requisitos legais, a legitimação, reconhecimento, se torna imperativa para este, levando-o à expedição do título. Já na segunda, a faixa de arbítrio do Poder Público é maior e condicionada à aplicação que se quer destinar ao bem dominial suscetível de ser transferido ao domínio privado, por força de um reconhecimento e ação regularizadora.”

4.5. Cadastramento das terras devolutas

Os bens dominicais, nos quais estão inseridas as terras devolutas, submetem-se ao regime jurídico de direito privado, porque a administração comporta-se em relação a eles como verdadeira proprietária privada, tendo os mesmos função patrimonial e financeira, pela suscetibilidade de poderem ensejar rendas ao Estado (PIETRO, 2000).

O regime jurídico privado a que são submetidos refletirá:

“Na falta de regras jurídicas sobre os bens dominicais, incidem as de direito privado, ao passo que, na falta de regras jurídicas sobre bens públicos *stricto sensu* (os de uso comum e os de uso especial), são de atender-se os princípios gerais de direito público” (MIRANDA, 1954, p. 136 apud PIETRO, 2000, p. 536).

Dessa forma, em virtude do regime jurídico de direito privado a que estão submetidas, as terras devolutas devem ser registradas; para tanto devem ser discriminadas, incorporadas ao patrimônio público. Mas, antes disso, nas ações de usucapião, a quem incumbe provar se a terra é ou não devoluta, ao poder público ou ao particular? A jurisprudência opera a favor das duas teses (TENÓRIO, 1984 apud PIETRO, 2002), ora

defendendo a existência de presunção em favor da propriedade pública, cabendo ao particular provar que a terra não é pública, ora militando a favor do interessado, opinando caber ao Poder Público fazer essa prova, não sendo suficiente a simples ausência de transcrição imobiliária em nome de terceiros (Revista dos Tribunais 465/67; 469/68; 424/78-79).

Corroborar com a segunda tese o art. 98 do Código Civil, equivalente ao art. 65 do Código Civil de 1917, que, ignorando a definição de forma residual das terras devolutas a partir da Lei 601, institui em sentido oposto:

“Art. 98. São bens públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

Quanto aos bens dominicais, Miguel Maria de Serpa Lopes (1962, p. 183) distingue, para efeito de exigibilidade do registro imobiliário, aqueles sobre os quais recai ato de império, não sujeitos portanto a registro, e aqueles submetidos ao *jus gestionis*, estes sujeitos a registro, *verbis*:

“Os bens públicos são:

I – os de uso comum do povo, tais como mares, rios, estradas, ruas e praças;

II – os dominicais, isto é, os que constituem patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades.

Não estão compreendidos no registro de imóveis os bens classificados no nº I. Quanto aos demais bens, temos que partir da natureza do ato, e não dos bens, isto é, de serem estes pertencentes ao Estado ou ao Município. *Os atos praticados em relação aos ditos bens, por força do jus imperii de qualquer daquelas entidades, estão exceptuados do Registro Imobiliário. Quando os atos são praticados jure gestionis es-*

ção subordinados ao Registro Imobiliário". (grifo nosso).

Considerando a clássica distinção entre atos de império e atos de gestão, parece concluir Serpa Lopes que apenas os atos negociais do estado (de natureza imobiliária) com particulares estariam obrigados ao registro.

Tal discussão remonta à primeira metade do século XX, quanto à prova das concessões de terras devolutas ou validade das mesmas pela via administrativa exclusivamente. Lembra Lígia Osório Silva (1996, p. 327), a propósito, que o Decreto 19.924/31 teria resolvido a questão ao estabelecer que "os títulos expedidos pelo Estado e as certidões autênticas dos termos lavrados em suas repartições administrativas, referente a concessão de terras devolutas, valerão qualquer que seja o preço da concessão para os efeitos da transcrição no Registro de Imóveis."

A questão da exigibilidade ou não do cadastramento ou registro de imóvel público, no tocante ao ônus da prova, é, ainda, colacionada por Moraes (2001, p. 632) citando Celso de Melo (1995):

"a inexistência de registro imobiliário não é suficiente para a caracterização do domínio público. Essa circunstância não induz à presunção de que as terras sejam devolutas. O fato de o imóvel não se achar registrado em nome de um particular não o converte em terra devoluta (RTJ 65/856, 99/234, 81/191; RJTJSP 19/54, 24/260, 26/246; RT 405/153, 411/120, 419/129, 490/65, 551/110, 520/141, 549/204). Neste sentido: Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Borsoi, v. 12, § 1.419. Em sentido contrário: considera-se devoluta toda a terra sobre a qual não recaia título registrado no registro de imóveis (RF 159/71, 116/470; RT 388/619, 307/260, 257/465). Trata-se de posição atualmente minoritária (RDA 134/208). Registre-se, ainda, que não basta a mera alegação de ser, a terra, devoluta. É necessário que o Poder Pú-

blico prove que o imóvel é de sua propriedade: RT 537/77, 541/131, 555/223, 558/95."

Em interessante acórdão proferido em sede de recurso extraordinário, sendo relator o Ministro Moreira Alves, a Segunda turma do Supremo Tribunal Federal decidiu sob a ementa seguinte:

"Usucapião. Alegação de Estado membro de que cabe ao usucapiente o ônus da prova de que a gleba em causa não é terra devoluta, não bastando, para comprová-lo, o depoimento de testemunhas e a existência de indícios. Inexiste em favor do Estado a presunção *iuris tantum* que ele pretende extrair do artigo 3º da Lei 601, de 18 de setembro de 1850. Esse texto legal definiu, por exclusão, as terras públicas que deveriam ser consideradas devolutas, o que é diferente de declarar que toda a gleba que não seja particular é pública, havendo presunção *iuris tantum* de que as terras são públicas. Cabia, pois, ao Estado o ônus da prova de que, no caso, se tratava de terreno devoluto." (RE nº 86.234-MG, de 15/12/1976).

No voto condutor do acórdão, lembra o Ministro Moreira Alves decisão semelhante proferida pela Primeira turma do STF; quando asseverou o relator, Ministro Djaci Falcão:

"Cuida-se de saber se pode ser considerada devoluta uma gleba, pelo simples fato de não constar no registro imobiliário como pertencente a particular. Nota-se, pois, que a Fazenda, ao sustentar que as terras, de que se pretende usucapião, são de seu domínio, por serem devolutas, teria que comprovar a alegação. E, como prova, não se pode compreender a ausência de transcrição imobiliária." (RE nº 75.459-MG, de 23/04/1973).

Vale acentuar, finalmente, que a decisão da Segunda Turma do STF, acima citada, não conheceu do recurso extraordinário, para tanto mantendo o entendimento supra-

gado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, donde extrai-se a sentimental conclusão do Desembargador Relator:

“Em conclusão, dou provimento, e o faço mesmo até com alegria no coração, visto que muito me pesaria ter que repelir a pretensão de uma velha lavradora, despojando-a das terras que ela, ao longo de quarenta e cinco anos, lavrou e cultivou com amor e dedicação.”

Exigível ou não o registro imobiliário das terras devolutas, certa é a necessidade de extremá-las do patrimônio particular, o que exige a propositura de ação discriminatória, com o objetivo de possibilitar o cadastro e conseqüente registro.

A Lei Estadual n. 7.373 de outubro de 1978, que dispõe sobre legitimação e doação de terras devolutas do Estado de Minas Gerais em Zona Urbana ou de Expansão Urbana, regula em seu artigo 8º que, após a realização de processo discriminatório administrativo, ou do término de ação judicial discriminatória, será feito o cadastramento imediato de todos os bens arrecadados. Corrobora o art. 7º, III, da Lei Estadual mineira n. 11.020/93, que incumbe à RURALMINAS, órgão estatal competente para a realização do processo discriminatório e arrecadamento dos bens, promover o cadastramento geral das terras existentes no Estado.

A Constituição Estadual também, na seção III, do domínio público, diz:

“Art. 18. §3º *Os bens do patrimônio estadual devem ser cadastrados, zelados e tecnicamente identificados, especialmente as edificações de interesse administrativo, as terras públicas e a documentação dos serviços públicos.*

§4º O cadastramento e a identificação técnica dos imóveis do Estado, de que trata o parágrafo anterior, devem ser anualmente atualizados, garantido o acesso às informações neles contidas.” (grifo nosso).

A Lei Complementar estadual nº 3, que dispõe sobre a organização municipal do Estado de Minas Gerais, estabelece nos ter-

mos do art. 96, na Seção I, da administração dos bens municipais, que “*todos os bens municipais deverão ser cadastrados, com identificação respectiva, segundo o que for estabelecido em decreto.*” (grifo nosso).

E, finalmente, a Lei Orgânica Municipal de Ouro Preto, na seção III, regula:

“Art. 14 – Constituem bens municipais todos os bens móveis e imóveis, direitos e ações que, a qualquer título pertençam ao Município.

Art. 18 – Os bens do patrimônio municipal devem ser cadastrados, zelados e tecnicamente identificados, especialmente as edificações de interesse administrativo, as terras públicas e a documentação dos serviços públicos.

Parágrafo Único – o cadastramento e a identificação técnica dos imóveis do Município de que trata o artigo devem ser anualmente atualizados, garantido o acesso à informação neles contidas.” (grifo nosso).

5. Bens públicos

5.1. Conceituação e características

O Código Civil, Lei 10.406/2002, dispõe:

“Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de alguma dessas entidades.

Parágrafo Único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenham dado estrutura de direito privado.”

Manteve-se a mesma classificação adotada pelo Código de 1916.

Define J. M. de Carvalho Santos (1953, p. 101): “são bens de uso comum do povo aqueles que, pertencendo ao Estado, sejam destinados por lei ou por fato natural ao uso direto e imediato do povo”. A distinção entre os bens dessa espécie e os de uso especial, segundo o autor (1953, p. 102), reside, nos bens de uso especial, na restrição na pessoa que administra, não sendo o serviço público a que visam, mesmo nos casos que se destinam ao uso público, feito sem interferência desta.

Pietro (2000) explica, com bastante clareza que a classificação dos bens públicos resulta da destinação ou afetação dos bens. Os bens de uso coletivo são destinados por natureza, ou por lei, ao uso coletivo; os bens de uso especial, ao uso da Administração, para alcance de suas metas; *os bens dominicais, não têm destinação específica*, nos quais se enquadram as terras devolutas. Os bens públicos podem, ainda, ser divididos em: os do domínio público do Estado, nos quais se inserem os de uso comum e de uso especial, e bens do domínio privado do Estado, correspondente aos dominicais. Quanto à titularidade, podem ser federais, estaduais ou municipais.

5.2. Imprescritibilidade dos bens públicos

Em virtude do silêncio do Código Civil de 1917, a maioria dos autores e até da jurisprudência consideraram os bens dominicais sujeitos a usucapião, pela sua não afetação a um fim específico e sua suscetibilidade à alienação. A matéria viria a ser objeto de regulação nos decretos nº 19.924/1931; 22.785/1933; 710/1938, os quais proibiram expressamente o usucapião dos bens públicos, interpretação adotada outrossim nos termos da súmula 340 do STF, *verbis*: “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião” (LOPES, 1962).

Porém, a jurisprudência, antes do Decreto n. 22.785/1933, não era pacífica, admitindo, como o Tribunal de Justiça de São Pau-

lo, uma exceção à imprescritibilidade dos bens públicos: a prescrição aquisitiva dos bens públicos patrimoniais, precisamente pelo próprio espírito da Lei de 1850 que mandava respeitar a posse dos terrenos ocupados com cultura efetiva (CAVALCANTI, 1956, p. 345, 346). Outrossim, não obstante o entendimento sumulado sob o verbete n. 340 do STF, lembra a Professora Ângela Silva (1983) a existência de decisão do próprio STF admitindo a possibilidade de usucapião dos bens públicos na vigência do Código Civil desde que consumado anteriormente à vigência do Decreto 22.785/33.

A divergência jurisprudencial teve reflexos não uniformes: uma corrente admite usucapião de bens imóveis da União – *prescriptio longissimi temporis* (30 anos ou mais) consumada antes da vigência do Código Civil de 1917 (Revista Trimestral de Jurisprudência 67/1-Ação originária nº 132, T. Pleno – STF, Rel. Min. Aliomar Baleeiro; Revista Trimestral de Jurisprudência nº 66/732, Recurso Extraordinário 61.508, T. Pleno, mesmo relator; Recurso Extraordinário 69/175 – Recurso Extraordinário 75.144, Rel. Min. Djaci Falcão); uma segunda corrente considera que, antes do decreto de 1933, os bens patrimoniais, e não somente as terras devolutas, podiam ser usucapidos no prazo de 30 anos (Recurso Extraordinário 71.298 – 1ª T., Rel. Min. Barros Monteiro – Revista dos Tribunais 436/264); uma terceira corrente afirma que as terras que nunca foram da União, Estado-membro ou Município, nem dos particulares, são terras sem dono, *res nullis*. Podem ser objeto de posse, no sentido privatístico (acórdão do E. TJ-SP 2ª Câmara. Civ- Ap. 194.817, Rel. Des. Cordeiro Fernandes – de 13.04.1971 – Revista dos Tribunais 436/76).

Hoje a matéria está sedimentada: os bens públicos são imprescritíveis, qualquer que seja a sua natureza, estabelecendo a Constituição Federal, em seus artigos 183 e 191, e o Código Civil, em seu art. 102, *verbis*:

“Art. 183, §3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

“Art. 191. Parágrafo Único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.” (CF)

“Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”. (CC)

Parece-nos portanto, sem dúvida, que ao Estado incumbe discriminar as terras devolutas que lhe pertencem, o que exige operações práticas, tendentes *ultima ratio* a propiciar-lhe o cadastramento das referidas terras.

6. Usucapião

6.1. Conceito e elementos

Segundo Clóvis Bevilacqua (1956, p. 141, 143), “usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada. A posse é o fato objetivo; o tempo a força que opera a transformação do fato em direito”.

Laffayette Rodrigues Pereira (1943) distingue dois gêneros da prescrição: a aquisitiva e a liberatória ou extintiva. Uma gera direitos, tendo a extinção de direito de outrem como corolário, outra é negativa, decorre da inércia, “paralisando destarte o direito correlato”. Por conseguinte, esta última nunca pode tomar a forma de ação, mas reveste sempre a natureza de exceção, preemptória da ação. Cuidar-se-á da primeira: o usucapião.

Os pressupostos para aquisição da propriedade pelo usucapião são o justo título e a posse mansa, contínua, pacífica, com *animus domini*, consistente na vontade de possuir a coisa, exercida perante determinado decurso temporal. O prazo maior, exigido para consumação do usucapião extraordinário, supre o título e boa-fé, que “em tal caso, se presumem” (MIRANDA, 1955, p. 120).

O justo título pode ser definido como o ato jurídico, em tese, apto a transferência do domínio, mas, na realização do ato *in concreto*, incapaz de realizá-la. É que algum vício impede o alcance deste objetivo pelo adquirente. No entendimento de J. M. de Car-

valho Santos (1956, p. 437), o justo título deve ser válido, certo, real e estar devidamente transcrito. Válido, quando atende as formalidades externas essenciais, real e certo, pois não pode ser presumido ou suposto, transcrito, já que sem esta o título não seria capaz de transferir o domínio. Opinião diversa manifesta Pereira (1943, p. 235) quanto a este último requisito do justo título, a quem a transcrição só é exigível para valer-se contra as hipotecas inscritas sobre o mesmo imóvel.

A posse que enseja a prescrição aquisitiva da propriedade não pode ser precária, porque esta afasta a intenção de possuir a coisa como própria, caracterizando, ainda, a má-fé do possuidor que a invoca como suscetível de gerar direito de propriedade em seu favor. Exemplos: a posse tomada mediante violência, aquela possuída em nome de outro, tais como a exercida pelo inquilino, o rendeiro, o depositário, o procurador.

O usucapião de coisa possuída em comum era considerado como impossível pela própria precariedade do título do possuidor: “o precário, na ampla acepção do direito moderno, isto é, uma relação de direito que exclui a convicção do possuidor de que a coisa possuída do direito lhe pertence”. (SANTOS, 1956, p. 435) Atualmente, o Estatuto da Cidade, ao regulamentar a possibilidade de usucapião coletivo, modificou, de certa forma, essa interpretação.

Quanto ao lapso temporal, deve ser contínuo e ininterrupto, podendo acrescentar-se ao cômputo do prazo a posse anterior do antecessor à posse atual, contanto que ambas contenham os requisitos ensejadores do usucapião. A posse deve ser pacífica, ou seja, incontestada durante o período transcorrido.

Espécie peculiar de posse, que faz às vezes de Usucapião, é a posse imemorial. Trata-se daquela que não se tem lembrança entre vivos, estabelecendo a presunção de aquisição legal (SANTOS, 1956). Pereira (1943, p. 263) também define: “A posse imemorial faz presumir a existência de justo título e

boa fé, e não admite prova em contrário. É essa razão porque costuma dizer que o possuidor adquire o domínio, não propriamente em virtude de prescrição, senão do título presumido, diante do qual cedem todas as dificuldades que poderiam sugerir as outras espécies de prescrições”.

A respeito da suscetibilidade ao usucapião, durante a vigência do Código Civil de 1916, encontram-se autores, como Lafayette Rodrigues Pereira (1943) e J. M. de Carvalho Santos (1956), que defendem a seguinte tese: as coisas que não se acham fora do comércio são usucapíveis, isto é, todas as coisas que são alienáveis são aptas a serem usucapidas. Assim, as terras devolutas, inseridas como espécie das dominicais, poderiam, nesse contexto, ser adquiridas por prescrição aquisitiva. Opinião diversa, porém sustentada por Pontes de Miranda (1955), Miguel Maria de Serpa Lopes (1962) e Clóvis Bevilacqua (1956), que combatem o usucapião de bens públicos alienáveis.

O usucapião deve ser invocado pela parte, ajuizando a ação de usucapião, provando a sua posse, citando todos os interessados conhecidos, como também os entes públicos de direito interno. Obtendo a sentença de posse, esta somente produzirá efeito declaratório, devendo ser transcrita no respectivo registro de imóvel.

A justificativa da perda imposta ao proprietário pela prescrição aquisitiva fundamenta-se, nos dizeres de Pereira (1943, p. 217), nos imperiosos motivos de utilidade pública, apesar de contrária às regras fundamentais do Direito. Acrescenta:

“Como quer que seja, ela estabelece a firmeza da propriedade, libertando-a de reivindicações inesperadas, corta pela raiz um grande número de pleitos, planta a paz e a tranquilidade na vida social: tem a aprovação dos séculos e o cosenso unânime dos povos antigos e modernos. Uma instituição desta natureza assenta necessariamente em fundamentos sólidos e profundos”. (PEREIRA, 1943, p. 220).

Instituto recente apercebido pela jurisprudência brasileira, de ampla aplicação na Alemanha, ao que parece, com as mesmas bases do usucapião, é a *Suppressio*, definida pelos doutrinadores como “o exercício inadmissível do direito”. Corresponde à interpretação de que um direito não exercido durante certo lapso de tempo não poderia mais sê-lo, por contrariar a boa-fé.

A respeito, reflete o acadêmico Helder de Souza Campos (2003):

“A distinção básica entre *suppressio* e a decadência/prescrição reside em que, nessas, a pretensão é regida somente pelo tempo, e naquela a exigência primordial é um comportamento inadmissível pela parte detentora do direito subjetivo, que, em face às circunstâncias, e em antítese ao princípio da boa-fé, permanece em cristalina omissão.”

O Superior Tribunal de Justiça dá voga ao princípio em acórdão (Resp nº 214680-SP – 4ª Turma – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 1999 apud CAMPOS, 2003):

“Condomínio – Área comum – Prescrição – Boa-fé – Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *status quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*suppressio*).”

A *prima facie*, parece que o princípio poderia alterar, em algumas situações, como na posse exercida por condôminos, a percepção da posse precária como não geradora de direitos. Tudo dependerá dos contornos a serem dados ao instituto.

6.2. Legislação atual

As formas de usucapião previstas são: usucapião ordinário (art. 1.242, Código Civil), usucapião extraordinário (art. 1.248,

Código Civil), usucapião especial rural (art. 191, Constituição Federal), usucapião especial urbano (art. 183, Constituição Federal):

“Art. 1.238.(CC) Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.”

Parágrafo Único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter público.”

“Art. 1.242.(CC) Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo Único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.”

São expressos, na Constituição, a possibilidade de usucapião urbano e rural, conhecidos como especiais, permitidos uma única vez, concedidos ao homem ou à mulher, desde que não incidentes sobre imóvel público:

“Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.”

“Art. 191 Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urba-

no, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á sua propriedade.”

E, finalmente, o usucapião coletivo de imóvel urbano, disposto pelo Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01:

“Art. 10. Áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.”

7. Discussão

Funda-se a contestação do Município de Ouro Preto em três premissas. A primeira, o núcleo da sua argumentação:

1ª) que se trata de bem público, posto que inserido no perímetro descrito na Carta de Sesmaria, portanto insuscetível de prescrição aquisitiva nos termos do art. 183, §3º, da Constituição e entendimento consubstanciado na Súmula n. 340, do STF.

Assim, entende que a Carta de Sesmaria Régia seria título atributivo da propriedade das terras, nela mencionadas, ao Município de Ouro Preto. Convém, portanto, seja transcrita para exame:

“Juramento e Posse dos Officiaes Eleitos para a Câmara

Aos nove dias do mez de julho de mil setecentos e onze annos, nesta nova villa, intitulada Villa Rica de Nossa Senhora do Pilar e Albuquerque, nas casas em que mora o Senhor Governador e Capitão General Antõnio de Albuquerque Coelho de Carva-

lho, foram chamadas por sua ordem as pessoas que sahiram eleitos para servirem este anno na camara desta dita villa, para haverem de tomar juramento e posse que uma e outra cousa lhe foi dado pelo dito Senhor Governador, depois de lhe ser declarado pelo dito Senhor a dita eleição, como também muito recomenndado as obrigações com que ficavam para bem exercitarem os seus cargos com a maior atenção e zelo ao serviço de Deus, de sua majestade e ao bem comum e socego desta República e utilidade dos moradores delia; o que prometterão fazer os ditos eleitos de que se assignarão com o título Senhor Governador neste termo que me mandou fazer; e eu Manoel Pegado. Secretário deste Governo o escrevi. Antônio de Albuquerque Coelho de Carvalho. Coronel José Gomes de Mello. Fernando da Fonseca e Sá. Manoel de Figueiredo Mascarenhas. Felix de Gusmão Bueno Brandão. Antonio de Faria Pimentel. Manoel de Almeida Costa.

Pouco depois veio o seguinte:

CARTA DA SESMARIA, QUES.M.
A QUEM DEUS GUARDE, CONCEDEU AO SENADO DA CAMARA DESTA VILLA:

D. João, por graça de Deus, Rei de Portugal e dos Algarves, d aquém e d alem mar, Senhor da Guiné e da Conquista, de navegação com o comércio Ethyopia, Arábia, Pérsia e da Índia, etc.

Faço saber aos que esta minha carta de confirmação de sesmaria virem, que, respeito aos officiaes da Câmara de Villa Rica e apresentarem outra, passada pelo governador capitão-general que foi da capitania de S. Paulo e Minas de que o teor é o seguinte:

Antonio d Albulquerque Coelho de Carvalho, conanendador da ordem de Christo e da commenda de Santo Ildefonso do Val de Telhas, do conse-

lho de sua Majestade a quem Deus Guarde, governador e capitão general da capitania de S. Paulo e Minas do Ouro e todos os seus districtos, etc...Faço saber a todos que esta minha carta de sesmaria virem que, por haver respeito ao que por sua petição me enviarão a dizer aos officiaes da Câmara de Vila Rica de Albuquerque que aquella Villa *se achava sem ter recreio nem terra alguma assim para a criação dos gados como para venda e aforar aos moradores para assim o dito Senado ler alguma renda para o conselho poder acudir e reparar as obras do conselho, o que as Câmaras são obrigadas porque da passagem do Ribeirão até terreno da dita Villa e da Serra do Itacolomy até a de Antonio Pereira, correndo até entestar com o capitão Manoel de Mattos se achava muita terra devoluta*, a qual necessária para este senado e queria por sesmaria com todos os mados, campos, seus cantos e recantos que não tivessem dados por sesmaria, como também os campos que estivessem devolutos desde Prinhy Currealina e Serra do Itatyaia, portanto me pedião me fizesse mercê de conceder a sesmaria da dita terra e campos assim confrontados, e visto o seu requerimento em formação que se me deu não offerecer duvida,

Hei por bem fazer mercê aos ditos officiaes da Câmara, em nome de Sua Magestade a que o Deus Grande, de lhe dar por sesmaria a terra que pedem, porém no que toca à divisão com o Ribeirão será o limite della no alto da Poça grande do coronel Antonio Francisco da Silva, da qual pode começar a dita sesmaria assim e de modo que são as ditas terras e com as suas referidas confrontações sem prejuízo de terceiro, *com declaração que achando-se dentro delle algum morador com o título de primeiro povoador ou de haver comprado não será expulso e apenas obrigado a aforar-se, porém não roçará de novo as*

ditas terras, se cultivarão e povoarem dentro de dois annos, e não fazendo nellas se dê lhes negarão mais tempo e se lhes julgarem por devolutas, na forma da ordem de Sua Magestade de 22 de outubro de 1691, e outrossim serão obrigados os ditos officiaes da câmara a mandar confirmar esta carta de data por Sua Magestade a quem Deus Guarde dentro em três annos, pelo que mando ao ministro a que toca lhes mande dar posse das ditas terras na forma do estylo e sua petição e a todos os officiaes da justiça a quem o reconhecimento desta pertencer a facção cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contém, a qual por fineza de tudo lhes mandei passar, por mim assignada e sellada como o sinete de minhas armas, que se registrará na secretaria deste governo e nos mais que tocar, dado em Minas Geraes aos 27 dias do mez de setembro de 1711 – O secretario Monoel Pegado a fez – Antonio de Albuquerque Coelho de Carvalho.”

Pedindo-me os ditos officiaes da Câmara que porquanto o dito governador capitão-general da capitania de S. Paulo Minas lhes fizera a mercê em meu nome de lhes dar as ditas terras, expressada nas cartas nesta incorporada, lhes fizesse mercê de mandarlh'as confirmar, e sendo visto o seu requerimento, o que responderão os procuradores de minha fazenda a coroa a quem se deu vista, e informação de que deu o governador e capitão general da capitania de Minas:

Hei por bem de fazer-lhes mercê de *lhes confirmar uma légua de 'terra em quadro* a qual fará pião no pelourinho da dita Villa, correndo pra todas as partes na distancia de meia legoa, com declaração que só das casas edificadas que agora pagão e das que novamente se edificarem se pagarão foros e de nenhum maneiras das que até o presente não pagão por serem mais

antigas que a mesma Câmara ou por outra alguma causa, e assim também não se pagará nem para foro algum nas terras meneraes em que há ou possa haver lavras, minas ou buraco que se tire outro, pelo que mando o meu governador e capitão-general da Minas, provedor da fazenda e mais ministros a que a tocar, cumprão e guardem esta carta de confirmação e a facção inteiramente se cumprir como nella se contém, sem duvida alguma e se passasse por duas vias e pagou de novo direito quatrocentos reis, que se carregarão ao thesoureiro José Corrêa de Moura às folhas sessenta e nove do livro vinte e três de sua receita, como consta do seu reconhecimento em fôrma registrado no livro dezenove do registro geral às folhas trezentas e quatro verso – Lisboa Occidental, aos 17 de Janeiro de 1736 – El Rei.”

“Carta de confirmação de semaria porque Vossa Magestade há por bem fazer mercê aos officiaes da Câmara desta Villa Rica de lhes *confirmar uma légua de terra em quadro, a qual há de fazer pião ao pelourinho da dita Villa, correndo para todas as partes na distancia de meia légua, com declaração que só as casas edificadas que agora pagão e das que novamente se edificarem se pagarão foros e de nenhuma maneira que até o presente se não pagão por serem mais antigas que a mesma Câmara ou por outra alguma causa, e assim também se não pagará nem para fôro algum nas terras mineraes em que há ou possa haver lavras, minas ou buracos em que se tire ouro, a qual lhes deu em nome de Vossa Magestade o governador e capitão-general da capitania de S. Paulo e Minas, como assim se declara para Vossa Magestade ver. – Theodoro Coelho Pereira a fez. – O secretario Manoel Caetano Lopes de Lavre a fez escrever por despacho do Conselho Ultramarino de 23 de novembro de 1731.*

– José Vaz de Carvalho – José de Carvalho Abreu – Isaac de Souza.”

Registrada à folhas cento e sessenta e cinco verso do livro vinte e dois de officios do Conselho Ultramarino – Lisboa Occidental, 21 de março de 1736 – Manoel Caetano Lopes de Cavre.

Fica registrada esta carta nos livros das mercês e não pagou por servia. – Amaro Nogueira de Andrade.

Pagou três réis por servia – Lisboa Occidental, 15 de outubro de 1736. – Innocencio Ignacio de Moura.

Registrada, cumpra-se como Sua Magestade manda. – Villa Rica, 15 de Janeiro de 1737. Martinho de Mendonça de Pinna e Proença.

Registrada à folhas 107 verso do livro I do registro de provisões reaes da secretaria deste governo – Villa Rica, 15 de Janeiro de 1737. – Antonio de Souza Machado.”

(...)” (grifos nossos).

Ao contrário do que insinua o Município de Ouro Preto, a Carta de Sesmaria outorgada à Câmara de Vila Rica contém o mesmo espírito dos forais, outrora concedidos, transferindo-lhe não um domínio real do solo, e sim rendas, direitos, foros e tributos que lhes passavam a pertencer. Esse sentido extrai-se do seguinte trecho da carta:

“por haver respeito ao que por sua petição me enviarão a dizer aos officiaes da Câmara de Vila Rica de Albuquerque que aquella Villa se achava sem ter recreio nem terra alguma assim para a criação dos gados como para venda e aforar aos moradores para assim o dito *Senado ter alguma renda para o conselho poder acudir e reparar as obras do conselho, o que as Câmaras são obrigadas* porque da passagem do Ribeirão até terreno da dita Villa e da Serra do Itacolomy até a de Antonio Pereira, correndo até entestar com o capitão Manoel de Mattos se achava muita terra devoluta.” (grifo nosso).

Aliás, em nenhuma parte do documento é encontrada qualquer referência a transferência de domínio territorial. A regra de que, no Brasil, as doações territoriais eram feitas por meio de Cartas de Sesmarias pode conduzir, certamente, numa interpretação meramente literal, a que a Carta concedida ao Senado da Câmara de Vila Rica tivesse essa só característica. Não obstante, atribuindo-lhe a natureza de foral, mais nos aproximamos de uma das prováveis origens etimológicas da palavra sesmaria: colégio municipal, encarregado de distribuir terras (PORTO, [198-?]), ou esmar, talhar, dividir (LIMA, R.C, 1991).

Ademais, a Carta de Sesmaria de 1711 não tem a mesma natureza das Cartas de Sesmarias, pelo essencial fato de não conter em seu bojo a imposição de cultivo, cláusula máxima que acompanhou toda evolução do seu instituto e presente desde as primeiras cartas de sesmarias:

“No sistema sesmarial do Brasil o título constitutivo da propriedade privada, é assim a doação; mas como o regime das sesmarias pressupõe um encargo que, como vimos, constituía uma autêntica servidão nas leis portuguesas, esse encargo, que *era a exigência do efetivo aproveitamento da terra, jamais deixou de estar presente, ao longo de toda a evolução do sistema, no Brasil. Doações de terras com encargo de aproveitamento, eis a natureza jurídica das sesmarias no Brasil*” (MIRANDA, 1983, p. 13, grifo nosso).

Outrossim, nem poderia ter a cláusula de cultivo, posto que incompatível com as atribuições do Senado da Câmara cultivar os terrenos supostamente lhes outorgados, senão pela transferência dos mesmos aos moradores de Vila Rica.

Também outros municípios mineiros foram aquinhoados com cartas de natureza jurídica semelhante, não sendo portanto a origem da municipalidade de Ouro Preto *sui generis*, como alega o procuradoria municipal:

“à exceção de Mariana e Minas Novas, todas as vilas criadas na primeira metade do século XVIII receberam datas, sem que precisassem as confrontações. Vila Rica recebeu uma légua da passagem do ribeirão (Do Carmo) até o terreno da vila e da Serra do Itacolomi até Antônio Pereira; do Tripuí Curralinho ao morro da Itatiaia, confrontando-se com as roças grandes do coronel Antônio Francisco da Silva. *Estas sesmarias legitimavam a cobrança de foro pela Câmara*”. (CARRARA, 1999, grifo nosso).

A natureza que aqui se empresta à carta em comento mais se coaduna com a importância e poder que detinham as Câmaras na época colonial, chegando a extrapolar a sua órbita, como leciona Victor Nunes Leal (1997, p. 82):

“Além das atribuições de interesse peculiar do município, exerciam elas funções hoje a cargo do Ministério Público, denunciando crimes e abusos aos juizes, desempenhavam funções de polícia rural e de inspeção de higiene pública, auxiliavam os alcaides no policiamento da terra e elegiam grande número de funcionários da administração geral.”

“Viveiros de Castro contesta que as câmaras coloniais tenham exercido tão amplas atribuições com o beneplácito real. Em sua opinião, ‘a distância em que estavam da Corte animava as câmaras municipais a invadirem sem cerimônia seara alheia; mas o Rei severamente as repreendia quando o fato chegava ao seu conhecimento, como o fez, por exemplo, nas cartas régias de 4 de dezembro de 1677, 12 de abril de 1693, 20 de novembro de 1700 e 28 de março de 1794, nas quais está formalmente declarado que as câmaras eram subordinadas aos governadores, cujas ordens deviam cumprir, mesmo que tais ordens fossem ilegais e contrárias à ju-

risdição das câmaras’”. (LEAL, 1997, p. 87).

Lembra Costa Porto ([198-?], p. 115) que, no começo do século XVIII, a concessão de sesmaria se cerca de formalidades mais objetivas, determinando-se mais acurada investigação, por meio das Câmaras locais, dos capitães-mores das Vilas ou Comarcas. Por ordem régia de 1744, Sua Magestade passou a exigir a manifestação prévia das Câmaras locais para concessão de sesmaria.

É certo, contudo, que parte das terras integrantes da carta era insuscetível de distribuição, sendo destinada ao uso comum do povo, não sendo possível a doação, vedação consubstanciada no livro LV, título 43, §10, das Ordenações, “por ser em prejuízo notável do comum proveito”. Ainda Costa Porto ([198-?], p. 129):

“Em regra, o Senado da Câmara da Vila separava o patrimônio fundiário em duas partes, uma aforada ou dada em enfitêuse, proporcionando recursos financeiros à administração local, e outra insuscetível de apropriação privada porque considerada ‘de utilidade pública, em proveito comum da vila, para madeira, lenha, canas e cipós, onde todos mandam buscar como mato destinado ao bem comum.’ De resto, esta preocupação ‘pelo bem comum’ seria uma constante na mentalidade do tempo, indo além da área de propriedade direta das Vilas, usual, nas cartas de data, a ressalva de que, recebendo o solo de sesmaria ficava o morador ‘obrigado a dar, pelas ditas terras, caminhos livres ao Conselho para fontes, pontes e pedreiras’”.

De outro lado, o direito de terceiros não passou despercebido pela Carta de 1711, outorgada ao Senado, obedecendo ao preceito do respeito ao primeiro ocupante, adotado nas fórmulas sesmarias: “achando-se dentro delas algum morador com título de primeiro povoador, ou de haver comprado,

não será expulso, e menos obrigado a afastar-se”, assim expondo:

“com declaração que só as casas edificadas que agora pagão e das que novamente se edificarem se pagarão foros e de nenhuma maneira que até o presente se não pagão por serem mais antigas que a mesma Câmara ou por outra alguma causa”.

Dessa forma, mesmo antes da outorga da Carta de Sesmaria já existiam terrenos ocupados, em que o Município jamais poderia deter o domínio, nem aforar, antes respeitar, “por serem mais antigos que a própria Câmara”.

Se a outorga dessa Carta tivesse como consequência a propriedade do Município de Ouro Preto sobre as terras que alega, não seriam todas as terras dentro do termo descrito e sim aquelas que não estivessem ocupadas por título de primeiro povoador, assim antes mesmo da instalação da Câmara. Donde conclui-se que àquela data seria necessário extremar “o domínio da Câmara” do domínio particular.

Seja sob o regime das sesmarias, seja sob a legislação de terras devolutas ou mesmo após a edição do Código Civil Brasileiro (1917), certo é que, para o exercício pleno do domínio público sobre as primeiras (sesmarias) e segundas (devolutas), o legislador colocou sempre a salvo as posses e/ou ocupações legítimas, exigindo, antes do Código Civil Brasileiro e após, procedimento prévio administrativo e/ou judicial (juízos de sesmarias e ação discriminatória) destinado a extremar o patrimônio público do privado, com o que a inalienabilidade e imprescritibilidade dos bens públicos não deflui *ipso iure* da lei que as institui senão da conformidade destas com a realidade dos fatos constatados pelas operações práticas a cargo das administrações públicas interessadas na preservação de seus bens dominicais.

Assim colocada a questão, qual seja, de que a Carta de 1711 não é atributiva de propriedade senão de poder político, prejudi-

cados restariam os demais fundamentos invocados pelo Município posto que decorrentes diretamente da premissa principal, afastada.

Todavia, o exame dos demais fundamentos poderá, a *contrario sensu*, justificar a tese acima apresentada, reforçando o entendimento ora proposto, senão vejamos.

Assim, argumenta a Procuradoria do Município:

2º) *que a ausência de registro imobiliário importa em presunção de que o imóvel pretendido encontra-se sob o domínio público.*

3º) *que o Município, para exercer seu direito sobre as terras públicas, não necessita demarcá-las ou registrá-las no Cartório Imobiliário da circunscrição competente.*

O conteúdo das afirmações acima foi examinado no item 4.5 – *Cadastramento das terras devolutas*, quando restou apurado: 1º) que a inexistência de registro imobiliário não é suficiente para a caracterização do domínio público, não sendo tal circunstância apta a ensejar presunção de que as terras sejam devolutas, o que deflui do entendimento majoritário dos tribunais: Revista Trimestral de Jurisprudência 65/856, 99/234, 81/191; Revista de Julgados do Tribunal do Estado de São Paulo 19/54, 24/260, 26/246; Revista dos Tribunais 405/153, 411/120, 419/129, 490/65, 551/110, 520/141, 549/204. Registre-se, ainda, que não basta a mera alegação de ser, a terra, devoluta. É necessário que o Poder Público prove que o imóvel é de sua propriedade: Revista dos Tribunais 537/77, 541/131, 555/223, 558/95. Trata-se, por conseguinte, de questão atinente ao ônus da prova e que não refoge da regra geral estabelecida no artigo 333 do Código de Processo Civil; 2º) que, em virtude do regime jurídico de direito privado a que estão submetidas, as terras devolutas devem ser cadastradas e, para tanto, discriminadas, obrigação decorrente da Lei Complementar Estadual nº 3, que dispõe sobre a organização municipal do Estado de Minas Gerais, Leis Estaduais 7.373/78 e 11.020/93, não descurando igualmente do

disposto no artigo 18 da Lei Orgânica Municipal de Ouro Preto.

8. Considerações finais

A carta de sesmaria de 1711 outorgada ao Senado de Vila Rica não tem a natureza jurídica das cartas de sesmarias concedidas durante quase três séculos no Brasil, por lhe faltar a essência do instituto das sesmarias: a cláusula do cultivo, cujo adimplemento só poderia ser feito pela outorga e venda a particulares pela Câmara. Seria um instrumento, por razão, muito mais próximo dos forais concedidos aos donatários: uma outorga política, administrativa, de jurisdição, não de título de domínio ao Município de Ouro Preto.

Ademais, justificativas sobram a amparar a natureza política da Carta de Sesmaria Régia de 1711: as prováveis origens etimológicas da palavra, os poderes das Câmaras Municipais, a investigação *in loco* para a concessão de novas sesmarias, a legitimação da cobrança de foro pelas Câmaras, o respeito ao título de primeiro povoador.

As terras públicas não registradas, não discriminadas, não destinadas a uso específico são terras devolutas e, como tal, bens pertencentes à União e/ou aos Estados, numa evolução legislativa linear. A Lei nº 6.383/76 estatui sobre o processo discriminatório das terras devolutas da União, determinando o subsequente registro destas. A Lei Estadual mineira nº 7.373/78 determina a realização de processo discriminatório e cadastramento imediato de todos os bens arrecadados. A Lei Orgânica do Município de Ouro Preto determina o cadastramento e identificação dos bens municipais

Há possibilidade de existência de terras devolutas municipais, no entanto, aquelas delegadas pelo Estado ao Município (art. 246, III, §4º, Constituição Estadual Mineira). A evolução histórica demonstra que, desde a Constituição do Império, as terras devolutas incluem-se entre bens do Estado e da União.

Se a lei atribui aos Estados e à União a propriedade das terras devolutas, também lhes incumbe o dever de discriminá-las, cadastrando-as, não autorizando tratamento privilegiado ao Estado na divisão do ônus *probandi*, em sede judicial, quando em disputa de direito relativo a imóveis.

O espírito da Lei nº 601 de 1850 não veio somente proibir a aquisição gratuita das terras devolutas, como também colocar um fim ao tumulto fundiário, aos abusos dos posseiros e sesmeiros, à propriedade improdutiva. Tanto assim que igualou duas condições, a do sesmeiro e a do posseiro, com base no cumprimento da função social da propriedade: cultura e morada habitual. Representou o ponto de partida a retomada do controle pelo Estado da situação fundiária, dando-lhe o dever de discriminar e cadastrar as terras públicas para posterior destinação a fim social.

Não se justifica as terras ficarem ociosas, esperando indeterminadamente pela arrecadação do Estado por meio da ação discriminatória, quando deveria atender ao princípio da função social da propriedade, consubstanciado no art. 5º, XIII, da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 vedou expressamente o usucapião de bens públicos, conforme se verifica dos artigos 183, §3º, e 191; outrossim, estabeleceu no capítulo “dos direitos e garantias individuais”, artigo 5º, XXIII, que a propriedade atenderá a sua função social, norma de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais.

O princípio da função social da propriedade é dirigido primordialmente à propriedade privada, no pressuposto de que é elemento integrante e indissociável da propriedade pública; todavia, quando o poder público desatende ao dever de propiciar o acesso dos cidadãos à fruição dos direitos inerentes à propriedade, a ação de usucapião surge como meio legítimo para garantir-lhes a tutela jurídica.

Bibliografia

- ADOLPHE, Saint. *Dicionário geográfico histórico e descritivo do império do Brasil*. Paris: J. P. Aliard, 1863. 2 v.
- ALVARÁ DE 25 DE JANEIRO DE 1809. Dispõe sobre a confirmação de sesmaria, forma da nomeação dos Juizes e salários. Disponível em: <<http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/L4PA1028.HTM>>. Acesso em 21 maio 2002.
- ARAÚJO, Amauri Machado Possas. A função social da propriedade como princípio fundamental do direito agrário. *Revista do direito agrário e minerário*. Belo Horizonte, n. 5, p. 58-63, jan./jun. 1984.
- BAHIA. Apelação cível nº 93.01.18121-5. Livre ocupação de terras. Venda e posse de terras. Relator: Juiz Olindo Menezes, 1997. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 25 mar. 1997. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: [200-?].
- BAHIA. Recurso extraordinário n. 61.508. Usucapião de bens públicos antes do código civil. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro, 1973. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 66, p. 732-740, 1973.
- BANDECHI, Brasil. *Origem do latifúndio no Brasil*. São Paulo: Obelisco, 1964.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1.
- _____. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.
- BIGONHA, Ana Paula Ribeiro. *Sesmarias e concessões de uso*. Ouro Preto: Universidade Federal de Ouro Preto, 2002. Trabalho de iniciação científica.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. 18. ed. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2002.
- BRASIL. Decreto nº 87620. Dispõe sobre o procedimento administrativo para o reconhecimento da aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais compreendidos em terras devolutas. *Diário Oficial da União*, [Brasília], p. 017786, col. 2, 22 set. 1982.
- BRASIL. Lei nº 6383 de 1976. Dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, [Brasília], p. 016035, col. 1, 9 dez. 1976.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAMPOS, Hélder de Souza. Supressio-Werwirkung: o exercício inadmissível do direito. *Revista Jurídica Consulex*, v. 7, n. 160, p. 64-65, 15 set. 2003.
- CARRARA, Ângelo Alves. *A contribuição para a história de Minas Gerais: séculos XVIII e XIX*. Mariana: Edufop, 1999.
- CARTAS de Sesmarias. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, p. 230-233, 1911.
- CARTAS de Sesmarias. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, p. 562-563, 1926.
- CARTAS de Sesmarias. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, p. 912-917, 1933.
- CARTAS de Sesmarias. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, p. 530-533, 1907.
- CARTAS de Sesmarias. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, p. 620-621, 698-701, 1912.
- CARTAS de Sesmarias. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, p. 546-547, 1902.
- CARTAS de Sesmarias. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, p. 226-229, 246-249, 1905.
- CARTAS de Sesmarias. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, p. 56-61, 1910.
- CARTAS de Sesmarias. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, p. 247-349, 372-375, 414-415, 1921.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- CEARÁ. Recurso extraordinário nº 87.050. Enfiteuse. Usucapião. Direito de opção. Relator: Ministro Moreira Alves, 1977. *Diário de Justiça da União*, Brasília, Seção de Jurisprudência do STF, p. 966-980, 13 maio 1977.
- COIMBRA. *Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas per mandado Delrei D. Filipe o Primeiro*. 12. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850. p. 88-89, 384-385.
- CONSTITUIÇÃO do Estado de Minas Gerais. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.
- DIAS, Carlos Malheiro. *História da colonização portuguesa do Brasil*. Porto: Litografia Nacional, 1921-1924. 3 v. Edição monumental comemorativa do primeiro centenário da Independência do Brasil.
- FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2001.

- GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional*. São Paulo: Atlas, 1998.
- GOIÁS. Recurso extraordinário nº 80.416. Terras devolutas: registro do vigário. Relator: Ministro Cunha Peixoto, 1975. *Seção de Jurisprudência do STF*, Brasília, p. 91-114, 02 jun. 1976.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil: em comentário ao código civil português*. São Paulo: Max Limonad, 1955-1968.
- GONZÁLES, José Antônio Lopez. *Metodología de la investigación pedagógica*. Ouro Preto: Etfop, 1998.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Curso de iniciação à pesquisa jurídica e à elaboração de projetos*. Belo Horizonte: Núcleo Interdisciplinar para a Integração do Ensino, Pesquisa e Extensão da UFMG, 2001.
- ÍNDICE geral da revista do Archivo Público Mineiro. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1914.
- JUNQUEIRA, Messias. Breve introdução histórica ao direito territorial público brasileiro. *Revista do direito agrário*, Brasília, n. 3, p. 17-22, 1975.
- LACERDA, M. Linhares de. *Tratado das terras do Brasil*. Rio de Janeiro: Alba, 1960. v. 1.
- LAXE, João Baptista Cortines. *Regimento das câmaras municipais ou lei de 1º de outubro de 1828*. 2. ed. Rio de Janeiro: BLGarnie Livreiro, 1885.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE OURO PRETO. Arquivo da Câmara Municipal de Ouro Preto.
- LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito agrário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- LIMA, Ruy Cirne. *Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas*. 2. ed. São Paulo: Secretaria de Estado de Cultura, 1991.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 1.
- _____. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 6.
- _____. *Tratado dos registros públicos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 2.
- _____. *Tratado dos registros públicos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 4.
- LOUREIRO, Vicente da Silva. *Sesmarias*. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, [198-?].
- MAIA, Altir de Souza. *Curso de direito agrário: discriminação de terras*. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1982.
- MAIA, Antônio Maria Claret. *O instituto das terras devolutas e legislação fundiária do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Fundação Rural Mineira Colonização e Desenvolvimento Agrário, 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO, Antônio Celso de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MINAS GERAIS. Apelação cível nº 89.01.22517-4. Usucapião especial. Terras com destinação específica. Relator: Juiz Fernando Gonçalves, 1991. Tribunal Federal da Primeira Região. Inteiro Teor de Acórdãos. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.gov.br/default.asp>>. Acesso em: [2004?]
- MINAS GERAIS. Recurso extraordinário nº 86234. Cabe ao usucapiente o ônus da prova de que a gleba em causa não é terra devoluta. Relator: Ministro Moreira Alves, 1976. *Seção de Jurisprudência do STF*, Brasília, p. 1364-1379, 15 dez. 1976.
- MIRANDA, Custódio da Piedade. Natureza jurídica das sesmarias. *Revista de direito agrário*, Brasília, n. 9, p. 9-13, 1983. Semestral.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 439-452. v. 12. cap. I-II.
- _____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 118-154. v. 11, cap. II.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- NAVARRO, Odilon. Sesmarias: sua evolução, sua legislação. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 84, p. 776-777, out./dez. 1940.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- OCTAVIO, Rodrigo; VIANNA, Paulo D. *Elementos de direito público e constitucional brasileiro*. 3. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1927. p. 38-41.
- ORGANIZAÇÃO Municipal do Estado de Minas Gerais. Lei complementar n. 3. Belo Horizonte: Centro de Assistência Técnica do Imam, 1982.
- OURO PRETO. Lei nº 16/94. Modifica a lei 90/93 que criou o programa de legitimação de terreno no Município de Ouro Preto. Arquivo da Câmara Municipal de Ouro Preto.

- OURO PRETO. Lei nº 24/98. Suspende temporariamente a exigência de prazo estabelecida no item 1, do artigo 7º, da lei n. 16/94 que criou o programa de legitimação de terrenos no município de Ouro Preto. Arquivo da Câmara Municipal de Ouro Preto.
- OURO PRETO. Lei nº 377 de 21 de janeiro de 1971. Dispõe sobre a extinção do regime foreiro do município de Ouro Preto. Arquivo da Câmara Municipal de Ouro Preto.
- OURO PRETO. Lei nº 54/98. Suspende até 01 jan. 1999 a exigência de prazo estabelecida no item i, do artigo 7º, da lei 16/94 que criou o programa de legitimação de terrenos no município de Ouro Preto. Arquivo da Câmara Municipal de Ouro Preto.
- OURO PRETO. Lei nº 90/93. Cria o programa de legalização de posse de imóvel no município de Ouro Preto. Arquivo da Câmara Municipal de Ouro Preto.
- PARAÍBA. Recurso extraordinário nº 82.106. Usucapião de bem público. Relator: Ministro Thompson Flores, 1977. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 87, p. 505-518, 1979.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. 1.
- PERNAMBUCO. Recurso extraordinário nº 52.723. Prescritibilidade dos bens públicos antes do Código Civil. Relator: Ministro Adalácio Nogueira, 1969. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 51, p. 598-599, 1970.
- POMBO, José Francisco da Rocha. *História do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1967.
- PORTO, Costa. *Curso de direito agrário: formação territorial*. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1982.
- _____. *Leituras escolhidas em direito agrário: a propósito de terras devolutas*. Brasília: CNPq/Fundação Petrônio Portella, 1983.
- _____. *Sistema sesmial no Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, [198-?].
- PORTUGAL. Ordenações Manuelinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. Livro 4.
- PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução política do Brasil e outros estudos*. São Paulo: Brasiliense, 1953.
- PROGRAMA Nacional de Política Fundiária. Coleção. Legislação agrária, legislação de registros públicos, jurisprudência. Brasília: Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, 1983.
- REZENDE, Astolpho. *A posse e sua proteção*. São Paulo: Saraiva, 1937.
- RIBAS, Antônio Joaquim. *Da posse e das ações possessórias segundo o direito pátrio comparado com o direito romano e canônico*. São Paulo: Miguel Melillo, 1901.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de alçada. Usucapião de terras públicas. *Revista Jurídica*, n. 231, p. 31-34, jan. 1997.
- SANTOS, Delmiro dos. Sesmarias: terras devolutas e registro paroquial. *Revista de direito agrário*, Brasília, n. 10, p. 43-49, 1983.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 2.
- _____. *Código civil interpretado: direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 7.
- SÃO PAULO. Recurso especial nº 90419. Domínio da União. Terras de silvícolas. Relator: Eduardo Ribeiro, 1999. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 07 jun. 1999. Disponível em: <<http://stj.gov.br/SCON/pesquisar.j.s.p.>>. Acesso em: [200-?].
- SÃO PAULO. Recurso extraordinário nº 75.459. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 27 abr. 1973. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: [200-?].
- SÃO PAULO. Recurso extraordinário nº 84.063. Usucapião. Relator: Ministro Leitão de Abreu, 1977. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 81, p. 191-194, 1977.
- SENNA, Nelson. *Bicentenário de Ouro Preto: 1711 – 1911: memória histórica*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1911.
- SILVA, Ângela. Terras devolutas. *Revista de direito agrário e minerário*. Belo Horizonte, n. 3, p. 12-47, jan./jun. 1983.
- _____. Conceito de posse no direito agrário brasileiro e venezuelano. *Revista de direito agrário e minerário*. Belo Horizonte, n. 5, p. 7-57, jan./jun. 1984.
- SILVA, Légio Osório. *Terras devolutas e latifúndio*. Campinas: Unicamp, 1996.
- SILVA, Pedro Cordeiro (Coord.). *Curso de direito agrário: cadastro e tributação*. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1982.
- TELLES, J. H. Correa. *Digesto português ou tractado dos direitos e obrigações civis*. Coimbra: Livraria J. de Augusto Oroel, 1860.
- VIANNA, Hélio. *Capítulos de história luso-brasileira*. Lisboa: Academia Portuguesa da História, 1968.
- VEIGA, José Pedro Xavier da. *Efemérides mineiras*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1998.

VILLAS, Maria de Lourdes Baeta. *Curso de normatização técnica aplicada à redação em direito*. Belo Horizonte: Instituto Carlos Campos, [19—?].

Anexo

Termo de Ereção de Vila Rica

Aos oito dias do mês de julho do ano de mil, setecentos e onze, neste arraial das Minas Gerais do Ouro Preto, em as casas de morada em que assiste o senhor Governador e capitão-general Antônio de Albuquerque Coelho de Carvalho, achando-se presentes em uma Junta geral que o dito senhor ordenou para o mesmo dia as pessoas e moradores principais deste dito arraial, lhes fez presente o dito senhor governador que, na forma das ordens de Sua Majestade, determinava erigir neste mesmo arraial uma nova povoação e vila para que seus moradores e os mais de todo o distrito pudessem viver arreglados e sujeitos, com toda alva forma, às leis da justiça, como Sua Majestade manda; e desejava se conserve todos os seus vassallos nesta nova conquista porque, supondo não achava o sítio muito acomodado, atendendo às riquezas que prometiam as minas que há tantos anos se lavram nestes morros e ribeiras e ser a parte principal destas Minas aonde acode o comércio e fazendas, que dele mana para as mais, e outras mais que o tempo mostraria, se resolvia a executar-lo assim e que todos deviam neste particular dar o seu parecer; os quais uniformemente todos convieram em que neste dito arraial, junto com o de Antônio Dias, se fundasse a vila pelas razões referidas, pois era sítio de maiores conveniências que os povos tinham achado para o comércio, e que nesta forma se sujeita-

vam a viver todos como leais vassallos de Sua Majestade, sujeito às suas reais leis e às da justiça com toda obediência, sem que se lhes ofereça dúvida alguma ao proposto pelo dito senhor governador; e por ele dito governador foi respondido que, visto que todos assentavam em fosse nestes sítios e dois arraiais de Ouro Preto e Antônio Dias levantada a dita vila, era necessário que logo todos os ditos moradores e pessoas deste povo fizessem eleição para os ofícios da Câmara dela, declarando todos juntamente que desejavam e tinham devoção de que se continuasse a invocação e padroeira desta igreja do Ouro Preto Nossa Senhora do Pilar, o nome da vila fosse Vila Rica de Albuquerque; e de como assim se ajustou tudo, mandou o dito senhor governador fazer este termo, que assinaram os assistentes sobreditos. Eu, Manoel Pegado, Secretário deste Governo, o escrevi. Antônio de Albuquerque Coelho de Carvalho. Felix de Azevedo Carneiro Cunha. Antônio Francisco da Silva. Pascoal da Silva Guimarães. Leonel da Gama Telles. Bartolomeu Marques de Brito. José Eduardo Passos Rodrigues. Francisco Viegas Barbosa. Jorge da Fonseca Freire. Luiz de Almeida Barros. Fernando da Fonseca e Sá. Manoel do Nascimento Fraga. João Carvalho de Oliveira. Francisco Maciel da Costa. Manoel de Figueiredo Macedo. Felix de Gusmão Brandão Bueno. Manoel de Almeida Costa. Coronel José Gomes de Mello. Roberto Neves de Brito. Manoel da Silva Borges. Antônio Ribeiro Franco. Henrique Lopes. Antônio Alves Magalhães. Laurentino Rodrigues Graça. (VEIGA, 1998, p. 661, 662)

Em 15 de dezembro de 1712, foi confirmada, por carta régia, a criação de Vila Rica.

Em 1823, foi Villa Rica erigida em cidade, com o título de Imperial cidade de Ouro Preto.

Em torno da Comunicação Social

Eduardo Silva Costa

“Comunicação social” é a expressão com que o texto designa todo um processo que interessa sobretudo à sociedade. A amplitude da sua incidência no corpo social haveria de merecer o cuidado que o legislador pôs ao regradar acerca de dados pré-existentes como, por exemplo, diversões e espetáculos públicos e outros que são de natureza moral, quais os que entendem com a pessoa e a família. Na verdade, os primeiros são um produto da vida social no aspecto lúdico; os últimos referem-se ao valor espiritual da pessoa e da família, que se constituem bens superiores a serem protegidos de forma igualmente superior.

É no capítulo V do título VIII da Constituição que se cuida da “Comunicação Social”. Nela alinham-se cinco artigos – do 220 ao 224 –, que encerram os preceitos basilares desse fenômeno cultural, hoje proeminente.

À semelhança de todo fenômeno cultural, a comunicação emerge como emanção da liberdade, que, por isso mesmo, é iminente a ela. E, dada a sua natureza social e a sua finalidade, reveste-se ela de ordenação normativa. Pela dimensão que alcançou na contemporaneidade, tal ordenação é de grau hierárquico supremo, o que importa dizer, situa-se na Constituição.

Nessa conformidade, o texto constitucional sagra em primeiro lugar a liberdade de expressão, haja vista o artigo 220, que enuncia

Eduardo Silva Costa é Advogado em Salvador, Bahia. Do Instituto dos Advogados Brasileiros. Do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Do Instituto dos Advogados da Bahia.

“A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação... não sofrerão qualquer restrição...”

que remata com a limitação “observado o disposto nesta constituição”, uma limitação que importa regulação do próprio direito enunciado.

Em segundo lugar, a par da liberdade assim qualificada, prevê-se, no concernente a rádio e televisão, a fixação de princípios, que deverão balizar a atividade desses dois meios de comunicação, tal como se inscreve no artigo 221:

“A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios...”

À vista disso, tem-se que a expressão do pensamento, em que se consubstancia a essência do pensamento protegido em nível de Constituição (criação, manifestação, informação só existem quando expressos), é o garante do direito de liberdade de que ela dimana. Ela se particulariza em regras que lhe regulam a ação em face do acentuado teor democrático de que se reveste. E, no caso da Comunicação Social de que cuida a nossa Lei Maior, tal particularização obedece à necessidade a um tempo de preservar valores e promover a sua disseminação.

De fato, ao fixar os princípios a que devem estar jungidas “a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão”, o dispositivo constitucional do artigo 221 distingue de uma parte “finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (I)”, “promoção da cultura nacional e regional (II)”. Enquanto o enunciado nos itens I e II é de reputar-se de ordem promocional, haja vista os termos mesmos “finalidades artísticas, culturais, educativas”, “promoção da cultura”, o enunciado do item IV, por sua vez, vincula-se à preservação, consoante por igual os próprios termos dele ao “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Nessas considerações acerca dos princípios estabelecidos no capítulo V, de que se trata aqui, sobressaem os elementos de dilatação e de circunscrição normativa. Na

verdade, a liberdade, ou, para empregar a dicção legal e constitucional, a não restrição do exercício da comunicação, nas suas diversas formas e modalidades, é ínsita ao objeto precípua da atividade midiática – informar. Tanto assim que o ditame dirigido pela Constituição à lei ordinária é incisivo nesse particular:

“Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social...”

Então, a ação comunicativa recebe da própria lei, na sua dimensão suprema, a Constituição, o impulso da liberdade “sem qualquer restrição”, com a só ressalva aposta no artigo 220, *caput*, no modo genérico, e no § 1º, de forma especificadora, “observado o disposto no artigo 5º...”, da liberdade. É de notar que essa ressalva diz com a garantia da liberdade de pensamento na sua multimoda expressão; o conteúdo dos itens evidencia isso.

Atente-se no que está no item IV do artigo 5º, a vedação do anonimato; no item V, é o direito de resposta a agravo cometido por outro; no item X, cogita-se da inviolabilidade da pessoa na pluralidade do seu ser – a intimidade, a honra e a imagem; no item XIII, ressalta-se a liberdade do trabalho; e por fim, no item XIV, é assegurado o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte.

Assim, em todos os itens assinalados, é a liberdade na sua diversidade de atuação que se normatiza. Ela não se afirma, com a só essência, porque as mais das vezes, em razão do intercurso humano, há uma contínua interação dos seres. Dessa interação é que se deparam os embates, fonte de disputas, do mesmo modo que resultam convergências. E quase todo esse agir próprio da vida humana acontece em nome da liberdade, assim como se está sempre a reclamar pela liberdade, a reivindicá-la. Motivação de agir e no mesmo diapasão meta no agir, a liberdade é teoricamente a causa magna dos seres viventes.

Todavia, a liberdade não é sinônimo de arbítrio, de que pudesse advir uma afluência de voluntariedades. Disso certamente adviria um depotismo incalculável, uma minoria possuía a ditar comandos em nome da liberdade, com o que não se teria uma convivência mínima de civilidade.

Porque não é isso, a liberdade importa liberdades, com gradações necessárias no seu exercício, precisamente para que seja preservada a sua essência, como resguardada a sua efetividade mínima. Não há liberdade senão quando se define ela como atributo precípua da pessoa humana em si. Nesse sentido, ela não é uma e sim múltipla.

Deste modo, a pessoa humana, enquanto ser existencial, goza da liberdade de movimento – o ir e vir, protegido juridicamente com relevo –, assim como goza da liberdade de reunião, que alguns reputam a mais importante de todas as espécies, do mesmo modo que tem a liberdade de professar a crença religiosa que lhe aprazer e cultivar o deus da sua fé. A mesma pessoa humana a quem é inata a liberdade de escolher a ideologia política do seu gosto e conceber a sua representação do mundo.

Se é assim no plano espiritual, nas coisas que concernem à vida do espírito, não se dá o mesmo no reino, digamos, material. Aí a liberdade é de iniciativa, do impulso originário ou criador, de que é ilustrativa a liberdade de contratar, para citar um exemplo. Em qualquer situação caracterizadora de interação, em que as vontades tenham papel decisivo para a formação de uma dada relação, a liberdade há de exercer-se em observância de determinados controles e até de restrições. Portanto, nesse agir interativo, a liberdade de um defronta-se com a liberdade do outro, de maneira que o desfrute dela por um não redunde em superposição a respeito do outro.

Nesse particular, e em que pese não se ter ainda atingido um parâmetro desenvolvido em matéria de consciência ética, tanto no domínio público ou semipúblico, diga-

mos, como no âmbito privado, há de observar-se que os desvios, as contrafações, as transgressões no plano interpessoal, de indivíduo em relação com o grupo, de organizações para com os indivíduos, atraem meios de prevenção e coibição.

Mas, quando se depara com o fenômeno de massa, o que irrompe em função desta e desponta como macropoder, com influxo totalizador no cotidiano, qual a pauta mais razoável e controle? Dado o poder avassalador que adquiriu, como obter, em resguardo da cultura mesma, a que a comunicação social deve sobretudo servir, a medida de proporção da incidência dos veículos de tal comunicação na coletividade em geral?

Entre os meios de controle dessa liberdade que é atribuída a “qualquer forma, processo ou veículo” destinado a “manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação”, para reproduzir a linguagem constitucional, existe a lei, o mais positivo deles, por ser o mais tangível e dotado de coercitividade. Não obstante isso, a lei, mesmo considerando ser esta no seu grau hierárquico supremo – a Constituição –, não dispõe do condão de fazer efetivo o seu mandamento em campo como esse.

Pois bem, transcorridos quinze anos da vigência da Constituição, o fenômeno social da comunicação assumiu proporções disse-ia satânicas, de controle que tende a refugir do poder da lei. Poder que se exacerba é um poder temerário; o esforço para controlá-lo deve ser ingente. E quando a sua atuação está as mais das vezes rente às massas, com oferta de fantasias, transportando-as a um mundo feérico, o controle, além de hesitante em face do espírito de massificação reinante, não tem apoio da opinião, porque também massificada. O que há é uma ou outra reação, que os próprios veículos, em lance iniludivelmente tartúfico, divulgam, de parte de camadas, setores de opinião, a deblaterar contra os horrores da violência.

Diante desse quadro, aqui apenas miniaturado, a indagação recorrente concerne ao

contraponto que o ordenamento constitucional ergue ao poder da comunicação e à efetividade possível de realizar-se em decorrência dele.

Então, retoma-se o capítulo V, para atentar-se no essencial da sua textura, qual seja, o controle dos veículos de comunicação, visto que os preceitos de outra ordem definem a liberdade em si (art. 220 e parágrafos), para enfatizar, no nível do pensamento e sua manifestação, a primazia dela na estrutura jurídica do Estado Democrático, do mesmo modo que fixa, nos itens do mesmo artigo, diretrizes no tocante a diversões e espetáculos públicos e a formas de defesa da pessoa humana e de família com vista à observância do mandamento do artigo 221.

É, porém, conforme ressaltado, no artigo 221 que se radica o conteúdo essencial da norma sobre a Comunicação Social, visto que nele se enunciam os princípios a que “a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão” deverão submeter-se. Princípios explicitados no texto não importam maior garantia de aplicação ou de efetividade. Valem para que se considere a proeminência do conteúdo da norma e se atente, por isso mesmo, na necessidade social da realização dela.

Entre os princípios inscritos no citado artigo 221, não se pode divisar superioridade de uns em relação a outros; todos têm igual relevo e importância. Não obstante isso, o último dos itens – “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” – condensa uma normatividade que se conecta com dois elementos, primazes da ordem social, duas expressões fundamentais do Direito.

Da pessoa humana já se disse que é princípio e fim, a razão de ser da existência do Direito. É ela que a Constituição erige como “valor ético e social”, associando-lhe no abrigo normativo a família, ente que é sua criação e na qual se desenvolve para afirmar a sua sociabilização. Uma e outra justapõem-se assim na textura constitucional, com realce em virtude de nelas se encerra-

rem sobretudo valores éticos. Note-se, aliás, que o texto enfatiza a esse respeito; bastaria a menção à pessoa e à família, que se estaria significando a integralidade existencial de uma e outra, com a eticidade que lhes é substancial.

Portanto, de que maneira, há de indagar-se, poderão a pessoa humana e a família resguardar-se, para preservação de tais valores, que a Constituição soleniza, no plano normativo, em face dos instrumentos ou veículos, sejam televisivos, sejam radiofônicos, notadamente os primeiros? Como poderão estar protegidos de modo a que não se pratique desrespeito aos valores nominados na Lei Magna? Será que o controle por via judicial tem efeito pedagógico, a ponto de não incorrerem os transgressores do comando constitucional em recidiva?

Tais indagações são de inegável pertinência mesmo para que se realce a nota de ceticismo nos resultados. O recurso, por exemplo, empregado amiúde, à repetição de imagens terrificantes ou de acentuada violência, não atende a *ratio legis*, a exemplo, as finalidades elencadas no artigo 221 acima referido

“A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”.

Então, como reputar-se informativa a finalidade que não é educativa? Informar, pela via televisiva, importa não só a amplitude da notícia, envolve o seu sentido educativo. E educativo não pode eferecer a negação do desenvolvimento cultural, artístico, elementos todos esses que se inerem no conteúdo da norma constitucional, e que devem estar presentes na comunicação social de que os veículos desta são instrumentos. Porque, sem dúvida, seria uma contrafação de ordenamento normativo superior tudo que se expressa para informar às avessas, bem como deseducar ou educar para deformar a pessoa humana, bem como ins-

tilar-lhe no ser desvios e máculas que conformam socialmente a personalidade marginalizada.

Decerto, o que se constrói na estrutura da Constituição é o domínio normativo para tornar o poder da organização de comunicação ajustado a parâmetros razoáveis de atuação. Para que isso se realize com o mínimo de efetividade, estabelecem-se limites deduzidos de critérios de natureza ética. Dir-se-á a ética democrática, porquanto visa-se a sedimentar o processo democrático, de interesse maior da sociedade. É dela, dessa ética, que se precisa dotar a sociedade, a fim de fazer funcionar as instituições em geral – as instituições governamentais, as institui-

ções ditas da sociedade civil –, e praticarem-se os costumes políticos depurados de vícios vetustos.

Eis aí, a nosso ver, o sentido da fixação de princípios na Constituição no respeitante à Comunicação Social. Da relevante importância desse fenômeno esteve atento o legislador constituinte, na verdade um imperativo para aquele momento histórico. Se se cuidava de ordenar no plano jurídico o Estado Democrático, impunha-se a toda a evidência preparar igualmente a ordem social, de modo que se fortalecesse a sociedade em vista da sua interação com o Estado na incessante execução do projeto democrático que deve envolver toda a Nação.

Liberdade sindical e de associação e o efetivo reconhecimento do direito a negociação coletiva como direitos fundamentais no trabalho

Inserção das normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro

Lais de Oliveira Penido

Sumário

1. Introdução. 2. Processo de juridicização dos direitos humanos. 2.1. Positivização nacional. 2.2. Positivização internacional. 3. Internacionalização do Direito do Trabalho. 3.1. OIT e a Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. 3.2. Efetividade e controle da aplicação dos direitos fundamentais no trabalho. 4. Aspectos doutrinários sobre a inserção das normas internacionais nos ordenamentos nacionais. 4.1. Normas da OIT sobre a liberdade sindical e de associação e o reconhecimento efetivo do direito a negociação coletiva. 4.2. Tratados internacionais. 5. Conclusão.

1. Introdução

Este estudo tem por objeto a análise da liberdade sindical e de associação e o reconhecimento de um efetivo direito à negociação coletiva como direitos fundamentais no trabalho. Para atingir essa finalidade, serão tecidas considerações sobre a concepção desse direito fundamental no âmbito da normativa internacional e a sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Após breves incursões a respeito do aspecto histórico-evolutivo da legislação internacional, será exposto: o processo de juridicização dos direitos humanos, o fenômeno da internacionalização do Direito do Trabalho, o reconhecimento do instituto estudado como um direito fundamental no trabalho pela Declaração da OIT, de 1988, e, ato contíguo, a efetividade e controle da sua aplicabilidade por esse órgão internacional.

Lais de Oliveira Penido é Analista Processual na PRT – 8ª Região, Especialista em Direito Processual Civil e em Direito e Processo do Trabalho, ambos pela UFG, e Doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca, Espanha.

Ademais do especificado no parágrafo anterior, será examinada a incorporação da normativa internacional ao ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, serão analisadas, de forma geral, as relações entre tratados e a ordem jurídico-brasileira sob vários aspectos, para então ser abordado o §2º do artigo 5º da Constituição de 1988, que cuida da proteção dos tratados de direitos humanos. Serão tocados alguns aspectos doutrinários relevantes para a compreensão do complexo processo de recepção das convenções na ordem jurídica interna, assim como os possíveis conflitos no exercício e salvaguarda desses direitos. Outro aspecto a ser focado consubstancia-se na posição hierárquica adotada, tanto sob a ótica doutrinária como jurisprudencial, dos tratados sobre os direitos humanos no Direito brasileiro.

2. Processo de juridicização dos direitos humanos

Começar-se-á a expor sobre o processo de dar o caráter de norma jurídico-positiva aos direitos humanos por sua dimensão histórica, assinalando, de maneira sucinta, tanto os cenários históricos nos quais foram cristalizados os direitos humanos, nos textos legais nacionais, como o processo de internacionalização do Direito do Trabalho. Far-se-á um conciso esboço das diversas etapas de sua evolução, as quais supuseram uma diversificação dos direitos humanos em cada contexto histórico, respondendo às turbulências sociais. O tempo no qual aparecem os direitos humanos e o espaço geopolítico em que se estabelecem são traços imprescindíveis para a compreensão do seu conteúdo. Por isso, torna-se indispensável especificá-los.

As declarações de cada Estado em particular enunciam direitos gerais próprios dos homens. Os direitos de liberdade pessoal do indivíduo, no Estado, encontraram sua culminação nas Constituições Americanas e na Declaração de Direitos do Homem e do Ci-

dadão da Revolução Francesa. Esses enquadramentos jurídicos inspiraram a positivação dos direitos fundamentais das Constituições modernas.

A conscientização de que para garantir-se e proteger os direitos individuais seria necessária a viabilidade de alegá-los diante dos tribunais e que para isso seria imprescindível a sua sustentação legal perfilou a formação dos Estados nacionais e o desenvolvimento constitucional tendente à democracia. Insta ressaltar que os conteúdos das denominadas Declarações de Direito não foram tão-só dogmáticos, encerravam também o desenho básico da estrutura do Estado, demonstrando que ambos eram elementos primordiais para caracterizá-los. Esses direitos continham duplo caráter: eram ao mesmo tempo elementos caracterizadores e fundamentadores do ordenamento jurídico e direito subjetivo dos indivíduos.

2.1. Positivização nacional

A idéia dos direitos do homem é moderna, esboçada a partir dos movimentos políticos e sociais, das correntes tanto filosóficas como religiosas, bem como das doutrinas jurídicas que pretenderam consolidar a proteção da esfera individual dos seres humanos. Os múltiplos problemas jurídicos, políticos e sociais surgidos na Idade Média impeliram os pensadores de cunho cristão a elaborar, particularmente no século XVI, uma doutrina revigorada sobre a pessoa e seus direitos. A esse respeito, cabe especial menção a Francisco de Vitoria (da Escola de Salamanca), a Bartolomé de las Casas, a Francisco Suárez e a toda Escola Jurídica Espanhola.

Merecem expresso registro algumas cartas, estatutos e declarações de direitos, embora não sejam abordadas, por excederem amplamente o terreno das idéias e do período que foi delimitado para este trabalho: a Carta Magna Leonesa (1188); a Magna Carta (1215); a *Petition of Rights* (1628); o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679); o *Bill of Rights* (1689); a Declaração de Direitos de Filadé-

fia (1774); a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776); a Declaração de Massachussets, a Declaração do Estado de Sêneca Fall – reconhecendo expressamente direitos de cidadania para a mulher – (1848); a Constituição do México (1917); a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado – incorporada à Constituição da Rússia – (1918); a Constituição de Weimar (1919) e todas as Constituições promulgadas depois da Segunda Guerra Mundial, cuja inspiração abeberou-se nos princípios democráticos. Tampouco se adentrará na velha polêmica de se a Declaração Americana exerceu influência na Declaração Francesa.

Diante da situação de violência e repressão gerada pelos enfrentamentos, por motivos religiosos, entre as Igrejas e seus fiéis, houve uma ruptura da unidade religiosa e o surgimento do protestantismo, fato que ameaçou a estabilidade dos Estados. No âmbito do debate sobre a tolerância, surgiu, em consequência dessa situação, a reflexão sobre o respeito da consciência. A idéia de tolerância, de liberdade de consciência e de pensamento, assim como os esforços do humanismo para suplantam as bárbaras condições do Direito Penal e Processual e o despotismo da Monarquia absolutista produziram as primeiras formulações históricas dos direitos de liberdade pessoais.

Com a decadência do regime feudal, a burguesia, em consequência de um grande número de fatores sócio-político-econômicos, converte-se no grupo social dominante, capaz de impor aos outros estratos sociais sua maneira de compreender e de entender a sociedade, seu modo de organização social e sua forma de estruturação econômica, desencadeando a regulação da economia capitalista de mercado, estabelecida sobre o espírito liberal-individualista e assentada na não intervenção estatal.

Os direitos humanos foram estabelecidos com fulcro numa mudança de mentalidade no pensamento ocidental, impulsionada pelos humanistas e pela reforma, de

cujas perspectivas o direito, a política e a sociedade começaram a ser explicadas centradas no indivíduo. As reflexões resultantes dessas ponderações desembocaram nas posições contratualistas¹, na doutrina da separação de poderes² e na idéia de que os cidadãos devem concorrer para a formação do poder (o Estado Democrático de Direito incorpora a sua estrutura político-institucional, os direitos fundamentais dos homens e cidadãos³, ao mesmo tempo que os concebe como elementos que o caracterizam como tal).

2.1.1. Declaração de Independência dos Estados Unidos – 1776

A revolução que deu lugar à independência dos Estados Unidos foi uma revolta contra a política colonial inglesa, que proibia o desenvolvimento de uma indústria e uma navegação comercial nacionais. Lutaram tanto pela liberdade política quanto pela implantação de um capitalismo não subjugado à metrópole. Tratava-se, simultaneamente, de limitar o poder da Inglaterra e de se tornarem independentes. Sob esse prisma, o poder das autoridades nacionais deveria estar limitado pela estrutura federal de poder⁴, em virtude de ser considerado o governo diferente do povo e dever aquele estar limitado e restringido para que o povo ficasse protegido do uso abusivo desse poder, assim como a minoria diante da maioria.

A liberdade individual era a liberdade que se deveria preservar, implicando no respeito por parte do poder da esfera privada do indivíduo na sociedade. Foi o processo de constitucionalização dos Direitos Fundamentais, com a incorporação dos direitos subjetivos à Constituição. Somente em virtude dessa incorporação, dito de outra forma, da constitucionalização, se verificam (para os adeptos do positivismo) os Direitos Fundamentais em sentido estrito, direitos que, na trajetória posterior do desenvolvimento constitucional, vão poder ser invocados e alegados num procedimento de constitucionalidade⁵.

2.1.2. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França – 1789

A revolução francesa adquiriu uma fama incomensuravelmente maior que a Americana. Tratava-se de instaurar um poder, instituindo-se regras protetoras de direitos subjetivos, da separação dos poderes, da formulação de princípios e definições da liberdade e da reserva legal. Somente o equilíbrio entre os poderes poderia impedir o despotismo que tinha causado tanto sofrimento ao povo francês. A mentalidade do humanismo, vinculada às posições ilustradas, realizou a crítica ao Direito Penal e Processual da Monarquia absolutista, propugnando profundas reformas para instituir uns direitos naturais, inalienáveis e sagrados, assim como garantias processuais, de cunho incompatível com a organização jurídica e política do Estado Absolutista.

A progressiva ascensão de uma classe social, a burguesia, que começava a deter o poder econômico por meio da propriedade da terra, da indústria e do controle do comércio, toleraria cada vez menos o absolutismo monárquico, assim como os obstáculos e limitações corporativas medievais⁶, o que a levou a promover a busca de justificações filosófico-político-sociais para limitá-lo. O Estado liberal foi evoluindo em diferentes âmbitos. No âmbito jurídico, cristalizou os direitos fundamentais, isto é, os direitos personalíssimos: a liberdade de consciência, de pensamento e de opinião, os direitos de participação política, de propriedade, de herança e as garantias processuais. O liberalismo, como filosofia política, cuja expressão era a democracia liberal, teve como finalidade, no aspecto sociofilosófico, proteger os direitos da personalidade humana e, no econômico, garantir a propriedade privada⁷, com seus inseparáveis complementos: a livre iniciativa e a herança. A economia capitalista liberal favoreceu a livre concorrência, com a ruptura das barreiras gremiais, abrindo a via para a liberdade do comércio e da indústria e adequando o

sistema econômico ao novo espírito burguês: o individualismo racionalista.

O liberalismo clássico dissociava o Estado da Sociedade. O Estado tinha como principal função vigiar e assegurar o transcorrer das relações individuais, por um modelo econômico apoiado no absentismo. A ordem jurídica deveria ser estabelecida de forma tal que permitisse e assegurasse o exercício das prerrogativas e dos direitos inalienáveis do cidadão, assim como também preservasse a coexistência pacífica e harmônica da comunidade, restringindo sua ação apenas na garantia da ordem, da paz e da segurança, sem interferência na esfera econômica, ou seja, a teoria do *laissez-faire, laissez-passer*⁸, como aplicação específica do liberalismo individualista ao fenômeno econômico. As primeiras positivações constitucionais dos direitos humanos, inspiradas nessa ideologia individualista, e sua conseqüente conversão em direitos públicos subjetivos, supuseram tão-só a auto-limitação Estatal, com a proteção de determinados espaços de interesses⁹.

A revolução francesa foi uma revolução burguesa¹⁰ e a Declaração de Direitos, a representação, mais ou menos dissimulada, dos interesses e aspirações do homem burguês como realidade histórica. Esses direitos não foram pensados para todos os homens, senão só para o cidadão, estritamente percebido como burguês. Tais direitos foram incluídos na noção do contrato social¹¹, que foi a noção legitimadora das instituições sociais. A concepção individualista da sociedade, do Direito e do Estado, na qual foram situados e desenvolvidos os direitos do homem, impregnou todas as manifestações do poder político percebidas como legítimas.

Com o triunfo da burguesia, houve a exaltação da liberdade. Predicava-se a liberdade absoluta, transportada às relações de trabalho como dogmas: o da autonomia da vontade e da igualdade dos contratantes. Essa postura desembocou numa política proibitiva: nada entre o indivíduo e o Esta-

do, já não teriam os “corpos intermediários”, conseqüentemente, não se declarou o direito de sindicalização¹²; pelo contrário, o proibiu no art. 3 da DDHC, *verbis*: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação. Nenhuma corporação nem indivíduo podem exercer autoridade que não emane expressamente daquela” (PACHECO GOMES, 1987, p. 50).

Posteriormente, em 1791, a Lei de Chappellier suprimiu as corporações e os clubes políticos que surgiram com a revolução e, em 1802, o Código Penal, no seu artigo 291, condicionava a associação de mais de vinte pessoas à autorização prévia do Governo “e com as condições que a autoridade pública deseja impor à sociedade” (PECESBARBA, 1986-87, p. 242). Começa a fase de repressão do movimento sindical.

2.2. Positivização internacional

As primeiras concepções da universalidade do trabalho surgem em conseqüência da revolução industrial (um fenômeno considerado universal), que afetou por igual as grandes massas de trabalhadores e exigia normas que extrapolassem o âmbito nacional. Essas noções, apesar de surgirem no século XIX, não chegaram a ser positivadas nesse século, não obstante terem avançado muito no caminho de alcançá-lo.

Surgiram, nos anos 20 e 30 do século XX, vários regimes totalitários¹³, os quais suprimiram totalmente os direitos e garantias constitucionais, sinalizando, desse modo, a necessidade de uma fundamentação mais estável e consistente da positivização nacional dos direitos humanos (cuja finalidade era proteger os cidadãos desses mesmos regimes totalitários)¹⁴. Soma-se a essa idéia a necessidade de matizar o conceito do positivismo jurídico que sanciona ser válida e de cumprimento obrigatório, independentemente do seu conteúdo, todo o Direito positivo e, em particular, toda norma jurídica emanada do Poder Estatal. Essa conjuntura doutrinária facilitou a institucionalização da ideologia nacional-socialista e de suas

conseqüências: as barbaridades perpetradas contra os direitos humanos pelo Terceiro Reich.

Depois da Segunda Guerra Mundial, o propósito de impedir, no futuro, a repetição dessa situação conduziu a um amplo consenso entre os Estados no sentido de ser a comunidade dos povos a responsável por velar pela proteção e garantia dos direitos humanos; para tanto deveriam ser garantidos aos indivíduos direitos que, sendo necessários, poderiam ser alegados em face de seu próprio Estado. Ademais, a proteção do indivíduo não deveria permanecer delegada ao Estado exclusivamente; a salvaguarda dos direitos humanos deveria ser atribuída coletivamente à comunidade dos povos¹⁵. Essa concepção foi inscrita entre os fins essenciais da Organização das Nações Unidas e cristalizada na Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH, de 1948, e se estende manifestando nos posteriores documentos internacionais.

A DUDH foi o primeiro texto jurídico internacional que articulou um catálogo de direitos humanos, os quais deveriam valer universalmente, por significar o mencionado consenso sobre os conteúdos éticos desses direitos, ainda que tenha havido percalços na sua aprovação¹⁶. Esse documento internacional converteu-se no protótipo ou arquétipo das constituições democráticas contemporâneas, isto é, uma vez materializados esses princípios nessa Declaração, os direitos humanos têm exercido uma influência considerável sobre o conteúdo das Constituições elaboradas com posterioridade, se bem que muitas vezes incorporados como normas programáticas¹⁷.

A Declaração Francesa definia uns direitos absolutos, ilimitados e individuais, o texto mencionava serem esses direitos tão-só restringidos razoavelmente pela lei e como limitadores do poder. Na Declaração Universal, houve uma ampliação dos valores protegidos pela norma, em virtude do especial momento histórico então vivenciado. Não foram consagrados só os direitos

de concepção liberal¹⁸ (artigos 1 a 21), foram também amparados direitos de cunho econômico-sociocultural: direito à Previdência Social (art. 22); direito ao trabalho, a salário igual pela realização de igual trabalho, a uma remuneração equitativa e satisfatória, a fundar sindicatos e à livre sindicalização (art. 23); direito a férias remuneradas (art. 24); direito à assistência médica (art. 25); direito à educação (art. 26); direito a usufruir livremente da vida cultural e a participar dos progressos científicos (art. 27).

A DUDH não possuía força jurídica para ser exigível, portanto foi prevista, na denominada segunda fase, a regulamentação dessa Declaração por um instrumento jurídico vinculante. Esse desiderato só foi parcialmente alcançado¹⁹ em 1966, com a aprovação de um tratado que desdobrava a Declaração em duas Convenções: uma recorria aos direitos civis e políticos (direitos subjetivos atribuídos diretamente ao indivíduo e exercitáveis em face do Estado) e a outra, aos direitos econômicos, sociais e culturais (que prescrevem compromissos estatais para um desenvolvimento nacional gradual com um objetivo determinado a ser alcançado).

Com a acolhida desses direitos (econômicos, sociais e culturais), nos documentos internacionais e nacionais o conceito de Estado Liberal de Direito sede espaço ao conceito de Estado Social de Direito, implicando recortes, limitações e intervenções no âmbito da propriedade privada. Trata-se da socialização da propriedade, o que constituiu a perda de seu significado de direito ilimitado, sobretudo se é cotejado com as exigências do bem comum e do interesse social. A propriedade passa a ter que cumprir uma função social²⁰.

Por outro lado, a evolução do Estado Liberal para o Estado Social de Direito determinou o progressivo abandono da categoria dos direitos públicos subjetivos²¹, em favor de uma concepção mais extensa de direitos fundamentais²². Foi a passagem a formas mais amplas de integração política, pela compreensão de que não se pode conseguir

metas econômico-sociais somente a partir de dentro da organização estatal. Surgem, então, as antinomias da transição da sociedade burguesa à sociedade do bem-estar²³.

3. *Internacionalização do Direito do Trabalho*

A internacionalização do Direito do Trabalho é um fenômeno relativamente recente, porque, ainda que a manifestação social “trabalho” tenha surgido simultaneamente com a própria humanidade, desenvolve-se em diferentes fases e só a finais do século XIX adquire essa característica. Esse processo nasce e se afirma pela conjunção de uma série de motivações muito diversas.

Na economia liberal, a atividade produtiva é regida por leis econômicas iguais à da natureza: as leis da oferta e demanda²⁴. De acordo com essa doutrina, as relações sociotrabalhistas devem atuar livremente e de acordo com o costume, sem a necessidade de qualquer intervenção por parte do Estado, pois, do contrário, poderia ser alterado seu funcionamento. Nela é predicada a liberdade absoluta, por conseguinte, a plena liberdade de contratação, sendo abrigados os dogmas da autonomia da vontade e da igualdade dos contratantes.

A sacralização de leis imutáveis da economia para regular a atividade produtiva propiciou uma exploração sistemática da classe trabalhadora, já que a igualdade em direitos²⁵ não suprimiu a desigualdade na realidade fática, era uma igualdade jurídica aparente. Essa sociedade, que constrói a si mesma em torno do princípio de igualdade, divide-se em governantes e governados, proprietários dos meios de produção e proprietários da mão-de-obra (os trabalhadores), homens e mulheres, isto é, em indivíduos diferentes²⁶.

Esse novo modelo de vida sócio-econômica traduz-se no estabelecimento de péssimas condições de trabalho (jornadas extenuantes e salários de fome), impostas pelos empresários a uma população trabalhado-

ra abundante e desunida, causando uma deterioração econômica de tal magnitude do proletariado que provocou, como consequência, um fenômeno de reação (medidas de defesa) frente a esse estado de coisas, aparecendo um incipiente associacionismo obreiro, a princípio de matiz revolucionário: rebelando-se contra os princípios liberais da sociedade burguesa, com a finalidade de reverter o regime, substituindo o sistema de trabalho assalariado por outro. Essa violenta reação por parte das organizações proletárias ameaçava a subsistência do método de produção capitalista como um todo, fato que influi poderosamente na mudança de postura do liberalismo clássico. A burguesia cede na intervenção Estatal para a manutenção do sistema como um todo²⁷.

Os Estados se viram coagidos pelas pressões das massas trabalhadoras e decidiram intervir. Aparecem as primeiras normas trabalhistas para regular essa relação jurídica, nos âmbitos em que ficou mais evidente a exploração do trabalhador; foi uma intervenção gradual e paulatina, que começava a limitar a autonomia da vontade dos empresários na fixação das condições e do conteúdo do contrato de trabalho.

A dureza dessas condições de trabalho, durante a revolução industrial, também motivou o surgimento de idéias sociais que primeiramente se concretizam na demanda de uma regulamentação internacional. Esse processo unificador dos direitos positivacionais²⁸ foi considerado como uma condição indispensável para a própria preservação da existência e do desenvolvimento das legislações nacionais.

O catastrófico resultado da Primeira Guerra Mundial nas economias nacionais, somado ao problema político que supunha a conquista do poder da classe trabalhadora, em 1917²⁹, (com a consequente coletivização da propriedade dos meios de produção e o desaparecimento das classes sociais), assim como a compreensão de que a concorrência internacional existente entre as empresas elevava os custos de produção

e as condições de trabalho de um país, pondo as empresas desse país em uma situação desvantajosa com respeito às demais dos outros países³⁰, provocam soluções do tipo supranacionais. Os governantes compreenderam que só se poderia obter o bem-estar interno de cada país, individualmente considerado, com a tranqüilidade e a paz tanto interna quanto externa de todos os países. Houve, portanto, internacionalmente, o reconhecimento de que a paz internacional e interna tem por fundamento e se sustenta no reconhecimento de uma equanimidade que deve presidir as relações de trabalho.

O movimento trabalhista internacional formou parte das negociações de paz³¹, pertencendo, dentro da Conferência de Paz, à Comissão de Legislação Internacional que redigiu o projeto de Constituição da OIT. O processo de internacionalização do Direito do Trabalho materializou-se no Tratado de Versalles. Em duas de suas partes, faz-se referência ao trabalho: no artigo 23, “a”³², da Parte I e nos artigos 387 a 427 da Parte XIII. Nessa última, cria-se a Organização Internacional do Trabalho.

A Constituição da OIT, no seu preâmbulo, estabeleceu os princípios gerais, cuja eficácia jurídica já era considerada vinculante a seus membros. Esses princípios foram, posteriormente, aprimorados pela Declaração de Filadélfia³³, adquirindo uma relevância especial tanto a liberdade sindical como o direito de negociação coletiva. Com a criação da ONU, em 1945, a OIT passa a ser, em 1946, um organismo especializado a ela vinculado e competente para empreender ações em conformidade com seu instrumento constitutivo, cuja finalidade era cumprir os objetivos e fins nele prescritos.

3.1. OIT e a Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho

O preâmbulo da Constituição da OIT, de 1919, já enunciava ser a consolidação do princípio de liberdade sindical um dos meios idôneos para a melhoria das condições de trabalho e para assegurar a paz mundi-

al. A Declaração de Filadélfia novamente proclamou ser essencial a liberdade sindical para que haja um constante progresso da liberdade de expressão e de associação, fixando ainda “a obrigação solene da Organização Internacional do Trabalho de fomentar, entre todas as nações do mundo, programas que permitam (...) conseguir o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva”³⁴ e especificando ser esse princípio plenamente aplicável a todos os povos, não obstante a adoção do primeiro convênio regulando a liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização dar-se tão-só em 1948³⁵. Infere-se dessas manifestações revestir a liberdade sindical de uma importância primordial para esse Órgão.

Desde cinquenta anos atrás, os Estados Membros da OIT convencionaram constituir o respeito à liberdade sindical uma obrigação implícita a cada Estado Membro em virtude da sua afiliação a esse órgão e que a falta de ratificação desses convênios por qualquer um deles não o eximiria do acatamento dos princípios que inspiram a OIT, na medida em que esses princípios estejam formulados na própria Constituição. A aceitação dessa Constituição, requisito formal de afiliação, é considerada o fundamento jurídico dessa obrigação e a submissão a esses princípios deriva-se desse ato voluntário de adesão.

Depois de tentar adotar, sem muito êxito, diversas proposições³⁶ com a finalidade de conceder maior efetividade na adoção e na aplicação dos princípios do direito de sindicalização e de negociação coletiva pelos seus membros, a OIT, no 50º aniversário da adoção do Convênio nº 87, realizou uma reflexão sobre o fato de esse Convênio não ter sido ratificado por países que, tomados em seu conjunto, compreendiam em torno da metade dos trabalhadores e empregadores do mundo (Brasil, China, Estados Unidos e Índia); em razão desse percentual e em se tratando de convênios tão importantes, o nível de ratificações foi considerado relativamente baixo³⁷.

À parte do já manifestado, a OIT, preocupada com o impacto das profundas transformações experimentadas pelo mundo do trabalho, em virtude das conseqüências do fenômeno da globalização³⁸ (cuja dinâmica de competitividade implica que as condições do Estado, onde prevaleça custos mais baixos de produção, determinam as condições de produção dos demais Estados), que impuseram um descenso nas condições de vida e trabalho³⁹ de um número cada vez maior de pessoas⁴⁰, permitindo a previsão de uma futura conjuntura de tensões e conflitos sociais, portanto, com o fito de promover, uma vez mais, a justiça social, teria que explicitar um mínimo abaixo do qual não se deveria permitir a qualquer Estado do mundo manter as condições de seus trabalhadores. Logo, o Conselho de Administração da oficina decidiu dever considerar-se fundamentais oito convênios⁴¹ para o direito de quem trabalha, os quais deveriam ser ratificados e aplicados por todos seus Estados Membros.

A Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho *recorda* a seus membros que, ao se incorporarem livremente à OIT, todos eles

“aceitaram os princípios e direitos enunciados em sua Constituição e na Declaração de Filadélfia, assim como se comprometeram a esforçar por conseguir os objetivos gerais da Organização em todas as medidas de suas possibilidades e atendendo a suas condições específicas”

e “que esses princípios e direitos têm sido expressados e desenvolvidos em forma de direitos e obrigações específicas em convênios reconhecidos como fundamentais dentro e fora da Organização”. Portanto,

“declara que todos os Membros, ainda quando não tenham ratificado os aludidos convênios, têm um compromisso que se deriva do mero fato de pertencer à organização, de respeitar, promover e fazer valer, de boa-fé e conforme prescreve a Constituição, os princípios relativos aos direitos fun-

damentais que são objetos desses convênios⁴².

3.2. Efetividade e controle da aplicação dos direitos fundamentais no trabalho

Existem múltiplos problemas práticos e teóricos⁴³ quando se aborda o assunto relativo à eficácia dos direitos fundamentais no trabalho. Este tópico se ocupará de deslindar a fragilidade dos instrumentos e técnicas jurídicas de proteção internacional desses princípios e direitos considerados fundamentais pela OIT.

A temática da efetividade das normas internacionais está intimamente interligada ao marco jurídico regulador de sua transposição ao direito interno, assim como com o fato de tratar-se de uma decisão soberana dos Estados e não do órgão internacional que as emitiu, isto é, as normas da OIT não são dotadas de plenitude, estão privadas de auto-suficiência e de auto-executoriedade. A dependência do direito internacional a respeito das soberanias expressa o relativismo e a imperatividade condicionada⁴⁴ dessas normas.

Os Estados não estão obrigados a ratificar um convênio. A ratificação⁴⁵ constitui um ato livre e não vinculado à sua participação nas votações prévias do órgão internacional. Essa norma só surtirá *efeitos* no direito interno quando forem cumpridos todos os trâmites regulados pelo ordenamento jurídico nacional para a ratificação e a sua devida publicação oficial; em consequência desse sistema e do exposto no parágrafo anterior, a efetividade dos convênios fica muito reduzida⁴⁶ e manejável pelo Estado.

A Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho não instituiu qualquer sistema novo de controle⁴⁷. Para que essa Declaração fosse plenamente eficaz, foi institucionalizado um instrumento de seguimento, cujo objetivo geral seria meramente promocional dos aludidos princípios e direitos, não podendo “substituir os mecanismos de controle estabelecidos nem obstaculizar seu funcionamento”, e deveria

“contribuir na identificação dos âmbitos, nos quais a assistência da Organização, através de suas atividades de cooperação técnica, poderia resultar útil a seus Membros com a finalidade de ajudá-los a tornar efetivos esses princípios e direitos fundamentais”⁴⁸.

O controle da aplicação dos Convênios Fundamentais realizar-se-á por dois mecanismos: pelo seguimento anual⁴⁹ relativo aos convênios não ratificados e pelo relatório global⁵⁰.

Os Estados Membros, em obediência aos artigos 5, 6, 7 e 19 da Constituição da OIT, devem submeter uma memória ou relatório sobre os convênios não ratificados, indicando a situação de sua legislação, precisando ademais em que medida poderá o convênio ser aplicado e a sua intenção em fazê-lo, bem como as dificuldades que impedem sua ratificação.

A inadimplência dos governos em cumprir com as obrigações de enviar essas memórias esboça um sério problema: o de depender o bom funcionamento do sistema de controle dessas remessas dentro do prazo, e de as repetidas solicitações da Comissão de Aplicação de Normas para o adimplemento dessa obrigação por parte dos Governos somente serem atendidas em um percentual muito baixo⁵¹, considerando-se serem esses convênios fundamentais. Por outro lado, quando oferecidas, com relativa frequência, contêm informações superficiais, particularmente no relativo a sua aplicação prática, ou, em muitos casos, com conteúdo bastante incompleto ou propenso a limitar-se a declarações de caráter puramente formal, o que não permite uma avaliação acerca do devido respeito do convênio em questão⁵².

Outro aspecto que merece ser destacado é serem os motivos invocados por alguns governos para a não ratificação desses convênios apenas uma máscara para ocultar a ausência de vontade política, demonstrando, de forma nítida, a falta de colaboração desses Governos a esse respeito. Os motivos invocados são normalmente: a incompati-

bilidade com a legislação nacional; a situação econômica ou política, ou ainda sua pretensa rigidez legislativa⁵³.

Não existem, na Constituição da OIT, mecanismos de punição ou de expulsão de Membros que sistematicamente não ratificam os convênios⁵⁴ e, quando o fazem, não o cumprem ou cumprem de forma incompleta, assim como para os que não cumprem⁵⁵ suas obrigações com a OIT, isso para não mencionar a total falta da obrigação de ratificar esses convênios. Não basta só a consagração dos direitos fundamentais: torna-se necessário levar a cabo um sistema de ação que os faça realmente efetivos.

4. Aspectos doutrinários sobre a inserção das normas internacionais nos ordenamentos nacionais

Com o processo de integração do Direito Internacional Público ao ordenamento jurídico interno dos Estados, ao término da Primeira Guerra Mundial, começam a ser construídas as doutrinas sobre as relações entre este e aquele: a dualista; a monista com primazia do Direito interno e a monista com primazia do Direito Internacional.

Segundo a doutrina dualista⁵⁶, o Direito Internacional e o interno constituem duas ordens separadas⁵⁷, devendo os convênios ratificados serem objeto de um ato formal por parte do legislador para os fins de sua incorporação no direito positivo do país. Trata-se da adoção de outras normas, distintas da ratificação, que convertem as cláusulas do convênio em legislação nacional, sancionando-se um novo texto em harmonia com indigitadas disposições, modificando leis em vigor ou derogando artigos ou regimes contrários ao instrumento ratificado.

A doutrina monista ensina não existir separação entre a ordem jurídica internacional e a interna, mas, sim, uma interconexão (fundamentada na unidade dessas duas ordens jurídicas, formando esse conjunto parte de um mesmo ordenamento), de modo que os tratados ratificados se incorporam

automaticamente à legislação vigente de cada país. Essa corrente se subdivide, nos casos de conflito de normas, em dois posicionamentos diferentes: um defende o primado do Direito interno e o outro, a prevalência do Direito Internacional.

O monismo com primazia do Direito interno alega ser a construção jurídica interna a irradiação de sua soberania, como um ato independente, e, ademais, ser a manifestação dessa soberania. Desse modo, não poderia estar sujeita a um sistema normativo não emanado de sua própria vontade⁵⁸, cuja emanção foi configurada pela vontade de seus cidadãos. Já o monismo com prioridade do Direito Internacional⁵⁹ argumenta preponderar, nos casos de conflito, o Direito Internacional, sem que haja ruptura da unidade do sistema jurídico⁶⁰; portanto, os tratados situar-se-iam no vértice do ordenamento jurídico, com hierarquia superior à das leis ordinárias. Essa é a doutrina seguida pela maioria dos internacionalistas.

Encontrando-se incorporada a Norma Internacional na ordem jurídica interna, a eficácia que terá dependerá (ainda que não de forma exclusiva) de qual seja a posição ocupada por ela no escalonamento hierárquico do sistema nacional; em consequência da posição assumida nessa hierarquia, outro ponto transcendental seria qual a maneira de solucionar os conflitos entre esses dois sistemas jurídicos.

O §2º do artigo 5º da CF, de 1988, é o único que regula os tratados e a proteção dos direitos humanos, *verbis*:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Da exegese desse parágrafo pode-se deduzir não ter essa Constituição disciplinado expressamente as relações entre o Direito Internacional Público e o Direito interno. Com o vazio deixado pela norma constitucional, a jurisprudência e a doutrina é que

têm estabelecido o princípio de ser o Direito Internacional parte do Direito interno, não obstante ser a doutrina majoritariamente favorável ao monismo, com primazia do Direito Internacional, ao contrário dos Tribunais, que conferem maior eficácia à norma editada posteriormente, conferindo ao tratado categoria equivalente à conferida à lei ordinária.

A integração do ordenamento internacional ao Direito interno, seja dos tratados internacionais ou das normas da OIT, deve ser efetuada sem menosprezar o respeito aos direitos e liberdades fundamentais e acatando os princípios nos quais está fulcrado o Estado Democrático de Direito, sem embargo seja mais difícil na práxis a transferência de princípios e instituições que afetam diretamente as relações de poder entre as forças sócio-político-econômicas, como é o caso do Direito Coletivo do Trabalho e principalmente no tocante à liberdade sindical.

É interessante notar dispor a Constituição Brasileira, no inciso II do artigo 4º (localizado topograficamente no título I, dos Princípios Fundamentais, título que condiciona a interpretação da parte orgânica da Constituição), que as suas relações internacionais serão regidas pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Sustentar afetar o respeito integral dos direitos humanos e dos princípios do Estado Democrático tão-só à esfera externa das relações de Estado seria separar radicalmente a atuação *ad intra* e *ad extra* do mesmo; embora seja uma atitude adotada com frequência pelos Estados, estabelece uma dissociação de difícil justificação, indo contra a unidade essencial do Direito e do ordenamento jurídico encarado como um todo, e uma total dicotomia entre os meios usados nas políticas exterior e interna.

4.1. Normas da OIT sobre a liberdade sindical e de associação e o reconhecimento efetivo do direito a negociação coletiva

A OIT editou três convênios e duas recomendações relacionadas ao tema deste trabalho: o Convênio nº 87, sobre a liberdade sindical e a proteção ao direito de sindicali-

zação, de 1948; o Convênio nº 98, sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, de 1949; o Convênio nº 154, sobre a negociação coletiva, de 1981; a Recomendação nº 91, sobre os contratos coletivos, de 1951, e a Recomendação nº 92, sobre a conciliação e a arbitragem voluntárias, de 1951.

4.1.1. Inserção na legislação brasileira

O Brasil não ratificou o Convênio nº 87, sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização, não obstante tenha ratificado tanto o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos sem nenhuma reserva⁶¹, e isso acarretou a ratificação indireta do Convênio nº 87 da OIT, isto é, a obrigatoriedade de observância do conteúdo desse convênio.

Ambos Pactos fazem expressa referência ao aludido convênio: o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais regula a liberdade sindical no artigo 8.1.a⁶² e, no número 2, aduz que

“nada do disposto neste artigo autorizará os Estados Partes do Convênio da Organização Internacional do Trabalho, de 1948, relativo à liberdade sindical e à proteção do direito de sindicalização, a adotar medidas legislativas que menosprezem as garantias previstas em mencionado Convênio ou a aplicar a lei de forma que menospreze essas garantias”⁶³.

Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no número 3 do artigo 22.1⁶⁴, estabelece que

“nenhuma disposição desse artigo autoriza os Estados Partes no Convênio da Organização Internacional do Trabalho, de 1948, relativo à liberdade sindical e à proteção do direito de sindicalização, a adotar medidas legislativas que possam menosprezar as garantias nele previstas nem a aplicar a lei de tal maneira que possa menosprezar essas garantias” (PACHECO GOMES, 1987, p. 160).

Portanto, mesmo que não tenha havido uma expressa ratificação do Convênio nº 87 da OIT pela legislação brasileira, houve, por meio desses documentos internacionais, repita-se, ratificados sem nenhuma reserva, a obrigação do ordenamento jurídico brasileiro de respeitar o conteúdo do mesmo. Essa interpretação tem por fundamento a peculiar organização⁶⁵ e métodos adotados pela OIT para aprovar um convênio⁶⁶. Todos os Estados Membros dessa Instituição Internacional participam de todo o processo de elaboração⁶⁷ de um convênio ou recomendação, assim como cada delegado tem direito de voto⁶⁸ na Conferência Geral, portanto os Estados podem perfeitamente ser considerados como Estado Parte dos convênios aprovados nessas conferências.

De outra parte, o Brasil ratificou tanto o Convênio nº 98⁶⁹ como o Convênio nº 154⁷⁰ da OIT.

4. 2. *Tratados internacionais*

Uma parte importante dos tratados sobre os direitos humanos tem conteúdo laboral. Insta ressaltar, aparte do já dito, que a Conferência Internacional do Trabalho, em sua trigésima reunião, adotou por unanimidade os princípios embaixadores da regulamentação internacional e que a Assembleia-Geral das Nações Unidas, no seu segundo período de sessões, fez seus esses princípios.

A Carta Internacional Americana de Garantias Sociais ou Declaração dos Direitos Sociais do Trabalhador, de 1947, no Rio de Janeiro, formula expressamente os direitos de associação e de greve⁷¹.

No apartado 4 do artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948, foi assegurado expressamente o direito à liberdade sindical nos seguintes termos: “toda pessoa tem direito a fundar sindicato e a sindicalizar-se para a defesa de seus interesses”⁷².

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá, em 1948, em seu artigo XXII, prevê que

“toda pessoa tem o direito de associar-se com outras para promover, exercer e proteger seus legítimos interesses de ordem política, econômica, religiosa, social, cultural, profissional, sindical ou de qualquer outra ordem”⁷³.

Por sua vez o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em 16 de dezembro de 1966, prescreve o direito de sindicalização⁷⁴.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado em 16 de dezembro de 1966, convencionou, no artigo 2.2, que

“Cada Estado Parte compromete-se a adotar, ajustando seus procedimentos constitucionais e suas disposições legislativas a este Pacto, as medidas oportunas para ditar as disposições legislativas ou de outro caráter que forem necessárias para tornar efetivos os direitos reconhecidos nesse Pacto e que não estejam já garantidos por disposições legislativas ou de outro caráter”

e, no artigo 22, assegura o direito de sindicalização⁷⁵.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, mais conhecida por “Pacto de São José da Costa Rica”, aprovada em 22 de novembro de 1969, na parte I, sobre os deveres dos Estados e direitos protegidos, no artigo 1º, determina que

“os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir o seu pleno e livre exercício a todas as pessoas que estejam sujeitas à sua jurisdição, sem nenhuma discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, pelo nascimento ou qualquer outra condição social”.

No artigo 16⁷⁶, protege a liberdade de associação. O artigo 29 estabelece que

“Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...) b) limitar o gozo e exer-

cício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecido conforme as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um de mencionados Estados”,

e na letra d), “excluir ou limitar o efeito que possa produzir a Declaração Americana de direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

4.2.1. *Inserção no ordenamento interno*

O Brasil ratificou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁷⁷ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, “Pacto de São José da Costa Rica”⁷⁸.

No artigo 2.2. da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, os Estados comprometem-se a adotar as medidas necessárias para editar as disposições legislativas ou de outro tipo, seja na normativa constitucional ou infraconstitucional, para tornar efetivos os direitos reconhecidos nos preceitos da Convenção e que ainda não estejam garantidos pelo ordenamento jurídico nacional⁷⁹. Pelo simples fato de transformar o conteúdo regulado por esse Pacto em direito interno, por um ato legislativo, o Estado já implicitamente assumia o compromisso de adequar as normas concernentes ao Pacto; o artigo 2.2 é uma obrigação adicional. É a assunção expressa dessa obrigação. Assim como se compromete, no âmbito de sua jurisdição, a eliminar todos os obstáculos que se opõem à aplicação da convenção. Vale mencionar, por oportuno, que o art. 28⁸⁰ da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) preleciona ter direito toda pessoa a que seja estabelecida uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades proclamados na Declaração Universal se façam plenamente efetivos.

Nada obstante, a ratificação de um tratado internacional, na esfera internacional, e especialmente tratando-se dos direitos econômicos, sociais e culturais,

“não implica para o Estado ratificante a obrigação de aplicar suas disposições, mas, sim, simplesmente a de adaptar progressivamente sua estrutura social às exigências do tratado, cujo cumprimento tenha que importar significativas transformações sociais”⁸¹.

Essa concepção doutrinária conduz a uma ineficácia desses tratados mesmo quando sejam ratificados pelos países.

O propósito das Partes contratantes de um Pacto ou uma convenção sobre direitos humanos é salvaguardar um regime jurídico e político dos cidadãos de um Estado; está orientado para reconhecer e garantir o livre e pleno exercício dos direitos e liberdades das pessoas que estejam sujeitas à sua jurisdição e não tem por objetivo a concessão de direitos e obrigações recíprocas aos Estados, com o fim de levar a efeito seus interesses nacionais.

Essa também é a interpretação perfilhada pela Corte Americana de Direitos Humanos, manifestada em virtude de uma consulta sobre a entrada em vigor da Convenção Americana, em 24 de setembro de 1982, que aduz:

“os tratados modernos sobre direitos humanos, em geral, e em particular, a Convenção Americana, não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Seu objetivo e fim são a proteção dos direitos fundamentais, tanto frente a seu próprio Estado, como frente aos outros contratantes. Ao aprovar esses tratados sobre direitos humanos, os Estados submetem-se a uma ordem legal dentro da qual eles, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não estabelecidas com outros Estados, mas, sim, em relação aos indivíduos sob sua jurisdição,”⁸²

o que na práxis não se reverte em um sistema efetivo de direitos dos cidadãos.

5. Conclusão

O direito diversifica-se a cada momento histórico e conforme a evolução da sociedade em que está incrustado. O contexto socio-político-econômico-cultural serve de catalisador para a inclusão dos traços específicos de cada sociedade no direito positivo e o reconhecimento, em cada momento histórico, dos interesses, objetivos, valores e desejos (das necessidades) dessa sociedade.

A proclamação dos denominados “direitos de liberdade” coincidiu com o desenvolvimento do Estado Liberal; posteriormente foram cristalizados nos documentos jurídico-internacionais, cujo arquétipo tem exercido uma considerável influência sobre o conteúdo das Constituições elaboradas *a posteriori*. A declaração dos direitos sócio-econômicos coincide com a aparição do Estado Social e a progressiva democratização daquele modelo (corresponde à afirmação e reconhecimento dos direitos de participação política e de associação).

Um percentual dos Estados Membros não tem a adequada estrutura para a tutela dos direitos sociais garantidos nos Pactos e Declarações Internacionais (não dispõem das condições necessárias para a realização de seu exercício), embora os tenha ratificado. A proclamação dos direitos fundamentais fica reduzida, nesses países, a um termo vazio, em razão do insuficiente desenvolvimento sócio-econômico e da ausência das reformas legislativas necessárias para a sua efetividade.

A OIT trata de paliar as divergências entre as legislações nacionais e as disposições dos convênios fundamentais, mediante um dispositivo promocional, por meio dos serviços dos especialistas do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho e a correspondente assistência técnica aos governos e aos sindicatos de empregadores e empregados. Não existem, na Constituição da OIT, mecanismos de punição ou de expulsão de Membros que sistematicamente não ratificam os convênios e, quando o

fazem, não o cumprem ou cumprem de forma incompleta, assim como para os que não cumprem suas obrigações com a OIT. Por outro lado, frisa-se a total falta de obrigatoriedade de ratificar esses convênios. Não basta só a consagração dos direitos fundamentais, torna-se necessário levar a cabo um sistema de ação que os faça realmente efetivos.

A determinação de se um Estado adota a doutrina dualista ou, pelo contrário, a monista não é uma questão regulada pelo Direito Internacional Público, senão é o resultado de uma opção levada a efeito pelo Direito Constitucional de cada Estado. Tampouco a opção de qual norma deve prevalecer nos casos de conflitos entre as regras de Direito Internacional e as de Direito interno é regida pelo Direito Internacional, mas, sim, depende do Direito Constitucional de cada país. Isso, agregado à falta de mecanismos que obriguem os Estados a respeitarem os convênios fundamentais da OIT, faz com que as normas trabalhistas percam muito em eficácia.

No Brasil, a Carta Magna não disciplinou as relações entre o Direito Internacional Público e o Direito interno, labor realizado pela doutrina e pela jurisprudência. A doutrina é majoritariamente favorável ao monismo com primazia do Direito Internacional, e os Tribunais conferem maior eficácia à norma posterior, igualando os tratados das leis ordinárias nacionais. Alguns poucos autores vêm entendendo que os Tratados Internacionais sobre os Direitos Humanos têm hierarquia constitucional por força do artigo 5º, §2º, da Carta de 1988. Tendo *status* constitucional, esses tratados preponderariam sobre as normas infraconstitucionais e, nos casos de conflito com a própria Constituição, deveria prevalecer a norma mais favorável.

Nesta fase de reformas Constitucionais ainda pendentes, o Legislativo brasileiro tem outra oportunidade para realizar significativas alterações na regulação da autonomia coletiva e estabelecer uma ordem político-constitucional que permita a adoção de um

efetivo funcionamento da autonomia coletiva da vontade.

As Declarações de Direitos Internacionais fizeram do direito à livre sindicalização uma das senhas de identidade dos Estados Democráticos de Direito. As disposições, todavia, em vigor no Brasil constituem um empecilho ao exercício do direito de liberdade sindical e a tudo que esse direito agrega. O Poder Executivo e o Legislativo devem adotar posições político-legislativas com a finalidade de conferir efetividade aos convênios fundamentais e aos tratados ratificados pelo Congresso Nacional, para reconhecer o direito, em sua totalidade, de liberdade sindical e de associação e do reconhecimento a um efetivo direito à negociação coletiva como direitos fundamentais no trabalho, já que foram devidamente ratificados pelo Congresso Nacional.

Abreviaturas mais utilizadas

AA.VV. – Autores vários; ADH – Anuario de Derechos Humanos; AFD – Anuario de Filosofía del Derecho; BSBDI – Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional; DDHC – Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão; DL – Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas; DOXA – Cuaderno de Filosofía del Derecho; DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos; OIT – Organização Internacional do Trabalho; PEC – Proposta de Emenda Constitucional; RBEP – Revista Brasileira de Estudos Políticos; REDC – Revista Española de Derecho Constitucional; REP – Revista de Estudios Políticos; RFD – Revista da Faculdade de Direito; RIT – Revista Internacional del Trabajo.

Notas

¹ “Teses cujo antecedente remoto cabe situar na sofisticada e que alcança ampla difusão no século XVIII, sustentará que as normas jurídicas e as instituições políticas não podem conceber-se como o produto do arbítrio dos governantes, senão como o resultado do consenso ou vontade popular”. (PÉREZ LUÑO, 1998, p. 96).

² O segundo fundamento da liberdade civil no Estado moderno é a constituição representativa, de

cujas funções do Poder Estatal: Legislativo, Executivo e Judicial, estão encarregados os órgãos estatais diferentes e independentes.

³ “Para o Estado Nacional, isso significa, como declarou Rousseau, que os súditos não somente são objeto do poder estatal, senão que têm também uma participação no mesmo, como sujeitos jurídicos, isto é, que não são meramente *sujets*, senão também cidadãos”. (HINTZE, 1968, p. 311).

⁴ A Carta Magna Americana retirou certas matérias, tais como a liberdade de culto e imprensa, da competência federal e atribuiu aos Estados Federados o direito exclusivo de legislar sobre essas matérias.

⁵ Alexander Hamilton, Jon Jay e Madison escreveram uma série de artigos antes da realização da Convenção da Filadélfia, que antecedeu à Constituição Americana de 1787, os quais foram posteriormente compilados em uma obra chamada “The Federalist” (Os Federalistas), origem de toda a teoria constitucional que resultou na criação do regime presidencialista do sistema de governo dos Estados Unidos. Essa obra é considerada o primeiro Tratado de Direito Constitucional, sendo dividida em números. O Federalista nº LXXVIII, escrito por Alexander Hamilton, trata especificamente do Poder Judiciário e do *judicial review*, expressão adotada, originariamente, como revisão constitucional, para designar o controle de constitucionalidade. Remilton, na obra *sus* mencionada, procurou enfatizar que o Poder Judiciário deveria ser, na verdade, o guardião da Constituição na ordem civil, por ser, como ensinado em obras anteriores, o *less dangerous*, ou seja, o menos perigoso dos Poderes, já que o Judiciário, como dizem os Federalistas, não detém a bolsa (significando o controle das finanças públicas) nem a espada (significando o próprio exercício da administração pública). Nesse sentido, então, também não sendo um Poder eleito, teria melhores condições de ser o guardião da ordem jurídica e da própria Constituição, porque não estaria vinculado às facções momentâneas, vinculadas a um mandato eletivo temporário. Por outro lado, a origem do controle de constitucionalidade surgiu em uma decisão histórica da Corte Suprema dos Estados Unidos, em 1803, no famoso caso *Marbury versus Madison*.

⁶ O grêmio medieval enquadrava o indivíduo em uma corporação fechada e ninguém que não pertencesse ao respectivo grêmio poderia exercer esse ofício. Tinham rígidas regras para produzir seus artigos, fixar preços e determinar seus centros de vendas. Por outro lado, possuíam o monopólio da compra de matérias-primas, assim como poder para limitar o número de unidades manufaturadas, limitando, dessa maneira, a livre concorrência. As regulamentações corporativas impediam os

movimentos de capitais e sua inversão nas atividades de produção.

⁷ Pérez-Luño (1979, p. 25) destaca que “desde uma ótica marxista têm-se afirmado que a teoria dos direitos subjetivos não é outra coisa mais que uma construção do pensamento jurídico burguês, para, ao amparo de sua vinculação com a teoria dos direitos humanos, situar em nível jurídico positivo o livre gozo da propriedade privada fora e a salvo das ingerências do ordenamento legal”.

⁸ “O fisiocrata francês Gournay (1712-1759) formula a célebre frase: *laissez faire, laissez passer* (deixar fazer, deixar passar). Deixar fazer: cancelar as limitações do intervencionismo e abrir o campo à iniciativa individual; deixar passar: abrir os portos das nações, suprimindo as barreiras aduaneiras, de modo que se estimule e ative a circulação da riqueza, faz-se presente o liberalismo econômico ou teoria da livre concorrência, reguladora da produção e dos preços, e no livre jogo das ‘leis naturais’ ou do mercado”. (MONTENEGRO, 1976, p. 31-32).

⁹ Esses direitos subjetivos públicos transformaram-se, posteriormente, nos denominados direitos civis e políticos.

¹⁰ “Agora, na França, tanto nas cidades como no campo, a burguesia é dona e senhora da nação. É a única que tem sido beneficiada pela Revolução. (...) sua filosofia social: Todos os cidadãos são iguais em direitos, mas não em faculdades, em talentos e em meios. A Natureza não quis assim. É impossível, pois, que todos pretendam conseguir os mesmos ingressos monetários”. (JACCARD, 1971, p. 263). Para Pablo Lucas Verdú (1958, p. 59), “o estado liberal se caracteriza porque pretende manter uma estrutura social baseada em uma estratificação rígida na qual a passagem de uma classe social inferior a outra superior é difícil porque não existe suficiente número de oportunidades para fazê-lo, dado estar a organização econômica sustentada com base em só prosperar quem possui mais capacidade aquisitiva e estes são sempre membros das classes sociais acomodadas. Não pode haver uma dinâmica social integradora em tal sociedade; para isso é mister o aumento de oportunidade mediante uma política econômica e social de grande amplitude”.

¹¹ Rousseau, que já havia empregado o termo “cidadão” na sua obra o *Contrato Social*, explicita surgirem os direitos das relações sociais e só na “cidade”, empregada na acepção liberal, tem sentido falar de direitos do homem, e só na cidade, por esse autor denominada “de justa”, os direitos nascem da simples condição de o homem de ser cidadão.

¹² Tampouco foi reconhecido o direito ao trabalho.

¹³ Nazismo na Alemanha, Fascismo na Itália, Estado Novo no Brasil, Franquismo na Espanha.

¹⁴ Cf. BULYGIN, 1987, p. 80.

¹⁵ Cf. SOMMERMANN, 1996, p. 99. Merece também ser mencionada a posição de Peces-Barba (1986-1987, p. 253) manifestada no artigo: “*Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales*”: “Pelo processo da internacionalização toma-se consciência da insuficiência duma proteção em nível estatal, que sempre pode encontrar seu limite na razão de Estado. A soberania é um obstáculo para a organização e para a proteção dos direitos humanos e tem que superar as fronteiras nacionais para vencê-los”.

¹⁶ Os trabalhos preparatórios, que tinham a finalidade de elaborar um esboço da Declaração, foram realizados por uma comissão composta por: Austrália, Chile, China, França, Líbano, União Soviética, Grã Bretanha e Estados Unidos. Pode-se notar uma maior representação dos países de cultura ocidental, o que ocasionou oito abstenções na aprovação dessa Declaração na Assembléia Geral da ONU: Arábia Saudita, África do Sul, União Soviética, Bielo-Rússia, Polônia, Ucrânia, Iugoslávia e Checoslováquia.

¹⁷ A título de exemplo: CF – “art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

¹⁸ Baseados nas doutrinas utilitaristas e individualistas.

¹⁹ Não se conseguiu que essas Declarações fossem vinculantes por si mesmas.

²⁰ O direito de propriedade, na teoria dos direitos, tem sido entendido explicitamente limitado, afirmando-se que a propriedade implica obrigações, bem como o dever de ser utilizada e usufruída a serviço do interesse geral, o que dista muito do conceito de propriedade como direito “inviolável e sagrado” enunciado e sacralizado no artigo 17 da Declaração Francesa, de 1789, e depois reiterado nos Códigos Civis do século XIX.

²¹ As garantias individuais baseadas nessa concepção derivam-se da concepção institucional do direito.

²² De acordo com essa concepção, não se pode considerar os direitos econômicos e sociais menos fundamentais que os direitos civis e políticos.

²³ Cf. VESES PUIG, 1983, p. 285.

²⁴ As leis naturais constituem o núcleo dessa teoria. Os fisiocratas alegam que o fenômeno econômico é um fenômeno natural, sendo portanto lógico deixar que atue por si mesmo como as leis “naturais”, sem a intervenção do Estado.

²⁵ Na Declaração Francesa, o que realmente concedia ou declarava não correspondia exatamente às aspirações populares, mas sim às posições liberais da burguesia. Cf. RODRIGUEZ PANIAGUA, 1987, p. 65.

²⁶ Cf. RUBIO, 1995, p. 262.

²⁷ Essa postura é adotada em razão do temor, de um senso de defesa e do desejo de evitar males maiores, evitar o que não devia passar de reivindicações de classe no âmbito social e transformar-se em verdadeiras revoluções fundamentadas em motivações políticas de matiz reivindicativo. Isso foi o que impulsionou os Estados a adotarem medidas mais justas para os trabalhadores, dando, em parte, satisfação a suas demandas, criaria a barreira que deteria o avanço do qual tanto temiam: a derrogação do sistema. Cf. JACCARD, 1971, p. 266; PALOMEQUE LOPÉZ, 2001.

²⁸ O prof. Palomeque Lopéz (2000, p. 293) alega que “(...) na base deste processo encontrava-se, certamente, uma noção chave: a própria internacionalização dos pressupostos sócio-econômicos da prestação do trabalho por conta alheia, cujo núcleo de interesse não ficava enquadrado nas esferas particulares de lugar e tempo”.

²⁹ A posição adotada pelo socialismo, as ações reivindicatórias do proletariado organizado.

³⁰ A internacionalização do Direito do Trabalho apareceu como um meio de igualar as cargas da concorrência internacional, desse modo, os próprios empresários, em benefício próprio, convertem-se em defensores e patronos da uniformidade em nível internacional do Direito Trabalho.

³¹ Com a finalidade de garantir que os direitos trabalhistas fossem assegurados internacionalmente.

³² Nesse artigo, havia somente “uma recomendação genérica aos membros da Sociedade das Nações para que se esforçassem em assegurar e manter condições de trabalho eqüitativas e humanas para o homem, a mulher e a criança em seus próprios territórios, assim como em todos os países aos quais se estendam suas relações de comércio e indústria, e com esse fim estabelecer e sustentar as necessárias organizações”. (ALONSO GARCÍA, 1985, p. 135).

³³ Adotada em 10 de maio, na vigésima-sexta reunião da Conferência Geral.

³⁴ Por ser essa uma forma autônoma e democrática de solução de conflitos. Os documentos da OIT, uma vez publicados, poderão ser consultados também em sua página de Internet: www.ilo.org.

³⁵ Convênio nº 87, sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização, de 1948; Convênio nº 98, sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, de 1949; Convênio nº 154, sobre a negociação coletiva, de 1981.

³⁶ Na Conferência Internacional do Trabalho, de 1997, o diretor-geral submete a exame uma proposta com a finalidade de que fosse concedida uma “etiqueta social” aos países que respeitem integralmente os direitos e princípios fundamentais no trabalho e estejam dispostos a submeterem-se a inspeções internacionais autônomas e fiáveis, embora essa proposta não tenha sido aceita. Por outro lado, na criação da Organização Mundial de Comércio – OMC, em 1994, tentou-se incluir uma “cláusula social” ao sistema de comércio mundial, exigindo-se dos países o respeito a umas normas mínimas, posteriormente fixadas, sob pena de sanções àquelas que as desrespeitassem; esse desiderato também não foi alcançado.

³⁷ Cf. Relatório da Comissão de Aplicação das Normas da OIT, 86ª Reunião, Genebra, junho de 1998.

³⁸ Muitos fenômenos importantes estão relacionados com esse novo modelo de desenvolvimento econômico agregados ao das inovações tecnológicas, tais como: a expansão das formas atípicas de trabalho e os contratos temporais; o aparecimento de novas formas de organização de trabalho e produção; a descentralização produtiva; a individualização e o desenvolvimento do setor terciário; o fomento da competitividade das empresas, resultante da abertura da concorrência a escala internacional; a desregulamentação dos mercados; a redução do setor público nas economias nacionais; a redefinição e reestruturação do papel do Estado; a generalização das técnicas eficazes para lutar contra a inflação. *Vid* ademais o Parágrafo 12 do primeiro relatório global intitulado *Sua voz no trabalho*, no qual o Diretor-Geral da OIT alega que “a mundialização para os efeitos do presente relatório se refere à abertura e à integração dos mercados, somadas as inovações tecnológicas, as transformações estruturais e as reformas políticas. A primeira vertente da mundialização é a intensificação da concorrência, em consequência da liberalização do comércio e dos regimes financeiros e da integração dos mercados. A expansão do comércio de bens e serviços, os movimentos de capital e a diminuição dos custos de transporte e de comunicação obrigam aos empregadores, aos sindicatos e aos governos a terem cada vez mais em conta a concorrência dos outros países”.

³⁹ “O membro trabalhador do Brasil expressa que o mercado de trabalho do seu país é um dos mais flexíveis do mundo. Sem embargo, todavia existe um alto nível de desemprego, instabilidade e deterioro social como resultado das políticas de ajuste estrutural.” Parágrafo 107 do Memorando da 88ª Reunião da Conferência Internacional do trabalho – Genebra, 30 de maio – 15 de junho de 2000.

⁴⁰ Em virtude de se ater a política das empresas estritamente aos critérios de produtividade.

⁴¹ – Liberdade sindical e efetivo reconhecimento do direito de negociação coletiva (Convênios nº87 e 98);

– Eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;

– Abolição efetiva do trabalho infantil; e

– Eliminação de discriminação em matéria de emprego e ocupação.

⁴² 86ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, Genebra, junho de 1998. Disponível em: <<http://www.ilo.org>>. Acesso em: [199-?].

⁴³ A incerteza nas definições e noções dos Direitos Fundamentais. A expressão “Direitos Humanos” é a denominação mais utilizada, ainda que não contenha uma concepção fechada, precisa e definitiva sobre esse instituto. Não há uma expressão ideal que integre todo o complexo entramado dos Direitos Humanos e conduza à compreensão desse fenômeno em sua inteireza. Assim como existem várias expressões para designarem os Direitos Humanos, também coexistem diversos conceitos que o definem, apesar de não haver uma precisão conceitual, na qual se permita reconhecer uma referência semântica que possa considerar-se límpida e inequívoca. Cf. CASCAJO CASTRO, 1988.

⁴⁴ O consentimento do Estado soberano é imprescindível quando da inserção dessa normativa internacional no ordenamento jurídico interno, dito de outro modo, o processo de positivação das normas jurídicas internacionais depende da postura adotada pelo direito constitucional nacional e não pelo direito internacional.

⁴⁵ A ratificação é um ato-condição e implica uma adesão do Estado Membro a um ato legislativo preexistente.

⁴⁶ No parágrafo 23, “os membros trabalhadores observaram que, segundo as últimas informações, foram registradas 80 ratificações dos convênios fundamentais, desde o lançamento da campanha do Diretor-Geral (...) Dois terços dos Estados Membros ratificaram entre cinco e sete destes convênios; 35 ratificaram sete convênios, enquanto 17 ratificaram entre ‘um e dois’, e seis, ‘nenhum’”. Informe da Comissão de Aplicação das Normas, 86ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, Genebra, junho de 1998.

⁴⁷ O sistema de controle regular foi estabelecido para supervisionar a aplicação dos convênios da OIT ratificados pelos Estados Membros. Os mecanismos de controle de aplicação das normas internacionais do trabalho têm por base a ratificação de uma norma internacional do trabalho, assim como a obrigação de informar periódica e regularmente sobre as medidas tomadas para fazer efetivas as disposições desse instrumento. Os procedimentos previstos nos artigos 24 e 26 da Constituição da OIT aplicam-se aos convênios ratificados, nos ca-

sos de reclamações concretas contra um Estado Membro. Tratando-se dos princípios de liberdade sindical, em virtude da importância que a Constituição da OIT lhe atribui, além do sistema de controle regular, existe um procedimento de controle especial para fazê-los cumprir, inclusive contra os Estados Membros que não tenham ratificado os convênios na matéria, porque o procedimento de queixas se fundamenta nos princípios constitucionais desse órgão internacional.

⁴⁸ Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

⁴⁹ O seguimento anual “somente suporá certos ajustes às atuais modalidades de aplicação do artigo 19, parágrafo 5, e) da Constituição”. “Seu objeto seria proporcionar uma oportunidade de seguir a cada ano, por meio de um procedimento simplificado que substituirá o procedimento a cada quadriênio introduzido, em 1995, pelo Conselho de Administração, os esforços realizados para ajustar o conteúdo da Declaração pelos seus Membros que ainda não tenham ratificado todos os convênios fundamentais”. Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

⁵⁰ Será elaborado sob a responsabilidade do Diretor-Geral e “permitirá otimizar os resultados dos procedimentos levados a cabo no cumprimento da Constituição”, servindo “de base para a avaliação da eficácia da assistência prestada pela Organização e estabelecendo as prioridades para o período seguinte mediante programas de ação em matéria de cooperação técnica destinada a mobilizar os recursos internos e externos necessários para o respeito”, através de uma imagem global e dinâmica que abarcará uma área dos princípios e direitos fundamentais enumerados na Declaração a cada quatro anos: a base de informações oficiais ou reunidas e avaliadas para ajustar os procedimentos estabelecidos. Com Respeito aos países que não tenham ratificado os convênios fundamentais, essas informações repousarão, em particular, no resultado do seguimento anual antes mencionado. No caso dos Membros que tenham ratificado os convênios correspondentes, essas informações repousarão, em particular, nas memórias tal como foram apresentadas e tratadas em virtude do artigo 22 da Constituição.

⁵¹ A título de exemplo, cita-se o parágrafo 217 do Informe da Comissão de Aplicação das Normas: “A Comissão toma nota de que, até a data da reunião da Comissão de Expertos, foram recebidas 151 memórias das 290 solicitadas, com fulcro no artigo 19, sobre o Convênio nº 159, de 1983; dez outras memórias foram recebidas mais tarde; *o que significa 52,1 por cento*. Conferência Internacional do Trabalho, 86ª Reunião, Genebra, junho de 1998.

⁵² Parágrafos 45 e 142 do Relatório da Comissão de Aplicação das Normas da Conferência In-

ternacional do Trabalho, 86ª Reunião, Genebra, junho de 1998.

⁵³ Cf. Parágrafo 23 do Relatório da Comissão de Aplicação das Normas.

⁵⁴ “69. O número de ratificações do convênio 87, passou de 109 para 122 desde o último Estudo geral; (...) Além disto, 37 dos países que não se encontram obrigados pelo Convênio, são Membros da OIT há mais de 20 anos”. Memorando 88ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, Genebra, 30 de maio – 15 de junho de 2000.

⁵⁵ “218. A Comissão lamentou tomar conhecimento de que durante os últimos cinco anos nenhuma das memórias sobre os convênios não ratificados e sobre as recomendações, solicitadas em virtude do artigo 19 da Constituição, não tinham sido subministradas pelos seguintes países: Afeganistão, Albânia, Djibuti, Fidji, Haiti, Ilhas Salomão, Jamaica Árabe, Líbia, Lesoto, Libéria, Nepal, Nigéria, Paraguai, República de Moldavia, Santa Lúcia, Somália e Iemem”. *Ibidem*.

⁵⁶ Celso de Mello menciona no, *Curso de Direito Internacional Público*, (v. 1, p. 97) que o primeiro estudo sistemático sobre as relações entre o Direito Internacional e o Direito interno dos Estados integrantes da sociedade internacional foi feito por Heinrich Triepel, em 1899, na obra “*Volkerrecht und Landesrecht*”, apresentando, desse modo, a doutrina que mais tarde viria a ser conhecida como “dualismo”. Na tese desse jurista alemão Triepel, os indivíduos não podem nunca ser obrigados nem beneficiados pelas normas de Direito Internacional: só o Estado é o obrigado ou favorecido por elas, em suas relações com outros estados. Com a finalidade de alcançar o indivíduo, a norma de Direito Internacional deve ser transformada em disposições de Direito Interno, sejam leis ou medidas administrativas. Cf. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, 1987-1989, p. 36.

⁵⁷ O embasamento dessa doutrina funda-se em dois pressupostos prévios. O primeiro postulado sustenta existir uma fundamental diferença entre essas duas ordens jurídicas, têm diferentes fontes. O segundo alega que o Direito interno tem por objeto a regulamentação das relações entre os indivíduos ou entre o Estado enquanto poder e seus cidadãos, ao contrário do Direito Internacional, que sanciona as relações entre os Estados. Assevera que o Estado, na ordem internacional, é o único sujeito de direito; todavia, na ordem interna, há também o homem, que no Direito internacional é o resultado da vontade objetiva dos Estados, e o Direito de um Estado é o resultado de sua vontade, e ainda que, na ordem internacional, existe coordenação e, na interna, subordinação. Sendo ordens jurídicas diferentes, não existe a possibilidade real de conflito entre elas.

⁵⁸ Tal teoria foi seguida por: Wenzel, Zorn, Decencière – Ferrandière, bem como pelos autores soviéticos e nazistas. Cf. MELLO, 1994, p. 100.

⁵⁹ Foi desenvolvida principalmente pelos autores da denominada Escola de Viena (Kelsen, Kunz) e pelos franceses (Scelle, Politis). Cf. FRAGA, 1997, p. 8.

⁶⁰ Celso Albuquerque Mello (1994, p. 100) explica essa doutrina: “O conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do DI, que ocorre na prática internacional, como se pode demonstrar com duas hipóteses: a) uma lei contrária ao DI dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um ‘processo’ de responsabilidade internacional; b) uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior”.

⁶¹ Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL aprovou, e eu, Mauro Benevides, Presidente do Senado Federal, nos termos do art. 48, item 28, do Regimento Interno, promulgo o seguinte DECRETO LEGISLATIVO nº 226, de 1991 – *Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembléia-Geral das Nações Unidas.

O CONGRESSO NACIONAL decreta: Art. 1ª – São aprovados os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembléia-Geral das Nações Unidas. Art. 2ª – Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, 12 de dezembro de 1991. SENADOR MAURO BENEVIDES – Presidente – publicado DOFC 13/12/1991, página 028838, COL 2, Diário Oficial da União.

⁶² “Artículo 8 – Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos” (PACHECO GOMES, 1987, p. 149).

⁶³ Cf. PACHECO GOMES, 1987, p. 150.

⁶⁴ “Artículo 22, inciso 1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el

derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses”.

⁶⁵ A Conferência Geral compõe-se de 4 delegados de cada Estado Membro: 2 representantes dos governos, 1 representante dos empregadores e 1 representante dos trabalhadores. Constituição da OIT, artigo 2º.

⁶⁶ Constituição da OIT, artigo 19.

⁶⁷ Um convênio segue o procedimento da discussão do tema objeto de normatização em duas reuniões de dois anos seguidos para que seja aprovado. Os informes preliminares, dois meses antes de cada Conferência, são sempre submetidos aos Estados membros para que, com a prévia consulta das organizações representantes dos empregados e empregadores, possam destacar seu ponto de vista sobre os diferentes aspectos que devem ser levados em consideração sobre as cláusulas reguladas e os mecanismos de flexibilidade. Cf. AA. VV., 1990, p. 53.

⁶⁸ O voto, mesmo que favorável, não obriga a ratificação de um convênio.

⁶⁹ “DLG-000049 – 27/08/1952 – APROVA CONVENÇÃO 98 RELATIVA A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE ORGANIZAÇÃO E DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA ADOTADA EM 1949, NA CIDADE DE GENEBRA POR OCASIÃO DA 32ª CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO. Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta, nos termos do art. 66, inciso I, da Constituição Federal, e eu promulgo o seguinte DECRETO LEGISLATIVO nº 49, de 1952. Art. 1º – É aprovada a Convenção nº 98, relativa à aplicação dos princípios do direito de organização e de negociação coletiva, adotada em 1949, na cidade de Genebra, por ocasião da 32ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. Art. 2º – Revogam-se as disposições em contrário. SENADO FEDERAL, em 27 de agosto de 1952. JOÃO CAFÉ FILHO – PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL”.

⁷⁰ “DLG-000022 – 12/05/1992 – APROVA O TEXTO DA CONVENÇÃO 154, DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT, SOBRE O INCENTIVO À NEGOCIAÇÃO COLETIVA, ADOTADO EM GENEBRA, EM 1981, DURANTE A 67ª REUNIÃO DA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO. Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL aprovou, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, e eu, MAURO BENEVIDES, Presidente do Senado Federal, promulgo o seguinte DECRETO LEGISLATIVO nº 22, de 1992 – Aprova o texto da Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o incentivo à negociação coletiva, adotado em Genebra, em 1981, durante a 67ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho. O CONGRESSO

NACIONAL decreta: Art. 1º É aprovado o texto da Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o incentivo à negociação coletiva, adotado em Genebra, em 1981, durante a 67ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação. SENADOR MAURO BENEVIDES – Presidente”.

⁷¹ “Derechos de Asociación – Artículo 26. Los trabajadores y empleadores sin distinción de sexo, raza, credo o ideas políticas, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, que, a su vez, puedan federarse entre sí. Estas organizaciones tienen derechos a gozar de personería jurídica y a ser debidamente protegidas en el ejercicio de sus derechos. Su suspensión o disolución no puede imponerse sino en virtud de procedimiento judicial adecuado.

Las condiciones de fondo y de forma que se exijan para la constitución y funcionamiento de las organizaciones profesionales y sindicales no deben coartar la libertad de asociación.

La formación, funcionamiento y disolución de federaciones y confederaciones estarán sujetos a las mismas formalidades prescritas para los sindicatos.

Los miembros de las directiva sindicales, en el número que fije la respectiva ley, y durante el período de su elección y mandato, no podrán ser despedidos, trasladados de empleo, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa, calificada previamente por la autoridad competente.

Derechos de Huelga – Artículo 27. Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La Ley regulará este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio.” PACHECO GOMES, 1987, p. 646; 647.

⁷² Cf. PACHECO GOMES, 1987, p. 64.

⁷³ Cf. PACHECO GOMES, 1987, p. 53 et seq.

⁷⁴ “Artículo 8.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o por la administración del Estado.

Nada de los dispuestos en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías” (grifo nuestro). PACHECO GOMES, 1987, p. 149-150.

⁷⁵ PARTE III – “Artículo 22

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembro de las fuerzas armadas y de la policía.

Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el *Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación*, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías” (PACHECO GOMES, 1987, p. 159, 160, 167).

⁷⁶ “Artículo 16 Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derechos a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía” (PACHECO GOMES, 1987, p. 189, 190, 197, 202).

⁷⁷ BRASIL. Decreto Legislativo nº 226, de 1991. Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 028838, col. 2, 13 de dezembro de 1991.

⁷⁸ BRASIL. Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José), celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 006586, col. 1, 28 maio de 1992. BRASIL. Decreto nº 000678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 015562, col. 1, 09 novembro de 1992.

⁷⁹ “Artículo 2.2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones legislativas del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

⁸⁰ Art. 28 – “Toda pessoa tem direito a que se estabeleça uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades proclamados nesta Declaração se façam plenamente efetivos”.

⁸¹ Cf. VESES PUIG, 1983, p. 305.

⁸² Cf. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1987-1989, p. 44.

Bibliografía

ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso de derecho del trabajo*. Barcelona: Ariel Derecho, 1985.

BULYGIN, Eugenio. Sobre el status ontológico de los derechos humanos. *Doxa*, Alicante, n. 4, 1987.

CASCAJO CASTRO, José Luis. Las aporías de los derechos sociales. In: _____. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

FRAGA, Mirtó. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HINTZE, Otto. Historia de las formas políticas. Traducción al español de José Días García. *Revista de Occidente*, Madrid, 1968.

JACCARD, Pierre. *Historia social del trabajo de la antigüedad hasta nuestros días*. Traducción al español

- de Ramon Hernández. Barcelona: Plaza & Janes, 1971.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. La convención interamericana de derechos humanos como derecho interno. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Lisboa, n. 69-71, 1987-1989.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *Introducción al derecho político*. Barcelona: J. M^o. Bosch, 1958.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- MONTENEGRO, Walter. *Introducción a las doctrinas político-económico*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1976. p. 31-32.
- PACHECO GOMES, Máximo. *Los derechos humanos: documentos básicos*. Santiago: Jurídica de Chile, 1987.
- PALOMEQUE LOPÉZ, Manuel Carlos. *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.
- _____. *Direito do trabalho e ideologia*. Tradução de Antônio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales. *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, n. 4, 1986-1987.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La universalidad de los derechos humanos. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Valencia, v. XV, 1998.
- _____. *Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979.
- RODRIGUEZ PANIAGUA, José Maria. Derecho constitucional y derechos humanos en la revolución norteamericana y en la francesa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 7, n. 19, 1987.
- RUBIO, Ana. Igualdad y diferencia ¿dos principios jurídicos?. *Derechos y libertades*, Madrid, n. 4, 1995.
- SOMMERMANN, Karl-Peter. El desarrollo de los derechos humanos desde la declaración universal de 1948. In: AA.VV. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- VESES PUIG, Carme Marti de. Normas internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales. *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, n. 2, 1983.
- VON POTOBOSKY, Geraldo; BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G. *La Organización Internacional del Trabajo: el sistema normativo internacional, los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales*. Buenos Aires: Astrea, 1990.

Valores do Direito e da Política

Jarbas Maranhão

Nesses tempos conturbados, urge revigorar os valores éticos.

A *ética*, segundo os jusfilósofos, compreende a moral e o direito, normas da conduta humana, respectivamente o *Fórum Internum* e o *Fórum Externum*, de Thomasius.

Como acentua o saudoso mestre Paulino Jacques, a *moral* é a ética propriamente dita e regula a conduta do homem perante si mesmo ou em face de sua consciência.

É quase destituída de coercibilidade a não ser a do próprio íntimo do homem, “como o remorso, o arrependimento”, e a censura de outrem, “a má fama, a desconsideração pública”.

O *Direito*, ao contrário, é coercitivo e, quando violado, dispõe da sanção jurídica. “Conta com o poder constrangedor do Estado para se fazer valer.”

O Direito é básico para a ordem social.

Segundo Gustavo Radbruch, é sinônimo de vontade e desejo de justiça.

Para este professor, não é certa a expressão: “tudo que é útil ao povo é direito”.

O certo é dizer-se: “só o que for direito é útil e vantajoso ao povo”.

E o antigo mestre da Universidade de Heidelberg explica as suas palavras, demonstrando que aquela proposição traria, em seu bojo, os males do arbítrio ilimitado, a violação dos tratados e a ilegalidade.

Escreveu ainda:

“Há princípios fundamentais de Direito que são mais fortes que todo e

Jarbas Maranhão foi Secretário de Estado, Deputado à Constituinte Nacional de 1946, Deputado Federal reeleito, Senador da República, Presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco, Professor de Direito Constitucional, Integrante da Centenária Academia Pernambucana de Letras e da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas.

qualquer preceito jurídico positivo, de tal forma que toda lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade.

Há quem lhes chame de Direito Natural e quem lhes chame Direito Racional.

Na verdade tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas.

Contudo, o esforço dos séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que se consubstanciou nas chamadas Declarações de Direitos do Homem e do Cidadão, e fê-lo com um sentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só o sistemático ceticismo poderá ainda levantar dúvidas.”

O professor Gilvandro Coelho, da Universidade Federal e da Universidade Católica, ambas de Pernambuco, em um de seus ensaios, manifesta, a respeito, com clareza, o seu pensamento ao escrever que a ordem jurídica não pode ficar ao sabor da vontade dos governantes, ou depender apenas do consenso de eventuais maiorias parlamentares e sim fundamentar-se em valores que se hierarquizam e sejam perenes por corresponderem a anseios humanos... Daí haver Santo Tomás de Aquino definido a lei como: “Ordenação racional para o bem comum, promulgada pela autoridade social.”

E o professor Gilvandro acrescenta que, entre esses valores, a Justiça é, sem dúvida, o mais importante para o Direito. É o seu fim específico, o seu valor fundamento.

Diz ainda que a liberdade e a igualdade são, nessa ótica valorativa, fins condicionantes, que conduzem à ordem social, enquanto a segurança jurídica, o bem comum e a paz social são valores consequenciais. E as garantias constitucionais e processuais, valores jurídicos instrumentais.

Nesse completo estudo, o autor de *Os Valores Éticos na Formação Jurídica* desenvolve considerações sobre a equidade, a graça, a anistia.

E amplia sua conceituação sobre a *liberdade* e a *igualdade*.

A primeira, que implica sempre em responsabilidade, serve à realização dos seres humanos e limita-se pelo bem comum.

Lembra, na oportunidade, as quatro liberdades básicas na democracia, proclamadas pelo presidente Roosevelt ao tempo da Segunda Guerra Mundial: a liberdade de palavra, a liberdade de religião, a liberdade de necessidades e a liberdade de temores.

A segunda, ou seja, a *igualdade* determina como tratar aos iguais e aos desiguais e se apresenta, conforme o jurista Giovanni Sartori, em seus aspectos de igualdade social, de igualdade política e de igualdade de oportunidades.

A nobre legenda da Revolução Francesa – *liberdade, igualdade, fraternidade* – é não só edificante como essencial à ordem jurídica, ao bem comum, à ordem e à paz social.

Em fases de desordem ou anarquia, o Estado democrático usa de medidas emergenciais, como, na atual Constituição do Brasil, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

Referimo-nos à ordem social, à ordem jurídica, à paz social e ao bem comum. Outro princípio construtivo da coexistência harmônica é o da segurança jurídica.

Ordem Social

A *ordem social* repousa em princípios éticos, “que cumpre ao direito respeitar”.

Segundo o saudoso professor Paulino Jacques, em um de seus livros, a ordem social é situação de equilíbrio estabelecida em face de princípios preexistentes aos fatos sociais (as leis sociológicas). E acrescenta: são elementos da ordem social:

a) o equilíbrio dos fatos sociais resultante da incidência das leis sociológicas sobre eles;

b) a preexistência das leis sociológicas atuando sobre os fatos.

Ordem jurídica

A *ordem jurídica* é essencial à garantia das liberdades, à segurança, ao desenvolvi-

mento do indivíduo humano e ao bem comum. Até porque, se não existe direito sem sociedade, não existe sociedade sem direito.

E é ainda Paulino Jacques quem aponta os elementos da ordem jurídica:

a) o equilíbrio dos fatos jurídicos decorrente da incidência das leis jurídicas sobre eles;

b) a preexistência das leis jurídicas, atuando sobre os fatos.

Segurança jurídica

A *segurança jurídica* é uma das razões do Direito. O respeito às situações jurídicas definitivamente constituídas (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada) é imprescindível.

A estabilidade dessas situações constitui o fundamento da segurança jurídica – “que é apenas um dos aspectos da segurança pública, a qual deve presidir as atividades globais do Estado”.

Segurança pública que, segundo a nossa Constituição, é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos.

A. Sampaio Dória (Direitos do homem. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1942. p. 256-257, v. 2) ensina: a *Segurança Jurídica* “requer a inserção das liberdades em Constituição escrita, garantidas por *habeas corpus*, mandados de segurança, interditos possessórios e outros instrumentos de garantia... limites sagrados que a nação soberana se dá a si mesma.

“Nem ao povo na praça pública, inorgânico, apaixonável, nem ao governo, no legislativo ou no executivo, é prudente confiar um poder onipotente, ainda que no intuito de assegurar aos indivíduos os seus direitos e lhes promover o bem comum, de que o mais alto é o respeito à liberdade”.

Quanto à *Segurança Nacional*, há uma concepção nova, segundo a qual não é mais a segurança mantida unicamente pelas Forças Armadas, mas defendida por grupos sociais e pelo próprio indivíduo, como pela ciência e pela tecnologia, pelo pensamento

e pelo humanismo que possam haver na sociedade.

Paz Social

A *paz social* foi conceituada pelo autor de “Valores Éticos na Formação Jurídica” com a definição de Santo Agostinho:

“O tranqüilo conviver na ordem.”

E com a expressão consagrada do profeta Isaias:

“O fruto da justiça será a paz e a obra da justiça será a tranqüilidade e segurança para sempre.”

Concluindo com as seguintes palavras: Não se obtém a paz preparando a guerra, como diziam os romanos, mas realizando a justiça.

Bem comum

O Estado não foi criado senão para garantir as liberdades humanas e assegurar o bem comum.

O *bem comum* é, ao mesmo tempo, bem da pessoa e bem do todo social. É de essência moral e política.

O professor Arthur Machado Paupério, da UFRJ e membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas, enumera as condições necessárias à realização do *bem comum* – o que me é grato transcrever:

1º) Uma ordem econômica que dê à sociedade a base material desse bem comum e faça chegar a todos os recursos que impulsionam o livre desenvolvimento da personalidade;

2º) Uma ordem jurídica, capaz de dar ao bem comum a necessária garantia de sua realização, inclusive de segurança;

3º) Uma ordem educacional, capaz de levar, sobretudo às novas gerações, o acervo cultural acumulado pela sociedade e do qual cada um depende para desenvolver-se pessoalmente;

4º) Uma ordem política, capaz de promover o desenvolvimento das três ordens anteriores.

Esses valores que acabo de sumariar, necessários à uma ordem jurídica e à uma or-

dem social moralmente saudáveis, são igualmente matéria de estudo da ciência política e se constituem suportes imprescindíveis à formação do regime democrático.

Regime baseado na liberdade, nos direitos não somente civis, como nos direitos políticos, econômicos, sociais e culturais do homem. E que tem na igualdade de oportunidades um de seus pilares.

Regime fundado na justiça, no direito, na lei, conforme o conselho de Cícero:

“Sejamos servos da lei para sermos livres.”

Regime no qual deve sempre crescer a área de participação política e a sua transparência.

Regime oriundo de uma Assembléia Constituinte e da promulgação de uma *Carta Magna*, inspirada na realidade nacional, nas motivações da época e nos ideais de liberdade, igualdade e solidariedade.

Já nos idos de 1933, o saudoso professor e estadista Agamemnon Magalhães doutrinava que a sociedade contemporânea haveria de ter por base a interdependência de todos os valores sociais e que o fenômeno da solidariedade social dominaria todas as construções políticas.

Por isso, nos dias de hoje, é melhor designar o chamado *Estado de Direito de Esta-*

do Social de Direito, dado o seu teor e o revigoramento da democracia sob os estímulos da solidariedade social.

Os desencontros entre as classes e os povos, o choque de culturas, o antagonismo de civilizações podem gerar e geram o pessimismo, mas não sufocam nem destroem as nobres aspirações do espírito.

Acertando ou errando, com utopias ou realismos, os homens continuam a desejar um mundo mais justo e fraterno.

Aludi à Carta Magna. Que a Constituição seja de fácil entendimento e interpretação pelo povo e difundida nas escolas, universidades, ambientes de trabalho, onde houver condições, de modo a favorecer a formação de u’a mentalidade constitucional, de úteis resultados para o exercício da cidadania.

É preciso ver o Texto Supremo como ele realmente é: uma lei de extraordinário teor político. A Constituição é Direito e Política a um só tempo.

Direito, como norma que disciplina as relações sociais, que traça os rumos para a conduta de governantes e governados.

Política, como resultado de escolhas e decisões, pela inspiração ideológica e por tratar do Estado, do Governo e dos Direitos do Homem.

A teoria da constituição no *common law*

Reflexões teóricas sobre o peculiar constitucionalismo britânico

Bruno Galindo

Sumário

1. O conceito de constituição como problema da teoria da constituição. 2. As memórias constitucionais do Reino Unido: da *Magna Charta Libertatum* ao *Bill of Rights*. 3. A evolução constitucional britânica a partir do século XVIII: a sedimentação gradativa de um constitucionalismo *sui generis*. 4. As principais características do constitucionalismo britânico. 4.1. Distinção entre direito da constituição (*law of the constitution*) e convenções constitucionais (*constitutional conventions*). 4.2. A supremacia do parlamento: entre a tradição e as possibilidades contemporâneas.

1. O conceito de constituição como problema da teoria da constituição

O debate histórico e atual acerca do que seja uma constituição nunca tem fim, simplesmente pelo fato de a teoria da constituição não ter construído um conceito razoavelmente preciso para tal fenômeno político-jurídico. A depender do conceito de constituição que se adote, a resposta à indagação que tem suscitado tantos debates entre os constitucionalistas britânicos, qual seja, se o Reino Unido¹ possui ou não constituição, pode ser diversa, tanto em um sentido, quanto em outro.

Em verdade, o debate proposto nestas considerações iniciais é muito antigo. A partir do século XVIII, ele ganha uma enorme importância em virtude dos fenômenos constitucionais insurgentes nos Estados

Bruno Galindo é Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Graduação e Mestrado em Direito); Professor e Coordenador de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Caruaru/ASCES; Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco/Universidade de Coimbra-Portugal; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco.

Unidos e na França. Nesses dois países, temos a ocorrência de acontecimentos profundamente transformadores das respectivas sociedades. As instituições políticas e jurídicas, conseqüentemente, também são afetadas pela Independência das Treze Colônias e pela Revolução Francesa, movimentos de inspiração liberal e democrática, influenciados pelo Iluminismo e seus escritores reformadores e, por vezes, revolucionários como Rousseau.

Para o nosso debate, o mais importante acontecimento, entre tantos de variadas ordens no Século das Luzes, é o surgimento, tanto nos EUA como na França, das constituições codificadas (na maioria das vezes denominadas de “escritas”). A proposta de reunir as normas constitucionais em um corpo único, como um código normativo, ganha contornos concretos nos dois países após a transformação política revolucionária por que passam. Nos EUA, a libertação colonial faz surgir um novo Estado, com uma intencionalidade (ao menos formal) de ser um país bem diferente do que é a sua ex-metrópole inglesa. Na França, a revolta da classe burguesa contra as amarras do absolutismo monárquico propicia o advento do movimento revolucionário que necessita afirmar-se como poder social legítimo. Em ambos os casos, a constituição codificada em um único documento serve a esse propósito. Redigir em um documento solene e aprovado por uma assembléia constituinte a organização do poder político do Estado e os limites à atuação deste último, além dos direitos fundamentais dos cidadãos, é o modo encontrado pelos revolucionários franceses e norte-americanos para regulamentarem socialmente as condutas dos agentes estatais e dos cidadãos no espírito iluminista liberal.

O surgimento da Constituição dos EUA, em 1787, e da Constituição da França, em 1791 (com a antecessora Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789), é o divisor de águas do debate constitucional. Até então, não há constituições codificadas e essa discussão acerca dos países

terem ou não constituição é irrelevante. Tudo muda com o novo constitucionalismo liberal e o seu conceito para a constituição que, com o passar dos anos, torna-se o conceito predominante e permanece até os nossos dias, apesar da instabilidade conceitual a partir do aprofundamento da integração europeia (GALINDO, 2004, p. 35 et seq., 2002a, passim). Contudo, é curioso perceber que, pelo menos desde a Grécia antiga e a *polis* ateniense, há referências constitucionais em sentidos, no mais das vezes, diversos dos que são referidos a partir do constitucionalismo liberal do século XVIII. É imperioso, portanto, se queremos discutir cientificamente a existência ou não de uma constituição no Reino Unido, não ficarmos adstritos a uma uniformidade conceitual que, embora possa ser cômoda, não ajuda em nada no esclarecimento do problema.

As mais remotas referências a constituições são geralmente atribuídas a Aristóteles. Como se não bastasse a sua influência nas instituições atenienses em termos de filosofia política, é Aristóteles o primeiro teorizador do fenômeno constitucional que ele concebia como a forma essencial do Estado.

Não havia em Aristóteles qualquer referência à hierarquia normativa ou à supremacia constitucional em relação às demais normas jurídicas. Para ele, constituição é a estrutura política da *polis*, que ordena a distribuição dos cargos governamentais, a determinação do poder governamental superior e a finalidade da comunidade política². Analisa o ser constitucional aliado a conteúdos ético-sociais, construindo um conceito empírico-axiológico de constituição (Cf. ARISTÓTELES, 1998, p. 105; NEVES, 1994, p. 54; VERDÚ, 1994, p. 19).

É bom esclarecer que a palavra originalmente utilizada por Aristóteles é *politeia*, que passa a ser correntemente traduzida como constituição a partir do século XVIII, mas não é a única acepção possível do termo, pois há controvérsias acerca de sua tradução (Cf. CANOTILHO, 1999, p. 50; DANTAS, 1999, p. 103-105; NEVES, 1994, p. 54-55).

O termo constituição tem origem no vocábulo *constitutio*, utilizado pelos romanos. É utilizado tanto para traduzir a palavra grega *politeia*, como assume outros significados. Sobretudo por influência de Cícero, o vocábulo assume o significado de organização jurídica da *civitas romana* (equivalente a *polis grega*). A maior predominância dos aspectos técnico-jurídicos e um certo distanciamento do *telos* axiológico apontado por Aristóteles diferenciam Cícero do filósofo ateniense quanto ao conceito de constituição (VERDÚ, 1994, p. 18-19). Mais uma vez, a noção de constituição confunde-se com a idéia de ordem jurídica, compreendendo as normas de direito positivo em geral, sem as idéias concernentes ao constitucionalismo da modernidade.

Na Idade Média, apesar do surgimento de documentos constitucionalmente importantes, como a *Magna Charta Libertatum* (1215) que comentaremos adiante, ainda há nebulosidade acerca da idéia de constituição. Somente no final da Idade Moderna é que temos o debate conceitual efetivamente estabelecido a partir das experiências revolucionárias norte-americana e francesa.

A partir das ditas revoluções e da ascensão do constitucionalismo liberal, ganha importância a questão destas considerações iniciais. “O que é uma constituição?”, perguntam todos, já que, se considerarmos que britânicos, norte-americanos e franceses possuem constituições, torna-se evidente que estamos falando de coisas distintas ao utilizarmos o vocábulo. Se o conceito for o mesmo, é difícil equipararmos as experiências dos EUA e da França com o singular experimento britânico. São necessários conceitos distintos para aceitar a existência de uma constituição do Reino Unido, tão diferente das que usualmente conhecemos, notadamente para os brasileiros habituados com uma constituição codificada, à semelhança com o modelo europeu continental de inspiração francesa, assim como alguma influência norte-americana, embora menor devido às origens do constitucionalismo dos

EUA serem, em última análise, britânicas, apesar da tentativa dos sobrinhos do Tio Sam de se afastarem do *common law* inglês.

O que chamamos aqui de modelo europeu continental de inspiração francesa é o modelo de constituição que se consagra na Europa continental (visto que a Grã-Bretanha é uma ilha européia separada do continente). Praticamente todos os Estados europeus ocidentais (e atualmente até mesmo os do leste europeu, saídos do regime socialista) adotam um modelo de constituição cujas principais características são, em geral:

- 1) em termos formais, a supremacia hierárquico-normativa, a rigidez (imutabilidade relativa), o controle de constitucionalidade e a forma escrita codificada;

- 2) em termos substanciais, a regulamentação fundamental da organização e funcionamento do aparato estatal e a relação dos direitos fundamentais mais relevantes concernentes aos cidadãos, alegáveis dogmaticamente contra os demais cidadãos e/ou grupos de cidadãos e contra o próprio Estado.

Além da própria prática constitucional dos Estados, em especial após a Segunda Guerra Mundial e a progressiva democratização da Europa ocidental, há uma crescente sedimentação teórica que vai do séc. XVIII ao séc. XX que estabelece pouco a pouco padrões conceituais que se tornam usuais nesses países e também nos que estão sob a sua esfera de influência, como o Brasil. Não há dúvida que inúmeros autores contribuíram ao longo de mais de dois séculos para a criação de tais padrões, mas aqui destacamos a contribuição de apenas dois, separados por mais de um século: Emmanuel Sieyès e Hans Kelsen.

O primeiro estabelece uma sólida teoria do poder constituinte, diferencia este em relação aos poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário), e ainda propugna por uma teoria da representação política e propõe a idéia de controle de constitucionalidade das leis (BARACHO, 1979, p. 17; BONAVIDES, 1997, p. 120; CANOTILHO,

1999, p. 64-67; SALDANHA, 2000, p. 77-78; SIEYÈS, 1997, p. 97-98).

O segundo, ao propor uma teoria pura do direito, estrutura este em uma graduação hierárquica na qual a constituição ocupa a supremacia normativa em relação aos demais atos de natureza jurídico-positiva. Para assegurar a supremacia constitucional, são estruturadas teoricamente algumas proposições, tais como: a rigidez constitucional (que consagra uma espécie de imutabilidade relativa da constituição), pois a constituição só pode ser alterada por um processo legislativo mais difícil do que o existente para a modificação das normas infraconstitucionais; o controle de constitucionalidade destas últimas, ou seja, a possibilidade de que cortes judiciais ou outros órgãos estatais possam anular atos normativos que contrariem a constituição, estruturando a idéia de jurisdição constitucional (KELSEN, 1984, passim, 1998, p. 168-170, 182-184, 2003, passim).

As características substanciais que referimos acima são oriundas da contribuição ideológica liberal, consubstanciadas no art. 16 da famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos (fundamentais – grifo nosso) e a separação de poderes determinada não possui constituição”. Esses caracteres permanecem como conteúdo mínimo fundamental de toda e qualquer constituição inspirada nas idéias da modernidade, embora o surgimento do constitucionalismo social no séc. XX exija novos conteúdos para a constituição, tornando-a um instrumento de consagração de direitos sociais e econômicos e não apenas individuais. Mas isso não exclui os caracteres liberais clássicos do art. 16 da declaração francesa, antes os complementa e os condiciona (mais pormenorizadamente em GALINDO, 2003, p. 61 et seq.).

Se considerarmos um conceito de constituição que exija a presença dos caracteres formais esboçados acima, podemos afirmar com segurança que o Reino Unido não pos-

sui uma constituição. Por outro lado, se levarmos em conta apenas os aspectos substanciais, com uma certa relativização no que diz respeito à idéia de separação de poderes, pode-se dizer que há uma constituição britânica, na medida em que existem no Reino Unido normas regulamentadoras dos fundamentos organizacionais do Estado, assim como cartas de direitos fundamentais dos cidadãos.

A partir do exposto, analisemos a construção do constitucionalismo britânico, obviamente sem a menor pretensão de exaurir a temática.

2. As memórias constitucionais do Reino Unido: da Magna Charta Libertatum ao Bill of Rights

Conhecer o direito constitucional do Reino Unido é conhecer a sua história³. Mais do que em qualquer outro país ocidental, o direito constitucional britânico é fruto de suas tradições e consolidações históricas, mais do que de fórmulas racionais estruturadas legislativa ou constitucionalmente. Daí a importância dessas memórias constitucionais.

Tida por muitos como o primeiro documento constitucional escrito, a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, é, sem dúvida, o ponto de partida histórico para o constitucionalismo em terras inglesas. Na verdade, trata-se de uma carta de direitos destinada apenas aos nobres feudais, insatisfeitos com a política desenvolvida pelo Rei João Sem Terra, especialmente no que diz respeito à tributação. Não se trata de uma revolução classista ou de uma ruptura drástica com o modelo anterior; antes, ao contrário, os senhores feudais desejam estabelecer documentalmente a confirmação de seus privilégios e liberdades existentes em regras consuetudinárias e que se vêem ameaçados pelos decretos reais. É bom salientar que o feudalismo inglês se desenvolve de forma diversa do feudalismo europeu continental e há, já nessa época, uma centralização mo-

nárquica semi-absolutista, o que antecipa também as lutas antiabsolutistas modernas, embora os direitos e liberdades sejam apenas para os “homens livres”, os pertencentes a setores privilegiados da sociedade (CANOTILHO, 1999, p. 65; DAVID, 1998, p. 285). Apesar disso, é no documento medieval inglês que surgem importantes instrumentos de garantias de direitos fundamentais, assim como limitações ao poder estatal, tais como o princípio da legalidade tributária e penal, e a ação de *habeas corpus*.

A luta antiabsolutista que toma vulto no séc. XVIII tem uma antecipação em mais de um século no solo inglês, talvez devido ao maior centralismo existente desde a Idade Média. Na Idade Moderna, as lutas religiosas, que culminam com o embate entre os súditos leais ao Rei Charles I e os puritanos de Oliver Cromwell, propiciam o surgimento de novos documentos constitucionais. Em 1628, surge o *Petition of Rights* como concessão de Charles I que, no entanto, fez dessa carta de direitos, que reforça a legalidade tributária e as garantias penais dos cidadãos, entre outras, praticamente letra morta. Com a queda do monarca e a ascensão de Cromwell, temos o efêmero período republicano na Inglaterra, com a outorga em 1653 do *Instrument of Government*, considerado por alguns como a primeira constituição escrita (LOEWENSTEIN, 1964, p. 158). Curiosamente, essa efêmera carta constitucional tem poucos caracteres das constituições modernas: não possui catálogo de direitos, nem separação de poderes. Apesar disso, estabelece uma superioridade hierárquica em relação aos atos regulares do Parlamento e a organização institucional da República Inglesa. Mas o *Instrument of Government* não sobrevive à morte do seu autor, assim como a própria República (CUNHA, 2002, p. 130-131, 137-138).

Com a restauração monárquica, surgem outros atos como o *Habeas Corpus Act* de 1679, e, finalmente, o célebre *Bill of Rights*, de 1689, que legitima juridicamente a mudança dinástica ocorrida com a Revolução

Gloriosa de 1688. Esta, com a fuga do monarca, ocorre praticamente sem derramamento de sangue, em contraste com o restante do sangrento séc. XVII inglês. São proclamados monarcas William e Mary de Orange e estabelecidas normas de sucessão. É firmado um catálogo de direitos e liberdades extensivos aos comuns (portanto, não somente às classes nobres privilegiadas), que dizem respeito: aos poderes do Parlamento e suas relações com a Coroa; às leis, sua execução e suspensão; aos tributos; ao exército, seu recrutamento e manutenção; às eleições, liberdade de expressão, penas e sentenças; entre outros (CUNHA, 2002, p. 137-138)⁴. É a partir daqui que se pode conceber uma nova evolução constitucional entre os britânicos.

3. A evolução constitucional britânica a partir do século XVIII: a sedimentação gradativa de um constitucionalismo sui generis

Do ponto de vista formal, a história constitucional britânica nasce com a Revolução Gloriosa e o *Bill of Rights*. Pela primeira vez, há uma carta constitucional que, de certo modo, está de acordo com aquele conceito substancial que discutimos no ponto 1 deste ensaio, inclusive com a aprovação por um poder constituinte tido como autêntico (STRECK, 2002, p. 242).

Entretanto, essa Carta não possui a estruturação codificada que caracteriza as modernas constituições pós-revolucionárias. Não é uma carta totalizante, não derroga os atos constitucionais anteriores, assim como não é protegida por critérios de modificação mais rigorosos do que os estabelecidos para a modificação da legislação ordinária proveniente do Parlamento.

Ao longo de três séculos (XVIII, XIX e XX), consolidam-se princípios constitucionais e são expedidos atos constitucionais específicos, sem uma preocupação efetiva com uma codificação sistematizada dos preceitos constitucionais ou com mecanismos

de proteção a estes. As proteções formais à constituição britânica são muito tênues, quase inexistentes, e a sua consagração tem-se dado muito mais pela força material e dimensão político-institucional dos seus preceitos do que pela existência de garantias formalizadas.

Não é difícil perceber que o Reino Unido não possui uma constituição sistematizada em um único documento, como o Brasil, os EUA, a França ou a Alemanha. Por outro lado, parece-nos de afastar a idéia de que não há uma constituição britânica. Juizes, políticos e doutrinadores do Reino Unido freqüentemente fazem referência, em termos gerais, a uma constituição; além disso, descrevem várias regras e princípios como constitucionais, assim como muitos juizes e tribunais salientam que, em certos casos, há a presença de questões de importância constitucional (BARENDT, 1998, p. 26).

Afinal de contas, o que é essa Constituição do Reino Unido?

Pode ser uma questão simples, se considerarmos apenas uma definição teórica. Assim mesmo, não é tão simples quanto definir constituição em um país que a tenha corporificado em um documento único, à semelhança de um código. No Brasil e em outros países, é relativamente simples (ao menos de um ponto de vista formal) dizer o que é ou não norma constitucional. Basta abrir o código constitucional e conferir os seus dispositivos. Estes ainda recebem uma proteção especial contra modificações feitas por maiorias parlamentares eventuais (*quorum* de três quintos dos deputados e dos senadores, no Brasil, para aprovação de emendas constitucionais), assim como possuem um guardião especial de sua observância, geralmente uma corte constitucional, que exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais que possam estar em conflito com os artigos da constituição.

Nada disso é possível, em termos de definição, para a Constituição do Reino Unido. Em termos teóricos, a doutrina constitu-

cional britânica consolidada, ao longo de três séculos, o entendimento segundo o qual fazem parte da Constituição britânica:

1) As regras concernentes à estruturação do Parlamento, do governo e da magistratura, assim como seus poderes, o exercício destes e o relacionamento interinstitucional;

2) A proteção dos direitos e liberdades individuais (tais como liberdade de expressão e de locomoção), assim como os direitos políticos (BARENDT, 1998, p. 29)⁵.

4. As principais características do constitucionalismo britânico

Autores mais tradicionais, como Albert Dicey (1982, p. CXL passim), afirmam que o direito constitucional britânico compreende todas as regras que, direta ou indiretamente, afetem a distribuição ou o exercício do poder soberano no Estado. Nele tanto estão as normas referentes à estruturação fundamental dos principais poderes estatais, como também as suas limitações (aqui se enquadrando os direitos e garantias fundamentais). Além disso, aponta esse célebre doutrinador inglês dois pontos que, no meu entender, são básicos para a compreensão do direito constitucional do Reino Unido: a) a diferença entre direito da constituição (*law of the constitution*) e convenções constitucionais (*constitutional conventions*); b) a soberania/supremacia do parlamento.

4.1. Distinção entre direito da constituição (*law of the constitution*) e convenções constitucionais (*constitutional conventions*)

O direito constitucional britânico é composto por dois tipos de regras que regulam o exercício do poder político soberano no Reino Unido. De um lado, o direito da constituição; de outro, as convenções constitucionais. Nesses dois tipos de regras estão incluídas: a definição dos membros do poder soberano, a regulamentação de suas relações recíprocas, o modo como esse poder

exerce a sua autoridade, a ordem de sucessão ao trono, as prerrogativas da magistratura, o processo legislativo e a forma das eleições parlamentares, entre outras coisas.

No primeiro caso, direito da constituição, podemos afirmar que estão aquelas regras que podemos denominar jurídicas em um sentido estrito. Compreendem o direito da constituição as regras que, uma vez com os conteúdos assinalados acima, sejam consolidadas pelas cortes judiciais, independentemente de sua origem, se do direito legislado do *statute law*, ou do direito jurisprudencial do *common law*. São regras que, em última análise estabelecem-se pela força que tem a jurisprudência no direito britânico em geral, e em particular no direito da Inglaterra.

E esse é um outro ponto relevante: ao contrário de certos mitos criados em torno do direito inglês afirmando que o mesmo é não escrito e costumeiro, dá-se concretamente o fenômeno inverso: o direito inglês é predominantemente escrito (a parte não escrita – se é que podemos denominá-la assim – é reduzida) e é um direito que, em termos materiais, é basicamente jurisprudencial, apesar do princípio da supremacia do parlamento, que será visto adiante (neste sentido Cf. DAVID, 1998, p. 281 et seq.; BARENDT, 1998, passim; em sentido diverso, Cf. MIRANDA, 2002, p. 75-76).

O *common law*, muitas vezes referido como direito não escrito e como direito costumeiro, não é nem uma coisa nem outra. Ele é escrito, na medida em que surge das decisões judiciais, sobretudo dos Tribunais de Westminster, que consolidam, a partir do séc. XIII, um direito comum a toda a Inglaterra, em oposição aos costumes locais. Também não é costumeiro, visto que surge da jurisprudência e vem justamente tomar o lugar de determinados costumes (DAVID, 1998, p. 286 et seq.). Consiste fundamentalmente nos precedentes judiciais que possuem força obrigatória. No caso do direito constitucional, somente os precedentes referentes às matérias constitucionais é que passam a fazer parte do direito da constituição.

O *statute law*, por sua vez, compreende os diversos atos oriundos do Parlamento que regulamentam as aludidas matérias constitucionais. Fazem parte do *statute law* a *Magna Charta Libertatum* (1215), o *Petition of Rights* (1628), os *Habeas Corpus Acts* (1679 e 1816), o *Bill of Rights* (1689), o *Act of Settlement* (1701), os *Judicature Acts* (1873-1875), os *Acts of Parliament* (1911 e 1949), o *Statute of Westminster* (1931), o *European Communities Act* (1972) e o *Human Rights Act* (1998), apenas para citar os mais importantes (CUNHA, 2002, p. 138-139; DAVID, 1998, p. 300; DICEY, 1982, p. CXL et seq.; HARTLEY, 1999, p. 168 et seq.; O'NEILL, 2002, p. 724 et seq.; STRECK, 2002, p. 247).

O *common law*, o *statute law* e os costumes e tradições jurídicas aceitos como tais pelos tribunais compõem o chamado direito da constituição.

As convenções constitucionais, por sua vez, seriam o que Dicey (1982, p. CXLI) denomina de “moralidade constitucional”. São convenções, entendimentos, hábitos ou práticas que, embora não consolidadas pelas cortes judiciais, regulam a conduta de muitos membros do poder soberano, tais como ministros e os próprios parlamentares, entre outros. São regras convencionais de conduta ordinária dessas pessoas que se sedimentam na prática constitucional britânica ao longo do tempo, de modo que se torna um impensável contra-senso desrespeitá-las.

As mais importantes convenções constitucionais estão relacionadas com os limites dos poderes legais do monarca e com a regulação das relações recíprocas entre governo e parlamento.

Quem observar somente os atos constitucionais formais do Reino Unido pode incorrer em inúmeros equívocos compreensíveis, notadamente se utilizar os tradicionais paradigmas racionalistas a que estamos habituados. Em termos de estrito direito constitucional formal, o monarca pode, por exemplo, recusar conceder o Assentimento Real (*Royal Assent*) ao nome do Primeiro Ministro escolhido pela bancada parlamen-

tar majoritária da Câmara dos Comuns e escolher livremente o Primeiro Ministro. Por sua vez, o princípio da responsabilidade coletiva do Gabinete, segundo o qual há uma responsabilização solidária de todos os ministros pelas decisões do Gabinete, também não consta em nenhum documento constitucional. No entanto, esse princípio sedimenta-se na prática parlamentarista britânica, assim como o *Royal Assent* não é recusado ao líder do partido majoritário há quase trezentos anos (BARENDT, 1998, p. 40 et seq.). Também a exigência de que somente um Lorde Jurista (*Law Lord*) possa tomar parte nas decisões da Câmara dos Lordes quando esta atua como Corte de Apelação é comumente enquadrada como convenção constitucional (DICEY, 1982, p. CXLII).

As convenções constitucionais, apesar da aparente informalidade, regulam parte importante do direito constitucional britânico, e este é incompreensível se não as estudarmos. Nesse ponto, elas se aproximam dos “fatores reais de poder” descritos por Lassalle, embora o direito da constituição também integre estes últimos.

Ainda em relação às convenções constitucionais, pode-se dizer que são a parte efetivamente consuetudinária da constituição, na medida em que se trata de consolidações de costumes parlamentares e/ou governamentais. Porém, dizer que são não escritas, no meu entender, é passível de discussão. Não se pode esquecer que as mesmas são direta ou indiretamente reduzidas a termos nos documentos oficiais solenes, assim como existe até mesmo a possibilidade de ser verificada a sua existência nas cortes que declaram ou não a existência da convenção, e tudo isso é feito de forma escrita. Daí a nossa discordância, com a devida *venia* a grandes mestres como Dicey, em caracterizar tais normas como não escritas.

4.2. A supremacia do parlamento: entre a tradição e as possibilidades contemporâneas

Se perguntarmos aos constitucionalistas britânicos qual a principal característica do

direito constitucional do Reino Unido, seguramente responderão: a supremacia do parlamento (BARENDT, 1998, p. 86-89; DICEY, 1982, p. 3; HARTLEY 1999, p. 168; MIRANDA, 2002, p. 74)⁶. Mas, em verdade, no que consiste essa supremacia parlamentar?

Para responder, é necessário mais uma vez proceder a alusões retrospectivas. Desde a *Magna Charta Libertatum*, ainda na Idade Média, o constitucionalismo britânico se desenvolve basicamente nas lutas entre o monarca e os súditos, sobretudo nas questões referentes à limitação dos poderes do primeiro. Basta observar que todas as cartas inglesas de direitos até o séc. XVII são o produto legislativo das tentativas limitadoras por parte dos representantes dos súditos (embora muitas vezes não os representem por inteiro). Sempre traduzem uma certa desconfiança em relação ao monarca e propugnam por esses limites, que, em termos políticos, são estabelecidos a partir da suposta vontade democrática e popular. Antes de qualquer outro país europeu, há uma rejeição do absolutismo monárquico e uma aspiração por uma monarquia constitucionalmente limitada e por um órgão representativo dos súditos que efetivamente determine a direção política do Estado.

O único órgão apto a desempenhar satisfatoriamente essa função seria o Parlamento.⁷

No Reino Unido, o Parlamento é estruturado em duas câmaras: a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) e a Câmara dos Comuns (*House of Commons*), sendo a primeira representativa dos nobres cuja investidura não é eletiva, e a segunda representativa dos súditos que não detêm títulos de nobreza (daí serem chamados de “comuns”), eleitos diretamente pela população. Pode-se falar que existe no Reino Unido uma espécie de bicameralismo aristocrático. Ao longo do tempo, a competência efetivamente legislativa da Câmara dos Lordes é esvaziada pela criação de convenções constitucionais que posteriormente se transformam nos dois

Parliament Acts (1911 e 1949), que estabelecem a predominância da Câmara dos Comuns nas questões legislativas e governamentais. Subsistem importantes atribuições judiciais para os Lordes, notadamente as do Comitê de Apelação (*Appellate Committee*), formado por Lordes Juristas (*Law Lords*), e que funciona como um último grau de recurso judicial no Reino Unido.

Poder legislativo formado em grande parte por representantes eleitos diretamente pelos súditos de Sua Majestade, é o Parlamento britânico a instância adequada e confiável para a sociedade atribuir um conjunto de poderes e prerrogativas para o desempenho não somente das funções legislativas, mas de funções executivas governamentais, o que ocorre com o tempo e o desenvolvimento do sistema parlamentarista com um Gabinete e um Primeiro Ministro oriundos da agremiação partidária que obtém a maior parte dos votos populares nas eleições. Somente o Parlamento teria legitimidade, pelo seu grau de representatividade, para determinar efetivamente a direção política do Estado e as obrigações e direitos atribuídos aos súditos.

A partir daí, desenvolve-se, ao longo de três séculos, a idéia da soberania ou supremacia do parlamento como princípio constitucional fundamental no Reino Unido. É talvez o mais importante dos princípios constitucionais britânicos e produz consequências teóricas e práticas igualmente relevantes. Vejamos.

Por incrível que possa parecer, o princípio da supremacia do Parlamento significa (ao menos em um sentido formal) precisamente a idéia de que as decisões fundamentais são provenientes desse órgão sem a possibilidade de revisão por parte de qualquer outro órgão estatal. Não há, em princípio, limites formais ao poder do Parlamento. Para se ter uma idéia da dimensão da supremacia parlamentar, De Lolme afirma, com um certo exagero, que o Parlamento pode fazer tudo, menos transformar mulher em homem e homem em mulher (isso no séc. XIX, pois

com a disseminação das cirurgias de mudança de sexo, até isso o Parlamento poderia nos dias atuais, a estar correta a observação de De Lolme) (DICEY, 1982, p. 5).

A idéia é, portanto, de que o Parlamento não tem limitações ao seu poder, podendo revogar quaisquer das cartas de direitos e liberdades fundamentais, os atos constitucionais em geral e até mesmo proceder a uma modificação na forma e no sistema de governo, transformando o Reino Unido de uma monarquia parlamentarista em uma república presidencialista. Em termos formais, não há supremacia hierárquico-normativa, não há dispositivos pétreos imutáveis, não há procedimentos mais difíceis para a reforma constitucional do que os estabelecidos para a modificação das leis em geral, assim como não existe controle judicial de constitucionalidade dos atos do Parlamento (BARENDT, 1998, p. 86-89; DICEY, 1982, p. 3; HARTLEY, 1999, p. 168; WEILL, 2003, passim). Tudo isso tem consequências importantes para a construção de uma teoria da constituição britânica. Vejamos quais são.

1) Inexistência de supremacia hierárquica dos atos constitucionais em relação aos demais atos do Parlamento. Não há, no Reino Unido, a determinação de que os atos do Parlamento tenham hierarquia entre si, de modo que não se pode falar em normas constitucionais como normas hierarquicamente superiores às leis e atos infraconstitucionais a que estamos acostumados na Europa continental e no Brasil.

2) Não há dispositivos constitucionais imutáveis. O que conhecemos no direito constitucional brasileiro como “cláusulas pétreas” (CF, art. 60) também inexistem no Reino Unido. Qualquer norma constitucional pode ser modificada, até mesmo a forma e o sistema de governo, como afirmamos acima.

3) Não há maior dificuldade para a reforma dos atos constitucionais do que para os atos legislativos comuns. Com a mesma maioria parlamentar, é possível modificar

uma norma constitucional ou uma lei ordinária. Em virtude disso, a Constituição britânica é concebida como uma constituição flexível.

4) Inexistência de um controle judicial de constitucionalidade das leis. Como o Parlamento detém supremacia, os seus atos não podem ser passíveis de revisão judicial (*judicial review*). Só o próprio Parlamento pode rever os seus atos. Ao contrário do que ocorre na maioria dos Estados constitucionais da atualidade, não há controle judicial de constitucionalidade, seja na forma difusa (deferido a qualquer juiz ou tribunal), seja de modo concentrado (adstrito a um tribunal constitucional ou a uma corte específica). Nem mesmo os *Law Lords* do Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes podem rever os atos parlamentares.

Tendo em vista as considerações feitas até aqui, o leitor pode vir a pensar que o Reino Unido é simplesmente uma ditadura da maioria, com um Parlamento incontrolável e autoritário, determinando despoticamente a direção política estatal. Simplesmente substituíram o absolutismo real por um absolutismo parlamentar.

Em termos meramente formais, é precisamente isso. Em termos substanciais, no entanto, é bem diferente. Vejamos.

Dissemos anteriormente que conhecer o direito constitucional britânico é conhecer a sua história. Mais do que isso, é conhecer suas tradições e suas práticas, seus costumes e sua forma de pensar. Mais que em qualquer outro direito, no caso do Reino Unido, é mesmo imprescindível esse conhecimento.

Ao longo dos séculos, o próprio Parlamento vem procurando comportar-se de maneira sóbria e moderada, apesar de alguns momentos despoticamente desviantes, como o caso do *Septennial Act* (1716)⁸. Pode-se perceber tal comportamento, por exemplo, em relação à preservação das normas constitucionais ao longo do tempo. Veja-se a longevidade do *Bill of Rights*, do *Act of Settlement* e do *Statute of Westminster*, todos em

pleno vigor e consolidados social e politicamente, apesar da possibilidade formal de alteração e até de supressão dos mesmos pelo Parlamento. Em termos substanciais, tem-se afirmado como uma constituição até mais rígida do que certas constituições formalmente classificadas como rígidas, a exemplo do próprio Brasil. O Parlamento, portanto, tem sido prudente na observância e na modificação dos atos constitucionais, assim como na institucionalização de novos atos legislativos dessa natureza.

Um outro dado interessante que confirma essa postura parlamentar britânica é a utilização, até com uma certa frequência, da prerrogativa de renunciar à supremacia legislativa se presentes motivos relevantes para tal. Situação meramente hipotética nos sécs. XVIII e XIX passa a ser concreta no séc. XX. Destacamos três atos que expressamente declaram a renúncia à supremacia legislativa diante de determinadas motivações: o *Statute of Westminster* (1931), o *European Communities Act* (1972) e o *Human Rights Act* (1998).

O Estatuto de Westminster estabelece em 1931 que o Parlamento não poderá legislar para uma colônia ou domínio britânico sem o requerimento ou o consentimento dos mesmos. É bom lembrar que, nessa época, ainda há muitos e importantes domínios britânicos e essa renúncia do Parlamento configura um primeiro passo para a completa independência que se verifica posteriormente na maioria desses domínios (BARENDT, 1998, p. 89).

O Ato das Comunidades Europeias é a consequência constitucional da adesão do Reino Unido às Comunidades Europeias, com a consequente aceitação das normas presentes nos Tratados Comunitários, assim como no direito comunitário derivado (CAMPOS, 2002, p. 275). Em virtude desse Ato de 1972, o Parlamento cede parte de sua supremacia legislativa aos entes comunitários e aceita, como Estado membro da agora União Europeia, a superioridade do direito comunitário em relação ao direito nacional,

assim como sua aplicabilidade e efeito diretos (Cf. GALINDO, 2002b, p. 103; HILL, 2001, p. 685). Apesar dos problemas em torno da adaptação do Reino Unido à legislação comunitária, com certas vacilações e recuos como no caso da unificação monetária (visto que os britânicos não entraram ainda na denominada “zona euro”), o entendimento predominante tem sido o de que, como membro da União Européia, o Reino Unido se obriga a determinadas condutas que implicam uma renúncia, ainda que não absoluta, à supremacia do Parlamento (HARTLEY, 1999, p. 174-175). Alguns, como Bradley, vão ainda mais longe e afirmam a quebra do princípio da supremacia do Parlamento com o Ato de 1972 (STRECK, 2002, p. 246).

Parece assistir certa razão ao entendimento predominante. É o mesmo entendimento consolidado no Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes de que a supremacia do Parlamento, a partir do *European Communities Act*, é relativizada e não pode ser oposta ao direito comunitário. Contudo, subsistem restrições a essa relativização que merecem um exame mais acurado.

Em virtude da dificuldade que ensejaria a possibilidade de, com a aplicação do princípio da *lex posteriori derogat priori*, qualquer lei implicitamente poder revogar o Ato de 1972, assim como impossibilitar a aplicação dos atos normativos comunitários, os tribunais têm decidido não aplicar os Atos que conflitem com os dispositivos do direito comunitário. Qualquer Ato do Parlamento que possa implicitamente revogar aquela legislação não deve ser aplicado, prevalecendo a supremacia do direito comunitário em lugar da supremacia da Câmara dos Comuns.

Todavia, há diferença entre a revogação implícita e a explícita. No segundo caso, prevalece a supremacia do Parlamento, pois a superioridade hierárquica do direito comunitário somente se verifica com a permanência do Reino Unido na União Européia. Se os britânicos se retiram desta última, revogando expressamente, mediante novo Ato

do Parlamento, o *European Communities Act*, não poderiam os tribunais do Reino Unido deixar de aplicar o novo *Act* parlamentar (GALINDO, 2004, p. 270; HILL, 2002, p. 28-32)⁹.

Por sua vez, o Ato dos Direitos Humanos de 1998 nada mais é do que a tardia incorporação no direito constitucional britânico da Convenção Européia de Direitos Humanos da década de 50. Não obstante o fato de que boa parte dos referidos direitos já estava consagrada anteriormente em outros *Acts*, o Ato traz importantes inovações, sobretudo no campo processual. Regula dois novos procedimentos, a Declaração de Incompatibilidade e o Remédio Judicial, instrumentos processuais que propiciam a compatibilidade entre a legislação nacional e a Carta Européia, assim como com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, possibilitando o afastamento da aplicação da lei ou ato que sejam incompatíveis com a Convenção Européia (BARENDT, 1998, p. 46-48; O’NEILL, 2002, p. 724-726; STRECK, 2002, p. 245-246).

Ademais há controvérsias sobre se de fato inexistente um *judicial review* dos atos do Parlamento no Reino Unido. Tendo em vista ser o direito britânico concretamente um direito jurisprudencial, a dimensão efetiva dos próprios Atos do Parlamento termina sendo dada pela jurisprudência. Destaca René David (1998, p. 343-344) que, “de fato, as disposições da lei inglesa acabam rapidamente sendo submersas por uma massa de decisões jurisprudenciais, cuja autoridade se substituiu à dos textos legais; o espírito geral da lei arrisca-se a ser esquecido e a finalidade que ela procurava atingir perde-se de vista, no emaranhado das decisões que se destinaram a resolver, cada uma delas, um ponto de pormenor particular”.

Em adendo ao que diz David, percebe-se que a supremacia do Parlamento, embora não seja negada diretamente por nenhum juiz ou tribunal britânico, termina por ser mitigada na prática interpretativa das cortes judiciais. Fazendo uso de processos in-

terpretativos, os magistrados ditam sentenças criativas e, em vez de anular as leis inconstitucionais, interpretam-nas até criar uma nova norma, incorporando-a ao ordenamento jurídico do Estado, por meio da técnica do precedente vinculante. Como assevera Lafuente Balle, é o que faz a *House of Lords*: acata o princípio da supremacia do Parlamento e reconhece que não pode anular a legislação oriunda deste último, mas interpreta as normas, ditando sentenças corretivas, manipulativas, aditivas, redutivas ou diretivas, enfim, o mesmo tipo de sentenças criativas que os tribunais constitucionais da Europa continental (STRECK, 2002, p. 246-247). Tudo pela via interpretativa, verdadeiramente concretizante (Cf. GALINDO, 2003, passim; MÜLLER, 2000, passim).

Para complementar a análise, deve-se fazer menção à discussão que está acontecendo no Parlamento britânico, mais precisamente no *Joint Committee on House of Lords Reform*, uma das comissões parlamentares existentes, a possibilidade de criação de uma efetiva jurisdição constitucional, com características semelhantes à norte-americana, o que seria uma verdadeira revolução em um princípio tricentenário como a supremacia do Parlamento¹⁰. É esperar para ver.

Notas

¹ Note-se que sempre fazemos referência ao Reino Unido, já que os atos constitucionais britânicos têm validade para todo o território que compreende Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte. Até o início do séc. XVIII, ainda se pode falar em um direito constitucional inglês, vigente na Inglaterra e em País de Gales. A partir da união com a Escócia, em 1707, há direitos diversos aplicados no Reino Unido, um para ingleses e galeses e outro para escoceses. Mas em termos de direito constitucional, passamos a ter um único para todo o Reino Unido, inclusive com a jurisdição da Câmara dos Lordes para a Escócia como tribunal supremo para toda a Grã-Bretanha. Cf. DAVID, 1998, p. 281 et seq.; MIRANDA, 2002, p. 71-72.

² É importante não confundir o conceito aristotélico com aquele defendido por Lassalle (1998, p.

32,52) no séc. XIX. O conceito lassalliano afirma a diferença entre constituição formal (que seria uma mera “folha de papel”) e constituição real, a verdadeira constituição de um Estado que seria “a soma dos fatores reais de poder” que efetivamente regem o Estado. O conceito de Lassalle é meramente empírico, não possuindo características axiológicas ou formalistas. Para uma visão panorâmica dos conceitos clássicos, Cf. SCHMITT, 1996, p. 29 et seq.

³ Para Jorge Miranda (2002, p. 71-73), “Na formação e na evolução do Direito constitucional inglês ou britânico distinguem-se três grandes fases: a) A fase dos primórdios, iniciada em 1215 com a concessão da *Magna Carta* (pela primeira vez, porque diversas outras vezes viria posteriormente a ser dada e retirada consoante os fluxos e refluxos da supremacia do poder real); b) A fase de transição, aberta em princípios do século XVII pela luta entre o Rei e o Parlamento e de que são momentos culminantes a Petição de Direito (*Petition of Right*) de 1628, as revoluções de 1648 e 1688 e a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) de 1689; c) A fase contemporânea, desencadeada a partir de 1832 pelas reformas eleitorais tendentes ao alargamento do direito de sufrágio”.

⁴ É importante destacar o contributo de John Locke (1998, p. 479, 514 et seq.) para o legado da Revolução Gloriosa e do *Bill of Rights*. O filósofo inglês é a grande influência em termos de estruturação de uma teoria de separação e limitação dos poderes estatais em solo britânico e seu discurso legitima a nova ordem revolucionária, apesar de sua teoria não ser tão engenhosa como a de Montesquieu. Cf. BONAVIDES, 1996, p. 46-49; GALINDO, 2003, p. 37, 2002a, p. 108).

⁵ Os direitos sociais não são, em geral, considerados no Reino Unido como de importância constitucional, prevalecendo entre eles uma teoria constitucional liberal. Não obstante isso, o Estado social tem sido realizado em solo britânico pelo que chamaríamos de via legislativa ordinária, com a institucionalização de proteções sociais relevantes, apesar do liberalismo formal. O *Welfare State* depende, portanto, diretamente da discricionariedade política governamental e tem sido revisto a partir da aceitação da ideologia neoliberal pelo governo Thatcher, a partir da década de 80 do século XX (Cf. DAINTITH, 1995, p. 136 et seq.).

⁶ Autores consagrados como os citados Dicey e Hartley utilizam a expressão “soberania” do Parlamento em lugar de supremacia. Mas parece ter razão Barendt quando afirma que a expressão *parliamentary sovereignty* deve ser evitada, sobretudo por ser mais usual para designar a afirmação da independência de um Estado nacional, assim como das suas prerrogativas mais genéricas. O Professor londrino é um dos que prefere a expressão *supremacy* e, seguindo sua lição, adotaremos-la aqui.

⁷ Charles Mac Ilwain destaca que o fato do Parlamento britânico ter sido criado ainda na Idade Média, faz com que o mesmo tenha peculiares características da época, dentre as quais a divisão bicameral aristocrática. O autor norte-americano salienta que o Parlamento não era um *law-maker*, isto é, não criava direito. Antes se tratava de uma corte judicial, justamente a “corte mais alta” do Reino, em sentido muito diverso do que vieram a ter os parlamentos e instituições judiciárias modernas. Cf. SALDANHA, 2000, p. 53; MIRANDA, 2002, p. 75.

⁸ Em 1716, a duração do mandato dos parlamentares da Câmara dos Comuns é de três anos, segundo um Ato do Parlamento de 1694, e estão previstas eleições para o ano seguinte. O Rei e o Ministério estão convencidos de que eleições gerais em 1717 ameaçam não somente o Gabinete Ministerial, mas a própria tranquilidade do Estado, em virtude da tendência revolucionária de parte do eleitorado britânico de então. Por proposta do Gabinete, o Parlamento aprova o *Septennial Act*, que prorroga o mandato dos parlamentares então componentes da *House of Commons* de três para sete anos. Sem dúvida, uma violação da confiança popular ao sabor das conveniências políticas momentâneas, considerado por autores como Hallam como um excesso de prerrogativas e um abuso do princípio da supremacia do Parlamento (DICEY, 1982, p. 7). Todavia, momentos como esse são excepcionais na história constitucional britânica.

⁹ Merece transcrição a lição de Barendt (1998, p. 99) acerca da questão: “As cortes têm decidido não aplicar estatutos que conflitem com dispositivos de direito comunitário diretamente aplicáveis. A posição seria, quase certamente, bem diferente se o Parlamento está a promulgar legislação expressamente revogando o Ato das Comunidades Europeias de 1972, como uma consequência da retirada do Reino Unido da União. As cortes aplicariam, quase certamente, aquela legislação sobre o Tratado de Roma e o direito comunitário. Todavia, essa expectativa não é suficiente para sustentar a visão de que o Parlamento ainda desfrute de supremacia legislativa indiscriminada. Não é assim enquanto o Reino Unido continua um membro da União Europeia (...). Lord Bridge enfatizou no caso *Factortame* de que o Parlamento tem voluntariamente aceito um limite nos seus poderes legislativos através da vigência do Ato das Comunidades Europeias de 1972. O Parlamento tem direcionado as cortes, pelas seções 2 e 3 do Ato, a dar prioridade ao direito comunitário diretamente aplicável”. No original, em idioma inglês: “The courts have decided not to apply statutes which conflict with directly effective provisions of Community law. The position would almost certainly be quite different if Parliament were to enact legislation expressly repealing European

Communities Act 1972, as a consequence of United Kingdom withdrawal from the Union. The courts would almost certainly apply that legislation over the Treaty of Rome and Community law. However, this expectation is not enough to support the view that Parliament still enjoys unqualified legislative supremacy. It does not while the United Kingdom remains a member of the European Union. (...) Lord Bridge emphasised in *Factortame* that Parliament had voluntarily accepted a limit on its legislative powers through passage of the European Communities Act 1972. Parliament had directed the courts, in sections 2 and 3 of the Act, to give priority to directly effective Community law”.

¹⁰ Disponível em <www.parliament.uk/parliamentary_committees/joint_committee_on_house_of_lords_reform>. Acesso em: 22 maio 2004.

Bibliografia

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

BARENDT, Eric. *An introduction to constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CAMPOS, João Mota de. *Manual de direito comunitário*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição I: mitos, memórias, conceitos*. Lisboa: Verbo, 2002.

DAINTITH, Terence. European Community law and the redistribution of regulatory power in the United Kingdom. *European Law Journal*, Oxford, v. 1, n. 2, Oxford, p. 134-156, 1995.

DANTAS, Ivo. *Instituições de direito constitucional brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999. v. 1.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DICEY, Albert V. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. 8. ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1982.

- GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.
- _____. Comunitarismo e constitucionalismo: perspectivas para a teoria constitucional do século XXI. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, Caruaru, n. 24, p. 93-134, 2002.
- _____. As mudanças constitucionais no Brasil e na Alemanha em virtude da adaptação ao direito da integração. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 39, n. 154, p. 93-114, abr./jun. 2002.
- _____. *Constituição e integração interestatal: defesa de uma teoria intercultural da Constituição*. Recife: Mimeo, 2004.
- HARTLEY, Trevor C. *Constitutional problems of the European Union*. Oxford: Hart, 1999.
- HILL, Jeffrey. *A1 and A2 level constitutional law textbook*. London: Old Bailey Press, 2002.
- HILL, Lord Lester of Herne. Developing constitutional principles of public law. *Public Law*, London, p. 684-694, Winter, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- _____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Walter Stönnner. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. Reflexiones en torno y dentro del concepto de constitución: la Constitución como norma y como integración política. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 83, p. 9-28, 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- O'NEILL, Aidan. Fundamental rights and the constitutional supremacy of community law in the United Kingdom after devolution and the Human Rights Act. *Public Law*, London, p. 724-742, Winter, 2002.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?*. Tradução de Norma Azeredo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- WEILL, Rivka. Dicey was not Diceyan. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, n. 62, v. 2, p. 474-494, 2003.

Palestina: antes e depois de Cristo – Parte II

Hugo Hortêncio de Aguiar

Sumário

1. Introdução. 2. A destruição do Templo e da cidade de Jerusalém. 3. A Palestina até 395 depois de Cristo. 4. Invasões à Palestina. 5. O Estado de Israel e os palestinos; área, populações e confrontos. 6. Elementos essenciais e antagonismos do conflito. 7. Um enfoque especial. 8. Conclusão¹.

1. Introdução

Na 1ª Parte deste artigo, foi feito um acompanhamento mais ou menos pormenorizado das nações que habitaram a Palestina até o aparecimento de Jesus de Nazaré, e das invasoras, em número muito maior. Também procedeu-se a uma crítica de filmes e documentários de televisão sobre filmes bíblicos, motivada pela onda de projeções sobre esse tema, ligado ao assunto do nosso artigo.

Nesta 2ª Parte, em virtude do número excessivo de invasores da tão turbulenta Palestina, preferimos fazer um quadro cronológico panorâmico das invasões, para comentar os aspectos mais expressivos da compreensão dos atuais problemas de seus habitantes e suas perspectivas de solução. Paralelamente, porém, como de costume, faremos uma rápida apreciação sobre o filme “A Paixão de Cristo”, de Mel Gibson, somente agora assistido por este articulista, e que nos forneceu curiosos dados para a análise. Como o filme tem estreita ligação

Hugo Hortêncio de Aguiar é coronel reformado do Exército e especialista em cultura do Oriente Médio.

com o tema aqui abordado, e está em apresentação nas salas de espetáculo do mundo inteiro, para perto de quinhentos milhões de espectadores, ele tem despertado, obviamente, o interesse dos mais diversificados leitores.

2. A destruição do Templo e da cidade de Jerusalém

O primeiro século da Era Cristã foi um período conturbado da História. Sem falarmos da crucifixão de Jesus em Jerusalém (já incluída na 1ª Parte), foram tantos os eventos para a iniciação desta 2ª Parte que a escolha de um deles constituiu-se no nosso maior problema. Seleccionamos “A destruição do Templo e da cidade de Jerusalém” pelos seguintes motivos:

a) Esse episódio liquidou com a oligarquia judaica e foi causa da 2ª Grande Diáspora;

b) Embora os saduceus e os essênios tivessem sido eliminados, os fariseus transferiram o centro de sua atividade religiosa para Iavné, onde os romanos continuaram a reconhecer sua autoridade;

c) Com a vitória na Palestina de seu filho Tito, o chefe militar romano Vespasiano, a seu contragosto, foi empossado como Imperador em Roma, e o Império Romano conseguiu sobreviver por mais quatrocentos anos, a despeito da crise do ano 70 dC, a maior durante sua supremacia política no mundo, com grande repercussão no domínio da Palestina;

d) Para os atuais comunicadores de massa, especialmente os de televisão, escandalizados com as mortes de alguns americanos ou iraquianos hoje em dia, quando as armas de destruição são muito mais mortíferas que no passado, vamos informar que, na destruição de Jerusalém, em breve período,

morreram mais de dez mil pessoas, somente do lado judeu. Como isso ocorreu no ano 70 dC, cerca de quarenta anos depois da predição de Jesus, “a maior destruição de uma cidade de que o mundo teria conhecimento”, onde não ficaria “pedra sobre pedra”, julgamos um marco notável como ponto de partida histórico para o longo período de dois milênios, objeto de nosso estudo.

3. A Palestina até 395 depois de Cristo

Mesmo apesar da derrota contundente perante os romanos, os judeus, por seus representantes fariseus, continuaram distribuídos não somente pelas usuais áreas de dispersão, no exterior, mas também na própria Palestina, eis que, apenas na Galiléia, vinte e quatro núcleos permaneceram nas suas principais cidades.

Roma continuou a dominar a Palestina, e venceu mais uma rebelião, a de 132-135 dC, quando Jerusalém foi “romanizada” e chamada “Aelia Capitolina”, em homenagem ao então Imperador Adriano, cujo nome era Publius Aelius Hadrianus. O Final “Capitolina” é devido à tríade do Capitólio: os deuses Júpiter, Juno e Minerva.

A capital passou por uma reformulação muito grande, cujas bases permanecem até hoje, apesar das alterações de muralhas do período Bizantino, que procurou colocar dentro do perímetro vários lugares sagrados do cristianismo. Foi no ano 395 dC que houve a separação dos Impérios Romano e Bizantino (cristão), passando a Palestina ao controle de Constantinopla (Bizâncio).

A partir dessa data, as invasões foram tantas que resolvemos organizar um quadro cronológico, com os “invasores”, os “habitantes” principais, por ordem decrescente e “condições especiais” verificadas.

4. Invasões à Palestina

4. a. Quadro Cronológico

Quadro Cronológico (todas as datas são dC – depois de Cristo)			
<i>Datas (de-até)</i>	<i>Invasores</i>	<i>Habitantes (por ordem decrescente)</i>	<i>Condições Especiais</i>
395-614	Bizantinos	Cristãos-Judeus	Judeus sofrem restrições e se dispersam pelo país.
614-628	Persas	Judeus-Cristãos	Judeus aliados dos persas; Depois, perseguidos por eles.
629-638	Bizantinos	Judeus-Cristãos	Acordos e rompimentos: Judeus e Cristãos; Judeus procurados por Maomé para acordos ² .
638-1070	Árabes (muçulmanos)	Árabes-Judeus-Cristãos	Judeus em Jerusalém; Acordos entre Judeus e Árabes; Paz para os Judeus.
1070-1090	Turcos (Seldjúcidas)	Árabes-Judeus-Cristãos	Muitos centros judaicos no exterior
1090-1187	Cruzados (Império Latino de Jerusalém) (1ª e 2ª Cruzadas)	Judeus-Árabes-Cristãos	Judeus perseguidos Acordos entre Cristãos e Judeus Jerusalém proibida aos Judeus
1187-1244	Cruzados x Árabes (3ª, 4ª, 5ª) (Saladino)	Idem como p/anterior	Judeus voltam a Jerusalém e crescem em número Cristãos: representações religiosas
1244-1248	Mongóis	Idem como p/anterior	Os mongóis só se interessaram por pilhagens e saques
1248-1291	Cruzados (8ª Cruzada)	Idem como p/anterior	Queda de Acre Fim das Cruzadas
1291-1516	Mamelucos Muçulmanos (do Egito)	Judeus-Árabes mamelucos	Forte colonização judaica Imigração da Espanha Paz geral
1516-1917	Turcos otomanos	Judeus-Árabes-Turcos-Cristãos	Grandes fundações judaicas Frustrada invasão de Napoleão 1ª Guerra Mundial
1917-1948	Britânicos (Mandato)	Judeus-Árabes-Cristãos	Declaração Balfour (lar p/ Judeus) Governo Árabe na Transjordânia Distúrbios entre Árabes e Judeus ³ Estado de Israel Partição da Palestina entre Árabes e Judeus
1948	Líbano, Síria, Iraque, Jordânia e Egito invadem Israel	Judeus-Árabes-Cristãos	Judeus desafogam Cidade Nova Jordânia com a Cidade Velha de Jerusalém
1956	Egito x Israel	Judeus-Árabes-Cristãos	Vitória dos Judeus e conquista do Sinai
1967	Guerra dos Seis Dias	Judeus-Árabes-Cristãos	Israel conquista Gaza, Banda Ocidental e Golan
Hoje	Israel x Palestinos Israel x Sírios (Golan)	Judeus-Árabes-Cristãos	Mediante acordo, palestinos ocupam Gaza, Banda Ocidental, sob administração de Israel Israel ocupa trecho de Golan

4.b. Análise sumária do quadro cronológico

1 – O número de etnias da Palestina no período em estudo é tão numeroso que fomos forçados a reuni-las num quadro panorâmico, sem consideração de contingentes dispersos menos expressivos, sempre presentes pela área⁴. Somente foram consideradas “nações” como habitantes aquelas que mais se ligaram à terra, para simplificação do estudo.

2 – Os “cristãos” representam várias nações, presentes na Terra Santa na condição de ordens religiosas, guarda de lugares santos do cristianismo e peregrinações. Nós somos obrigados a reconhecer a sua crítica da colonização, especialmente no período das Cruzadas, quando, como combatentes, os cristãos cometeram desastrosos.

3 – Um ponto que chama a atenção é a presença de judeus em todos os períodos. Mesmo nos períodos Bizantino (Cristãos) e Árabe-Muçulmano (Árabes), embora em minoria, os judeus estavam distribuídos em núcleos por toda a área. Nos demais períodos, sempre foram maioria. Convém ressaltarmos que o entendimento entre árabes e judeus, naquela época, era mais fácil do que entre essas duas nações e os cristãos.

4 – De todos os povos que conquistaram a Palestina, somente dois demonstraram apego à terra: os judeus, em primeiro lugar, pelo sonho milenar de uma pátria fixa na Terra Prometida, sob a liderança monoteísta de Moisés e em fuga à brutal escravidão no Egito; e os árabes, na sua expansão, motivados por Maomé, a levar a bandeira do Islã.

5 – Não podemos esquecer ter sido a conquista da Palestina, por judeus e árabes, sem considerar a motivação, realizada pelas armas, o que implica serem essas duas nações adequadamente consideradas, pelos historiadores, “invasoras” daquela região.

5. O Estado de Israel e os palestinos: área, população e confrontos

Desde a invasão dos filisteus, a Terra de Canaã foi batizada pelos gregos como “Pa-

lestina” e essa palavra já foi sobejamente explicada por nós em artigos anteriores. Assim, os dois povos habitantes da terra, os israelitas e os filisteus, foram realmente os “palestinos”. Muito depois, já no período romano, com o imperador Adriano, a região foi batizada com o nome oficial de Síria-Palestina (abreviada em Palestina) cerca de 135 dC, com os israelitas caracterizados, então, por judeus, samaritanos, galileus e idumeus, e constituindo os autênticos “palestinos”. Após a invasão árabe-muçulmana de 638 dC, os árabes passaram a ocupar definitivamente a Palestina, em maior ou menor grau, e formaram, com os judeus, já então personalizando todos os antigos israelitas, e sempre presentes na área, o contingente definitivo da Palestina. Os demais povos nunca se ligaram a ela. Somente com a criação do Estado de Israel, proclamado pela ONU em 1948, é que os dois povos foram “batizados” separadamente: os judeus e os palestinos (árabes). Essa é uma verdade incontestável.

A área destinada aos judeus (Erets Israel), mais ou menos correspondendo à atual, tem pouco mais de 20.000 Km², menor que o nosso Estado de Sergipe, e a área destinada aos palestinos (árabes) menos de 10.000 km².

As populações, em 1948, eram aproximadamente 630.000, os judeus, e 140.000, os árabes muçulmanos.

Mesmo sem contarem com os recursos de hoje em censos demográficos, os mandatários britânicos, responsáveis pela partição da terra, procuraram atender, tanto quanto possível, à situação *ut possidetis*⁵ existente. Com sua natural habilidade, na busca do mais indicado para a conciliação, os ingleses procuraram a divisão mais prática, uma vez que, desde 1921, os conflitos eram frequentes entre árabes e judeus, quase todos de natureza agrária.

Os conflitos foram motivados pela imigração crescente de judeus oriundos da Europa, particularmente da URSS, de onde trouxeram uma verdadeira ideologia social-revolucionária do campo, com a fundação das

fazendas coletivas de diversos tipos de socialização (Moshavá, Moshav, Kivutsá, Kibuts)⁶, o que forçou os tradicionais e humildes agricultores palestinos a abandonar seus assentamentos, porquanto não podiam competir com a tecnologia adquirida pelos judeus na dispersão. Nem mesmo um Estado Árabe, criado na Transjordânia, serviu para contrabalançar as forças.

Tão logo os ingleses deixaram a Palestina, ainda mesmo em 1948, o Líbano, a Síria, o Iraque, a Jordânia e o Egito invadiram Israel, com o propósito de liquidar o inimigo comum no nascedouro.

Embora muito superiores em número, os países árabes foram derrotados, numa guerra chamada pelos judeus de “Libertação”. Porém o lucro territorial de Israel não foi grande. Conseguiram liberar a Nova Jerusalém (a judaica) da pressão árabe e conquistaram alguns pontos estratégicos para futuras ações. No entanto, a Velha Cidade de Jerusalém ficou nas mãos da Jordânia.

No ano de 1949, um armistício entre árabes e judeus destinou a Banda Ocidental, ou Margem Ocidental, para os palestinos, administrada pela Jordânia, e também para os mesmos a Faixa de Gaza, esta última administrada pelo Egito.

Com a Guerra dos Seis Dias, em 1967, e ampla vitória de Israel, os judeus reunificaram Jerusalém (tomando a Velha Cidade da Jordânia), e assumiram o controle e a administração da Banda Ocidental e da Faixa de Gaza, além do que conquistaram um trecho das Colinas de Golan, pertencentes à Síria.

A Península do Sinai, conquistada duas vezes do Egito, em 1956 e 1967, foi logo em seguida restituída ao Egito, mediante acordo e pressão internacional.

6. Elementos essenciais e antagonismos para solução do conflito

6.a. Elementos essenciais

São elementos de análise, fundamentais para a formulação das propostas de solu-

ção para o conflito judeu-palestino no Oriente Médio, sem os quais toda e qualquer iniciativa na busca da paz na região está condenada ao fracasso desde o início.

1) Jerusalém

É uma aspiração de judeus, árabes e cristãos. Os judeus a veneram como centro de todo o seu ideário bíblico, desde o tempo de Abraão e Melquizedec, com o nome de Salém. A partir de sua conquista por David, um pouco mais de um milênio antes de Cristo, a cidade foi conquistada e destruída quase vinte vezes e ressurgida por uma vontade férrea de seus habitantes.

Somente depois da proclamação do Estado de Israel, os judeus já entraram em guerra por ela duas vezes. A primeira, liberando a Cidade Nova (a judaica) do cerco jordaniano; a segunda, conquistando a Cidade Velha, e reunificando a magnífica Capital.

Os árabes, quando a conquistaram em 638 dC, transferiram os mecanismos administrativos para Ramla, perto de Lida, para não ferirem a magnitude mística da sua nova Cidade Santa por adoção, já que as suas Cidades Santas de origem são Meca e Medina.

Passaram a chamar Jerusalém de Al Quds Ash-Shariff⁷ (o Venerável Santuário) e construíram na Esplanada do antigo Templo judaico a Mesquita Al Aqsa, a terceira na hierarquia islâmica, e a “turística” Mesquita de Omar (na realidade Domo de La Roca), de onde Maomé, segundo uma tradição paralela, foi elevado aos céus.

Como os judeus, os árabes tomaram parte nas guerras de 1948 e 1967 por sua posse e, na nossa opinião, essa ansiedade pela formação de um Estado Palestino nada mais é que a busca de um meio bem estruturado para a conquista futura da cobiçada Capital.

Os cristãos já participaram de oito expedições (Cruzadas) para a posse de Jerusalém com a bandeira de “livrar a Palestina das mãos dos infiéis”, e, com o fracasso, só nos resta a nós, cristãos, o recurso fácil e poderoso da oração, o livre turismo e as peregrinações à Terra Santa.

Esclarecemos que todas essas considerações se referem à Velha Cidade, à bíblica (intramuros) e só se estendem à Nova (judaica) se falarmos dos judeus, construída bem maior, em área e população, e onde estão instalados os órgãos do Governo.

2) Retorno à Palestina

Ressaltado no número 5, anterior, a imigração de judeus, oriundos da Europa, no início do Século XX, é interessante notarmos que essas ondas de retorno à Palestina, em hebraico “Aliá”⁸, começaram ainda na dominação turca, a partir de 1888. Essas ondas se intensificaram depois da criação do Estado de Israel, motivadas pela mística da volta à terra sonhada, que, desde a derrota do ano 70 dC, os “Guardiães do Templo” (judeus que ficaram) procuraram manter com seu exemplo. A corrente migratória crescerá permanentemente, variando de intensidade conforme a situação política na Palestina e seu objetivo final atende a uma destinação quase messiânica.

Por seu lado, os palestinos sofreram muita pressão com a Guerra dos Seis Dias, cujo resultado foi um movimento centrífugo da Banda Ocidental para os países árabes periféricos, onde se tornaram desde logo um problema para os governos que os acolheram, constituindo um dos sérios desafios do Médio Oriente.

Esses refugiados palestinos, árabes, ansiosos pelo retorno às restritas áreas de onde saíram, não possuíam mística de Terra Prometida, mas uma grande necessidade de um nível aceitável de sobrevivência.

Eram numerosos, cerca de 4.000.000 (quatro milhões), que, somados aos judeus ainda por retornar, vão atingir uma proporção de 350 a 400 habitantes por Km², uma cifra preocupante. Como curiosidade, e para comparação, vamos citar alguns exemplos: Sergipe, o menor estado brasileiro, tem 68 hab./Km²; a Bahia, 23 hab./Km²; o Rio de Janeiro, 298 hab./Km², este o estado de taxa mais alta do Brasil, em virtude do Grande Rio. Esses são números aproximados, como também considerarmos 29.000 Km² a área total

da Palestina, somadas as duas áreas destinadas a judeus e palestinos. Todos os países, pelas condições geofísicas, possuem áreas não utilizáveis. Na Palestina também é assim, mas diferente, porque tudo ali é diferente do resto do mundo. Escassa em água doce, baixo índice pluviométrico e higrométrico, a região se espria ao Sul pelo deserto do Néguev, árido e inclemente, praticamente inabitável em curto prazo. Também as encostas das montanhas da Judéia, desérticas, a descer abruptamente para o Mar Morto, além de inabitáveis, constituem um desafio para qualquer turista “acrobata”. Essas duas áreas, somadas, constituem cerca de um terço da superfície total da Palestina.

Com todas essas dificuldades, os judeus e os árabes-palestinos são encantados por essa terra. Também os de outras nacionalidades, vivenciando-a turisticamente apenas de relance, já ficam fascinados pelo seu valor histórico e messiânico, e desejam a ela retornar sempre que possível.

3) Golan

As colinas de Golan estão situadas na Síria. O trecho ocupado por Israel em 1967, num arriscado avanço de fim de jornada, e caracterizado por um erro infantil dos defensores sírios, tem uma superfície de 1.150 Km².

Com essa ocupação, Israel, na Guerra de 1967, resgatou uma tropa altamente especializada que operava no vale Nordeste da Alta Galiléia.

No nº 153 desta Revista, no artigo “Israel – Estado e Religião”, abordamos esse assunto, ressaltando o valor tático dessas alturas, com o potencial de destruir, até com armas de tiro tenso (metralhadoras, fuzis, etc.), qualquer tropa em circulação no vale do Jordão superior, entre Cafarnaum e Dan, área absolutamente necessária para a segurança dos 80 Km de extensão da fronteira com a Síria. Essa área, somada aos 120 Km com o Líbano, torna a fronteira Norte-Nordeste de Israel uma região crítica.

Dessa forma, julgamos o tema “Golan”, embora aparentemente de menor importân-

cia, inegociável para Israel, como busca de uma solução de paz com os palestinos.

4) Faixa de Gaza

Sempre tem sido um problema para os judeus. Historicamente, para falar com sinceridade, nunca pertenceu a Israel, a não ser como base provisória de ações defensivas ou ofensivas ou como refúgio nos períodos de invasão estrangeira.

Desde o tempo dos filisteus, quando estes mantiveram a predominância de toda a faixa com capital em Gaza, durante o Reino de Israel, e posteriormente durante as campanhas pela Palestina – em que Gaza se caracterizava sempre por um “sabor” egípcio –, somente com o Estado de Israel e as suas contundentes vitórias com seu vizinho de oeste, Gaza passou a ser integralmente judaica, trazendo mais problemas e preocupações do que vantagens para o governo de Jerusalém, apesar de sua excepcional posição estratégica como “Posto de controle” da “Via Maris” dos romanos.

Vários complicadores poderiam tornar a Faixa de Gaza uma ameaça muito maior como área de fronteira:

I – Fazer parte, como terminal, de uma fronteira seca, marcada sobre a areia do deserto, que vai de Rafá, na ponta Oeste, a Eilat, no Mar Vermelho, com 180 Km de extensão, facilmente infiltrável, particularmente nos trechos não controlados, propiciando a passagem subterrânea de armas e explosivos;

II – Ponto de fácil reunião de terroristas, que a ela têm acesso por terra e por mar;

III – Sua compartimentação seletiva (divisão em blocos), não somente na zona rural como também na urbana, numa faixa litorânea de 50 Km x 6 Km, oferece condições favoráveis a ataques aéreos e terrestres de blindados;

IV – Tem servido de alternativa para assentamentos judaicos em sítios palestinos, com as naturais complicações futuras;

V – Embora um tanto excêntrica em relação ao coração da Palestina, dista pouco mais de 40 Km do porto de Ashdod, o mais

moderno e, do ponto de vista militar, mais operacional de Israel, o que o torna um alvo em potencial de ações oriundas de Gaza;

VI – Apesar da limitada área (cerca de 300 Km²) possui uma expressiva população, um milhão de palestinos, e apenas alguns milhares de judeus assentados na periferia.

Com todos esses fatores de agravamento, que, sem dúvida, tornam a Faixa de Gaza uma região explosiva, de atritos constantes, não a julgamos – em consultando a história e a filosofia política de Egito e Israel – uma ameaça à segurança nacional desses países vizinhos. Por isso, não vamos considerar a Faixa de Gaza, no item a seguir, um “antagonismo”, senão um “elemento essencial” nas propostas de paz, contudo perfeitamente manobrável na mesa de negociações.

6.b. Antagonismos

São fatores que não somente dificultam, mas impedem qualquer resposta de paz no conflito do Oriente Médio entre judeus e palestinos.

1) O Estado de Israel

Após quase quatro milênios de lutas e vicissitudes por uma pátria fixa, dela várias vezes desterrado pela força, e a ela retornando insistentemente para juntar-se aos que, sonhadores, sempre permaneceram na Palestina, o povo judeu, finalmente, conseguiu o reconhecimento de seu vínculo histórico à terra de adoção. Esse reconhecimento deu-se, primeiramente, em 1917, pela Declaração Balfour e cristalizou-se posteriormente, em 1947, pela ONU, mediante uma resolução que criou o Estado de Israel na Terra de Israel.

Além disso, determinou (a resolução) aos habitantes judeus da Terra de Israel que tomassem, eles próprios, todas as medidas para a organização de um Estado soberano. Uma das medidas, já iniciada anteriormente nas Guerras Mundiais (1^a e 2^a), em que os judeus atuaram como tropa auxiliar dos aliados contra a Alemanha, foi a organização de uma força de defesa, com o apoio dos

aliados ocidentais, especialmente os EE. UU., e com o suporte de uma indústria bélica própria da alta tecnologia que já despon-tava.

Até aqui, nada de novo a destacar.

Acontece, porém, que os países árabes ou arabizados que circundavam a Palestina, e que foram conquistados pelas armas, sob a bandeira do Islã e com a decisiva utilização do idioma árabe, tinham agora como centro e pólo do dispositivo um país com outra filosofia religiosa, outras tradições, um idioma – embora semítico – que apresenta sensíveis diferenças com aquele, e, além de tudo, um país impregnado de ocidentalismo.

Em síntese, um inimigo à vista, quase dentro de casa, muito bem armado e o único país não conquistado.

Era necessário acabar com ele no nascedouro.

Tão logo os britânicos se retiraram, ainda no ano 1948, o Líbano, a Síria, o Iraque, a Jordânia e o Egito invadiram o Estado de Israel, com o fim de destruí-lo.

Nascia assim um antagonismo permanente, que iria crescer cada vez mais com a vitória de Israel na chamada “Guerra de Independência” e mais ainda com a “Guerra dos Seis Dias”, em 1967, em que Israel assumiu o controle da Banda (ou Margem) Ocidental, ou Cisjordânia, da Faixa de Gaza, e ocupou um trecho das alturas de Golan, além de reunificar a Grande Jerusalém (a Nova e a Velha Cidade).

2) Essa situação, a atual distribuição de áreas e responsabilidades, com pequenas alterações, é conseqüência do último episódio de guerra convencional, na qual os árabes sofreram uma derrota contundente, e tiveram a convicção de não poderem enfrentar os judeus nesse tipo de operação militar. Por esse motivo, procuraram uma nova modalidade de luta armada. Após inúmeras dissidências e cisões entre grupos de influência religiosa e política, comuns na comunidade árabe, foi vencedora a idéia da adoção de ações extremadas, que, no conjunto, cons-

tituem o “terrorismo” atual, variando de isoladas ações individuais ou de pequenos grupos em assentamentos judaicos da zona rural a ataques suicidas por homens-bomba nos centros urbanos. Surge aí o segundo antagonismo, cujos resultados não comentaremos, porque são publicados diariamente por todos os meios de comunicação.

3) A resposta do Exército de Israel a esses atos é implacável e, dos dois lados, tem morrido um número expressivo de civis inocentes, incluindo mulheres e crianças, o que forçou, por diversas vezes, o encontro de líderes judeus e palestinos com o fim da parar a mortandade.

O resultado dessas reuniões de dirigentes caracterizou então uma falha na liderança política palestina, enquadrada como “antagonismo”, e um dos mais sérios, que classificamos como o de nº 3.

Essa ausência de líderes civis, democráticos, que, no mundo árabe, podemos chamar de “seculares”, é facilmente explicável. Os palestinos são provenientes de países árabes ou arabizados, adotaram formas de governo teocrático-monárquicas, centralizador, quase sempre despótico e exercido por elementos da linha sucessória da realeza, e ainda são ligados, com menor ou maior dependência, a líderes religiosos do Islã.

Essas formas teocráticas de governo tiveram origem na Arábia Saudita e foram exportadas pela expansão árabe. Fora desse modelo, só existem lideranças despóticas.

Quando Yasser Arafat, na ausência de um Estado Palestino, organizou a OLP (Organização para a Libertação da Palestina), deu-lhe caráter nacional e passou a “Presidente da autoridade palestina”, sensibilizando o mundo ocidental (foi aclamado de pé na ONU) por sua tentativa de criar um perfil de líder democrático. Ele organizou um conselho político, um embrião de um órgão dirigente do futuro estado palestino, que não lidera absolutamente nada.

Os verdadeiros líderes, os religiosos da ala radical, contam com o apoio total da população, como, por exemplo, Ahmed Yas-

sim, líder do Hamas, e seu sucessor, Abdel Rantissi, recentemente eliminados.

Os chefes islamitas da ala moderada estão apagados, alienados do processo político. É uma perspectiva de cisão no Islã que já está produzindo seus efeitos, com a organização de congressos na Arábia Saudita e em outros países da Ásia, com o propósito de convocar toda a comunidade árabe internacional à verdadeira e autêntica doutrina de Maomé, absolutamente contrária à violência.

Quanto a Arafat, a despeito de manter uma boa dose de popularidade com o povo palestino, vem perdendo a confiança dos emissários ocidentais, adquiriu a suspeição dos dirigentes judeus e está desgastado nas bases radicais da luta armada palestina.

Talvez isso tenha sido a sua salvação. Ninguém até hoje conseguiu definir a sua personalidade, nem o que é, nem o que pretende exatamente.

4) Fronteira

A única fronteira física, geográfica, definida, existente no território palestino, é parte da fronteira Nordeste com a Síria, onde a margem oriental do Mar da Galiléia (Lago Tiberíades, Quinéret, de Genezaré) serve de limite natural, continuada pela fronteira Leste com a Jordânia, formada pelo Rio Jordão, pelo Mar Morto e pela Baixada do Aravá.

A atual fronteira, a separar a Banda Ocidental da Terra de Israel propriamente dita, é uma fronteira seca, sem marcos geográficos, definida por acordos e absolutamente artificial.

Numa extensão aproximada de 800 Km, transponível por elementos a pé em qualquer trecho e por pequenos veículos em muitas passagens, também pode ser facilmente infiltrada por elementos terroristas, e expõe as cidades de Haifa (a 33 Km), Tel Aviv (a 25 Km), Lod (Aeroporto, a 12 Km) a ataques de todo o tipo, inclusive por mísseis de pequeno alcance.

Muito mais grave é a situação de Jerusalém, especialmente a Cidade Nova (judaca), abraçada pelas bordas internas dos dois grandes conjuntos territoriais palestinos,

além da ameaça constante e imediata do segmento oriental da Grande Jerusalém.

Essa fronteira, que pode ser chamada de “antagonismo vivo”, é causa de tensão contínua, para habitantes com compromissos e encargos de ambos os lados, espaço onde muitos circulam para o trabalho de cada dia, não pode ser substituída por uma muralha, uma solução pouco inteligente, por seus efeitos psicossociais e também por se tratar de um desafio a tentativas de demolições em represália.

No entanto, é preciso ressaltar que a fronteira, na situação política atual, não pode continuar como está, pois constitui uma fonte de atritos diários. E mais: se ela não for modificada e for criado o Estado palestino, constituir-se-á uma tragédia permanente, como a pior solução para esse conflito do Oriente Médio.

7. Um enfoque especial

Conforme assinalamos na “Introdução”, vamos fazer um pequeno comentário sobre o filme “A Paixão de Cristo”, que não pôde ser incluído na 1ª Parte deste artigo, em virtude de sua exibição aqui em Brasília ter ocorrido após o nosso trabalho ter sido enviado para publicação.

É do conhecimento público que o Mel Gibson sempre exagera na sua atuação como diretor ou produtor. Essa característica tem que ser levada em conta, com o devido desconto para as observações que faremos a seguir.

Se o diretor pretendia apresentar um filme para produzir choque, conseguiu o seu objetivo plenamente.

Também não concordamos com a opinião de segmentos da comunidade judaica, segundo publicaram alguns meios de comunicação, de que o filme era uma crítica severa ao povo judeu.

Somente assistimos ao filme uma única vez, mas guardamos de memória certos aspectos que nos impressionaram, pela justiça histórica e pela coerência mostrada na

interpretação dos principais personagens envolvidos naquele dramático episódio bíblico. Vejamos alguns desses aspectos:

1) A imagem de Maria, sóbria, moderada, de atitudes equilibradas em face do sofrimento do Filho e o ineditismo da frase “Meu Filho, até onde vais permitir esse sofrimento?”, durante a marcha para o Calvário. Isso jamais vimos anteriormente em filmes sobre o tema, eis que revela uma inteligente abordagem da percepção de Maria sobre a missão sobrenatural de Jesus, discretamente guardada;

2) As vestimentas das “mulheres de Jerusalém”, juntas com Maria, vindas da Galiléia, combinam com as pesquisas fidedignas feitas pelos maiores especialistas no assunto, a que juntamos modestamente as nossas, realizadas durante muitos anos e algumas delas nos próprios locais onde transcorreram os eventos. Respeitou-se, ainda, o perfil antropométrico das “mulheres de Jerusalém”: estatura mediana, pele clara, dolicocefalas e de nariz afilado⁹. A fotografia é histórica, bem revelada e, acima de tudo, responsável;

3) A conduta dos judeus durante o julgamento na casa de Caifás não apresentou novidades: frustrados com o novo Messias, “que não era deste mundo”, desmoralizados publicamente pelos sinais de Jesus, ameaçados da perda dos privilégios oligárquicos pelos romanos e exaltados pela aproximação da Páscoa, que sempre causava excitação, os judeus (particularmente os dirigentes fariseus) se compensavam com as bofetadas e cusparadas gratuitas aplicadas no indiciado, expressão fiel da frustração e do desespero de que estavam possuídos.

Não vemos em que o Mel Gibson tenha exagerado.

Quanto aos romanos, uma análise mais profunda da Flagelação (um verdadeiro massacre), ponto mais alto do filme para produzir choque ao espectador, alinha duas séries de considerações: a primeira, a favor do diretor do filme; a segunda, fazendo-lhe certas restrições.

Primeira série de considerações:

1) Os romanos sempre foram cruéis. Sua crueldade vinha de longas datas. Somente como exemplos: no período da República, com a derrota de Espartacus, seis mil de seus adeptos foram crucificados; poucos anos depois, com a morte de Caio Grato, três mil seguidores foram trucidados com morte violenta. Os romanos receberam dos antigos o castigo da crucifixão e o aperfeiçoaram com as modalidades mais perversas;

2) Uma das modalidades era fazer preceder a crucifixão pela flagelação, em que o condenado era açoitado com chicotes com argolas de metal nas pontas, para debilitá-lo e apressar sua morte na cruz. Isso, não para diminuir o tempo de sofrimento, mas para aumentar a disponibilidade de cruces;

3) Pôncio Pilatos, tudo indica, não queria crucificar Jesus, pois disse ao tribuno, seu auxiliar, para recomendar uma punição exemplar, mas evitar a morte. Com isso, queria apenas a exibição do indiciado, flagelado, para depois soltá-lo. Provavelmente não assistiu à flagelação e abandonou o Cristo à sanha dos algozes. Estes aproveitaram a oportunidade e deram vazão a seu ódio aos judeus (principalmente ao “Rei dos Judeus”) e ultrapassaram o número de chicotadas estabelecidas pela lei;

Os argumentos acima defendem a posição do diretor do filme em projetar a flagelação de Jesus como um massacre sem paralelo na História. Mas as seguintes considerações contrariam essa descrição do fato.

1) No tempo de Pilatos, as leis romanas eram caprichosamente explícitas, para não dar margem a interpretações erradas, especialmente por parte dos judeus, para evitar atritos. Alguns anos depois da morte de Jesus Cristo, Paulo de Tarso iria beneficiar-se dessa preocupação constante, pois o fato de ser cidadão romano o livraria de punições e talvez da morte em Jerusalém. Os romanos, em respeito aos costumes judaicos, não despiam completamente os condenados, limitando o número de chicotadas na flagelação. Ou seja, o condenado, amarradas as

suas mãos a um poste ou coluna, era chicoteado não pela frente, mas nas costas nuas, para que não fossem atingidas diretamente partes vitais e produzissem a morte nesse ato. Sendo um suplício público e controlado, tudo isso sugere uma flagelação um tanto diferente;

2) Os episódios posteriores à flagelação mostraram que Jesus ainda guardava alguma reserva de ânimo:

- carregou uma cruz completa, pesando 50 quilos no mínimo, em boa parte do percurso abrupto de 600 metros, embora caindo três vezes e contando com o auxílio do Cirineu;

- chicoteado constantemente, conseguiu levantar-se três vezes, embora trôpego, e retomar a caminhada;

- dirigiu-se, com voz audível, às mulheres de Jerusalém, fazendo-lhes recomendações de caráter doutrinário, o que indicava completo controle mental;

- pregado na cruz, perdendo mais sangue, falou palavras suficientemente altas para ser ouvido pelos judeus que passavam a certa distância, e conseguiu resistir vivo por quase três horas.

Nenhum homem normal, por mais vigoroso que fosse, resistiria vivo a tantos esforços depois de uma carnificina daquelas;

3) O convento das Irmãs de Sion, situado sobre as ruínas da Fortaleza Antonia, inaugurado em 1868, é um valioso arquivo de documentação dos principais episódios da Paixão de Cristo. O convento foi construído exatamente sobre a Litóstrotos e o Portão da frente da Fortaleza. São, pois, de capital importância as considerações emitidas nas publicações oriundas do Convento. Uma delas, "Antonia Lithostrotos", edição de 31-09-62, em francês, sugere que a Coroação de Espinhos deve ter acontecido em virtude de terem os soldados romanos realizado com Jesus, ao vivo, o "Jogo do Rei". Este exigia do condenado vários movimentos e atitudes impraticáveis para um exaurido quase morto;

4) Outro argumento não muito comentado pelos analistas é a atitude de admiração

de Pilatos (Marcos, XV, 44), ao receber o pedido do corpo de Jesus, por José de Arimateia. Não acreditando ter Jesus morrido, mandou chamar o centurião, para se certificar do relatado. Isso quer dizer:

- ou Pilatos estava esperando um fato sobrenatural, influenciado pela sua mulher, angustiada pela condenação;

- ou a recomendação feita por ele, Pilatos, ao encarregado da flagelação não foi aquela explicitada no filme (este baseado, naturalmente, em fontes fidedignas), mas para poupar o condenado. Em verdade ninguém sabe o que foi dito realmente.

Julgamos, sinceramente, que os argumentos dessa 2ª série não são suficientemente convincentes para anular a versão exibida no filme. Assim, reconhecemos ter Mel Gibson, como diretor de "A Paixão de Cristo", realizado um trabalho magistral.

8. Conclusão

Durante o longo período da História aqui estudado, quase dois mil anos, foi elevado o número de nações presentes na Palestina, consideradas "invasoras". Como "habitantes", isto é, os que mais se ligaram à terra, despontaram os judeus e os árabes¹⁰.

A seguir, vieram os cristãos, embora não caracterizando uma nação, mas representando uma série delas. Os cristãos bizantinos foram os primeiros a assumirem os encargos de colonização da turbulenta Síria-Palestina, em uma transferência automática do poder romano, de Roma para Bizâncio (Constantinopla). Essa representação multinacional, a Bizantina, cujo ápice foi atingido com as Cruzadas, consistiu, na maior parte do tempo, em representações de ordens religiosas.

É curioso notarmos que a pequena Palestina, atração mística desde os tempos bíblicos, reparte a sua história atualmente com as três grandes filosofias monoteístas: o Judaísmo, dos judeus; o Islamismo, dos árabes; e o Cristianismo, de várias etnias do Ocidente e de parte do Oriente.

Como o conjunto dessas três crenças expressa um contingente de quase dois bilhões e meio de seguidores, detentor de mais de 80% da tecnologia mundial e controlador da comunicação global, podemos dizer que a Palestina se transformou num centro de tensão internacional, cujos antagonismos vão ficando cada vez mais sérios, sem perspectiva de neutralização a curto ou médio prazo.

Então – perguntarão os leitores –, não há solução para o conflito do Oriente Médio?

Se continuarem os antagonismos, entre judeus e árabes, bem como persistir a mediação – quase sempre de ocidentais –, a aplicar terapias ilusórias, com foco apenas na cura dos efeitos, valendo-se de ingredientes artificiais e inócuos, a nossa resposta é negativa.

As propostas de paz somente terão resultados compensadores se forem eliminadas, ou pelo menos contornadas, as causas profundas dessa incompatibilidade atávica entre essas duas nações, assentada, sem dúvida nenhuma, em base prevalentemente religiosa.

As duas etnias possuem fundamentos, estrutura cultural e material humano condizentes com uma reformulação filosófica, o que implica mudanças de conceitos, traduzidos em atitudes, algumas delas anti-páticas (no âmbito das suas próprias comunidades), entre as quais sugerimos, como exemplo:

A – Para os judeus.

1) Uma reavaliação do critério “o trunfo é Espadas”, simbolismo da idéia “olho por olho, dente por dente”, com que a nação judaica se estruturou no período bíblico. O “Senhor dos Exércitos” presidia o destino dos combates diretamente, em consonância com a dureza dos sentimentos na época, a justificar essa atitude. Agora, porém, “o trunfo é Copas”, isto é, o coração deve impelir as coletividades para a busca de solidariedade, da harmonia entre os povos, da paz entre as nações, ante o desencanto das guerras modernas;

2) A noção de “Povo de Deus”, para uma única minoria étnica, embora valorosa e respeitada pelos mais heróicos eventos bíblicos e eventos históricos, não encontra aceitação em outras confissões, ou seitas religiosas, e está completamente superada no atual estágio da cultura filosófica moderna. Independentemente da universalidade de Paulo de Tarso – que, sabemos, não ser do agrado dos judeus –, esse conceito, de restrição messiânica, não mais atende aos reclamos do ecumenismo religioso e humanístico.

B – Para os islamitas (muçulmanos).

1) É necessário que os líderes religiosos, os guardadores fiéis dos ensinamentos da mais pura essência moral, de Maomé, e que são de fato a maioria, levem à frente a reação já iniciada no mundo islâmico contra a chamada ala radical. Esta, por sua posição extremada, aproveita-se do fundamentalismo religioso de expressiva parcela da população árabe para pôr em prática uma atuação armada assemelhada a uma guerra santa. Esse movimento de protesto à atual política de tolerância do terrorismo, embora não caracterize ainda um cisma, já promove congressos, passeatas e manifestações públicas em vários países da Ásia, inclusive no Iraque;

2) A ala conservadora está precisando mesmo é de personalidade para o enfrentamento decidido com os mandantes terroristas, que escolheram uma modalidade de luta completamente desafinada com os textos do Corão, maldosamente adulterados na sua interpretação pelos radicais.

Urge esclarecer os muçulmanos dessas facções terroristas que o Islã não pode servir de argumento místico para a justificativa de ações de barbaridade pré-histórica, vazias de qualquer sentimento de humanidade, e, muito menos, para sensibilizar a comunidade, simpatizantes e a população árabe em geral, no sentido de criar imagem de guerra santa à reação contra a ocupação estrangeira. Nessa campanha psicológica, os líderes terroristas estão manipulando,

com muita inteligência, parte expressiva da imprensa ocidental. Esta última não assimilou, ainda, a ameaça maior que paira sobre a comunidade internacional.

C – Para os cristãos

1) No Velho Mundo, as comunidades, em geral, estão apavoradas com o terrorismo. Nações com o mais tradicional e exemplar repertório de luta pela cristandade estão perdendo a personalidade e, como robôs teleguiados, modelam a sua política externa, e mais ainda a interna, em função de ameaça à distância de grupos terroristas. Potências, historicamente aureoladas pelo orgulho nacional, episodicamente se reúnem para uma atuação efetiva contra essa ameaça, mas na realidade esses encontros multinacionais não têm caráter prático, seu papel é a transferência das soluções indefinidamente, contanto que não sejam inscritas na chamada “lista negra”. Utilizam mecanismos paralelos de compensação publicitária, como a proibição de símbolos cristãos e véus muçulmanos, em defesa da soberania do Estado diante das influências monoteístas. Seus representantes fazem um jogo de equilibristas virtuosos, e artisticamente o fazem desde os últimos conflitos no Oriente.

2) No Novo Mundo, os americanos, do Norte, estão querendo levar o seu reconhecido sistema democrático às nações muçulmanas, particularmente às árabes. Não se lembram de que essas nações são oriundas da Península Arábica, berço do conservadorismo, que exportou governos monárquico-teocráticos para toda a região, e que, por sua tradição milenar, conservará seu modelo ditatorial de governo. Utilizam os americanos os chamados direitos humanos para pretexto de suas guerras de conquista, mas são surpreendidos com a quebra desses direitos pelos seus próprios nacionais.

3) É um “farisaísmo” do mais alto nível no nosso mundo ocidental, que não possui credenciais para ditar regras sobre como as muçulmanas devem-se vestir ou como os judeus e os palestinos devem-se tratar mu-

tuamente, eles que, adeptos de outras filosofias religiosas, modelam-se por padrões sociais de conduta diferente, têm uma visão particular dos direitos humanos e, imediatamente, pagam um preço alto e imediato por qualquer iniciativa errada que tomam.

Apesar de tantas contradições e distorções de julgamento, o mundo civilizado, mais particularmente o ocidental, tem conseguido neutralizar parcialmente os antagonismos e manter uma custosa sobrevivência, malgrado alguns desgastes, graças a uma política de acomodação e concessões mútuas. Fazendo uso de prazos indefinidos, o Ocidente vai transferindo para o futuro a solução de problemas inadiáveis.

Contudo, surge agora um fato novo, um antagonismo universal, de muita gravidade e preocupação: a possibilidade de domínio da tecnologia nuclear e de aquisição de ingredientes radioativos para a construção de artefatos atômicos por parte de grupos terroristas, que podem empregá-los irresponsável, desesperada e fanaticamente.

A ação terá um efeito devastador.

A reação dos países desenvolvidos – uma vez atingidos –, que já dispõem desse instrumento de destruição em massa, em grau muito maior de poderio e eficácia, seria implacável, não tenhamos dúvida, e as conseqüências catastróficas.

O prazo de que dispúnhamos para uma solução racional está-se acabando e, quem sabe, já se acabou, pois o controle do “mercado negro” de material atômico é praticamente impossível, segundo declarou publicamente um dirigente do órgão internacional de fiscalização.

Assim sendo, os responsáveis pela segurança deste planeta, enquanto é tempo, devem fazer uma reciclagem – inclusive espiritual – nos moldes das reformulações citadas, única forma de neutralizar essa ameaça real e global e de adquirir a força moral necessária à luta pela salvaguarda da civilização e sobrevivência da humanidade. Fora disso, não há salvação.

Notas

¹ As grafias de nomes próprios aqui presentes são apresentadas conforme são pronunciadas.

² Pouco antes de morrer, Maomé enviou emissários ao Sul da Palestina, próximo a Eilat, para contatos com judeus, prevendo uma futura invasão árabe.

³ Nesse período, ocorreram os primeiros distúrbios sérios entre árabes e judeus, após a Declaração Balfour.

⁴ Considerações sobre minorias, como drusos, bahais, gregos, mesopotâmicos e outros, não foram levadas em conta para não sobrecarregarem o trabalho.

⁵ Expressão latina de direito que corresponde em português a “conforme a posse”.

⁶ Moshavá-aldeia; Moshav-aldeia de pequenos proprietários; Kivutsá-povoado coletivo; e Kibuts-povoado coletivo grande.

⁷ A grafia é Al Quds Al Shariff.

⁸ “Aliá” é uma transliteração do hebraico e significa “subida”. Sendo Jerusalém alta (830 metros de altitude), para o imigrante que lá chegava, subentendia-se que subia à Capital.

⁹ E bonitas, no juízo deste articulista.

¹⁰ Não foram considerados os romanos, porque já estavam na Palestina durante o período estudado na 1ª Parte.

Bibliografia

A PAIXÃO de Cristo. Direção e produção de Mel Gibson. Estados Unidos; Itália: Fox Films, 2003. 1 DVD (127 min.), Widescreen, color.

BAHAT, Dan. *Veinte siglos de vida judia*. Jerusalém: [s.n., 19--?].

BURNS, Edward Mc Nall. *História da civilização ocidental*. São Paulo: Globo, 1970. 2 v.

FARES, Mohamad Ahmad Abou. *O pilar da oração no Islamismo*. Curitiba: [s. n., 19--?].

GIORDANI, Mario Curtis. *História do mundo árabe medieval*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

JOSEFO, Flavio. *Guerra de los judíos: destrucción del templo y ciudad de Jerusalén*. Barcelona: Obras Maestras, 1961. 2 v.

RENAN, Ernesto. *O anti-Christo*. Tradução de Campos Lima. Porto: Chrdron, 1930. 390 p.

SAUD, Muhamad. *The concept of worship in Islam*. Pakistan: [s. n., 19--?].

VILNAY, Zev. *Guia de Israel*. Jerusalém: La Semana, 1977.

TORÁ, profetas e escrituras. [S. l.]: Israel agency, 1970. Em hebraico.

Tag Along

Mecanismo de proteção aos acionistas minoritários e de sustentação do mercado de capitais

Ricardo dos Santos Júnior

Sumário

1. Introdução. 2. Definição e conceituação do *Tag Along*. 3. Breve análise da relação entre poder de controle e o prêmio de controle e a diferença deste para o prêmio do § 4º do art. 254 da Lei n. 6.404/76. 4. Origem do *Tag Along*. 4.1. Origem no exterior. 4.2. Origem no Brasil. 5. Análise demonstrativa da importância do *Tag Along*. 5.1. A importância da governança corporativa para o *Tag Along*. 5.2. O *Tag Along* e a valorização das ações ordinárias. 5.3. Cautela no processo de alienação. 6. Conclusão.

1. Introdução

Com a dinamicidade da política econômica, grandes operações de concentração empresarial são realizadas. As sociedades anônimas de capital aberto são protagonistas de várias dessas operações, envolvendo, entre outros aspectos, os acionistas minoritários e o mercado de capitais. Uma vez que os acionistas minoritários não influenciam no negócio da alienação do poder de controle, qual a segurança oferecida a eles? E quanto ao mercado de capitais, que é dependente dos acionistas minoritários, qual a forma de sustentá-lo?

Procurou-se explicar, neste artigo, que, para o sucesso do mercado de capitais, os investidores têm de experimentar um teor mínimo de segurança que lhes proporcione a aplicação da sua poupança nas oportunidades de ganho então oferecidas. Os investimentos realizados têm de trazer, além da

Ricardo dos Santos Júnior é Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte – UniBH e candidato a MBA nos Estados Unidos.

segurança, liquidez e rentabilidade. Como os negócios realizados no mercado de capitais são saturados de especulações, promovendo grandes índices de insegurança nos investidores, alguns instrumentos asseguraram um patamar aceitável para a permanência desses investidores no referido mercado. Pretende-se, pois, demonstrar a importância do *Tag Along* como mecanismo hábil a proporcionar maior segurança aos acionistas minoritários no âmbito das sociedades anônimas (S.A.) abertas, constituindo, conseqüentemente, uma das bases de sustentação do mercado de capitais.

A origem do *Tag Along*, em nosso ordenamento jurídico, teve influência do direito estrangeiro. A primeira menção expressa na legislação brasileira ao *Tag Along* foi feita no art. 254 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (LSA). No entanto, em 1997, a Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997, retirou o *Tag Along* do sistema legal brasileiro em uma manobra estratégica, gerando insegurança nos acionistas minoritários e abusos nas alienações do poder de controle. Em 2001, a Lei conhecida por ter provocado uma minirreforma na legislação das S.A. reintroduziu o benefício do *Tag Along*, garantindo um padrão adequado de segurança aos investidores do mercado de capitais. Ressalta-se que o benefício reingressou no diploma legal com algumas melhorias, ainda que o valor da compra das ações dos minoritários seja menor do que o estipulado na redação original de 1976.

Embora se trate de relevante mecanismo nas diferentes formas de alienação, o *Tag Along* oferece algumas dificuldades de conceitos básicos aplicação em determinados casos, sendo necessário explicar os a ele ligados. Diante disso, este artigo encontra-se dividido em alguns itens, de modo a explorar, de forma breve e analítica, os conceitos relativos ao tema. Uma vez explorados tais conceitos, procurou-se demonstrar a sua aplicação prática em casos recentes do cenário societário nacional, nos quais o mecanismo do *Tag Along* tem-se revelado como

sujeito principal. Tais casos subdividem-se em duas categorias: aqueles de repercussão nacional, noticiados pela mídia; e aqueles apreciados pelo Poder Judiciário, contribuindo para a formação da jurisprudência a respeito do tema.

Destarte, pretende-se demonstrar a importância do *Tag Along* para a proteção dos acionistas minoritários, bem como constatar que se trata de mecanismo fomentador do sucesso do mercado de capitais.

2. Definição e conceituação do *Tag Along*

A tradução da expressão *Tag Along* para a língua portuguesa, em sua literalidade, seria “etiquetar conjuntamente”. *Tag* ou “etiqueta” designa também o verbo *to tag* ou “etiquetar”, no sentido de estabelecer o preço de determinada coisa. Nesse contexto, a expressão relaciona o ato do acionista minoritário em precificar, com o alienante, suas ações em limites legalmente estabelecidos, quando do recebimento de uma oferta pública decorrente da alienação do poder de controle de uma sociedade anônima de capital aberto¹. Esse negócio jurídico é denominado, além de alienação, compra e venda ou aquisição.

O art. 254-A² da Lei nº 6.404/76 trata, em seu *caput*, das formas de alienação, que podem ser direta ou indireta. A primeira modalidade, mais corriqueira, constitui, segundo Modesto Carvalhosa (2003, v. 4, t. 2, p. 165), uma relação de poder que se estabelece entre o acionista controlador e os órgãos da sociedade, cuja fonte é o bloco de controle formado por ações de emissão da própria sociedade. A alienação indireta, entretanto, é aquela na qual o alienante não controla diretamente a companhia³ alienada, mas, por ser controlador de uma *holding*⁴, que, por sua vez, controla a companhia alienada, será indiretamente o controlador dela.

Existem também duas condições para se realizar a alienação: suspensiva ou resolutive. Na condição suspensiva, as partes do negócio jurídico – adquirentes e alienantes

– aguardam a realização da oferta pública aos minoritários para, então, contratar a alienação. Na resolutive, de praxe trivial, os efeitos do negócio são produzidos desde já, podendo ser anulados caso haja algum vício na oferta pública.

A oferta pública é obrigatória nas alienações de controle de companhia, devendo ser direcionada a todos os acionistas com direito a voto, quais sejam: os titulares de ações ordinárias (ON); os titulares de ações preferenciais (PN) que adquiriram o direito a voto pela falta de pagamento de dividendos nos últimos três exercícios; os acionistas preferenciais que não têm tal direito restringido expressamente no Estatuto Social; e, por fim, os preferencialistas que possuem o direito de saída conjunta previsto no art. 17, § 1º, alínea c, da LSA. Ressalta-se, contudo, que a habitualidade no mercado de capitais é vetar o voto aos preferencialistas, embora algumas empresas concedam esse direito – a Companhia Vale do Rio Doce é um exemplo.

Fábio Ulhoa Coelho (2002, p. 483) resume a única hipótese em que o preferencialista *nunca* poderá ser beneficiado pelo *Tag Along*:

“[...] se o estatuto da companhia aberta lhe assegurar apenas o direito ao dividendo diferencial (art. 17, § 1º, b, da LSA) e não contiver menção à realização do direito de voto na hipótese de não recebimento de dividendos por até três exercícios consecutivos. Neste caso, ele nunca terá direito de voto, posto que o art. 111, § 1º, só beneficia os titulares de dividendos fixos ou mínimos, e, em decorrência, não titularizaria em nenhuma circunstância o direito de saída conjunta”.

A ocasião adequada para a realização da oferta pública é à época da contratação da alienação, e não quando da efetivação do pagamento das ações alienadas aos controladores, constituindo-se uma proposta irrevogável, uma declaração unilateral de vontade e obrigatória do ofertante.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por atribuição prevista nos §§ 2º e 3º do art. 254-A, é responsável pela fiscalização do correto procedimento de oferta, assegurando que seja efetuado pelo adquirente do controle o pagamento mínimo de 80% aos sujeitos elencados no *caput* daquele artigo. Vale ressaltar que a oferta deve ser de no mínimo 80%, não estando o valor limitado a esse percentual. Há situações em que as companhias, como forma de atrair os investidores para a Bolsa ou para o mercado de balcão, prevêem em seu Estatuto Social o pagamento, pelo adquirente, aos minoritários, de 100% do valor pago em cada ação integrante do bloco de controle. É o caso, por exemplo, do Banco Itaú e da empresa Braskem, duas das companhias presentes na lista do *website* da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa) que oferecem tal atrativo.

Outro ponto de destaque no tema *Tag Along* é a possibilidade existente no § 4º do art. 254-A, que se refere ao pagamento de um prêmio para aquele acionista que, em vez de vender sua ação, decidir permanecer como acionista da companhia. Foi uma alternativa fornecida pelo legislador como forma de reduzir o dispêndio nas aquisições de controle de companhias abertas.

3. Breve análise da relação entre poder de controle e o prêmio de controle e a diferença deste para o prêmio do § 4º do art. 254 da Lei n. 6.404/76

Tomou-se como direção fundamental no desenvolvimento deste item o ensinamento do Professor Fábio Ulhoa Coelho (2002, p. 485), quando apresenta o mecanismo do *Tag Along* com um significado bem maior do que o simples direito de saída conjunta dos acionistas minoritários na venda do controle acionário de uma companhia:

“A expressão *Tag Along* deve ser traduzida literalmente por ‘fim conjunto’, com vistas a designar o encerramento da sociedade entre controladores e não-controladores em razão

da venda ‘simultânea’ de suas ações. [...] Ao receber o ‘Prêmio de Controle’, que significa não só o valor nominal das ações, mas todo o poder resultante do controle da empresa, o controlador pode estar se apropriando individualmente de um valor agregado à empresa pelo capital nela investido por todos os acionistas”.

Começamos pela definição legal de controlador. O art. 116⁵ da Lei nº 6.404/76 elenca, além das hipóteses de uma pessoa – natural ou jurídica – ser controladora nas sociedades anônimas, o momento em que o poder de controle se dá efetivamente e as responsabilidades oriundas desse poder. Entende-se que o conceito de controlador está intimamente relacionado ao conceito do poder de controle de uma S.A. O poder de controle pode ser avaliado como a possibilidade de determinada pessoa, ou grupo de pessoas, decidir a respeito do futuro de uma companhia em relação a inúmeros aspectos: âmbito comercial, de planejamento, de estruturação organizacional, etc. Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 207) também ensina:

“O acionista (ou grupo de acionistas vinculados por acordo de voto) titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de votos na assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores e usa, efetivamente, desse poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia é considerado, pelo artigo 116 da Lei 6.404/76, acionista controlador”.

O poder de controle pode dividir-se em interno ou externo. O controle interno representa aquele capaz de influenciar na gerência do negócio de maneira direta. Fábio Konder Comparato (1983, p. 38) recorda que Adolf A. Berle Jr. e Gardner C. Means (1940) identificaram e transpareceram em sua obra cinco tipos de controle: o controle fundado na posse de quase toda a totalidade das ações de uma companhia; o controle funda-

do na posse da maioria dessas ações; o controle fundado mediante expedientes legais (*through a legal device*); o controle com menos da metade das ações; e o controle administrativo ou gerencial (*management control*). Guilherme Döring Cunha Pereira (1995, p. 1) relembra as conclusões de Fábio Konder Comparato pela redução, depois de detido exame na obra americana, a quatro modalidades de controle interno conforme o grau crescente em que se manifesta a separação entre propriedade acionária e poder de controle empresarial: totalitário, majoritário, minoritário e gerencial. Sobre o tema, leciona Fábio Konder Comparato (1983, p. 196):

“A vida econômica moderna, porém, passou a contar com sociedades de controle minoritário, ou mesmo gerencial, graças ao vigoroso desenvolvimento do mercado de capitais e à grande dispersão acionária, verificada nas macrocompanhias de capital aberto”.

O controle externo representa, por sua vez, a possibilidade de a última palavra na condução de um negócio de determinada companhia ser advinda de alguém que não sócio. Seria o caso do endividamento de uma empresa, por exemplo. O Professor Fábio Konder Comparato (1983, p. 69) trata de alguns modelos proveitosos, entre os quais, um deles seria o de “alguns contratos de empréstimo a uma sociedade, com a atribuição ao mutuante, em garantia do seu crédito, da caução das ações do chamado bloco de controle”. Outro exemplo da influência *de fato* dos maiores credores sobre uma sociedade em situação econômica difícil seria a subordinação de um banco em face da ameaça de retirada dos depósitos de um grande cliente – o caso dos *petrodólares* depositados por alguns países do Oriente Médio em bancos ocidentais, por exemplo.

Guilherme Döring Cunha Pereira (1995, p. 16) ainda lembra oportunamente os casos de *franchising*⁶ e algumas hipóteses de sociedade em conta de participação. A causa da subordinação, a seu ver, não é tanto a

relação de débito, mas a existência de uma dependência dos conhecimentos especializados (*know-how*), dos produtos ou da *franchise*. Elucidemos com os contratos de concessão de venda de veículos. Os concessionários de veículos dependem das montadoras em diversos aspectos, quais sejam: treinamento para prestação de serviços de reparo, concessão de crédito para pedido de veículos nas fábricas, entre outros. Dessa forma, o concessionário está sujeito ao controle externo oriundo das montadoras. A importância da clara aceção do conceito de poder de controle torna-se necessária para entendermos a questão do prêmio de controle.

O poder de controle em uma companhia permite ao seu possuidor reconhecida vantagem sobre os demais acionistas. As ações sustentadoras desse poder de controle são negociadas por valor superior às demais. O *spread*⁷ pago pelo mercado é comumente chamado de *prêmio de controle*. O Professor Fábio Konder Comparato (1981, p. 212) enfatiza muito bem os dizeres de Henry Winthrop Ballantine, autor de *On Corporations*, ao repetir em sua obra, praticamente, todos os termos da seguinte decisão norte-americana:

“The right to manage and control a great corporation, to direct its policies, involving in many cases the rightful levy and expenditure of vast sums of money, is in itself, a right of great value”. (Carnegie Trust Co. vs. Security Life Insurance Co., III V³, 1, 68 S.E 412, 421).

(“O direito de dirigir e controlar uma grande companhia, definir suas políticas, envolvendo em vários casos o direito de orientar o gasto de grandes somas de dinheiro, é, em si mesmo, um direito de grande valor”.)

O ágio do prêmio de controle representa, portanto, um valor bem maior do que a simples valorização de mercado das referidas ações, sendo influenciado por situações justificadoras daquele *spread* pago pelo adquirente, incluindo a subscrição de capital por parte dos minoritários.

Aliás, oportuno diferenciar a expressão *prêmio de controle*, de *origem doutrinária*, do termo *prêmio*, expresso no § 4º do art. 254-A da Lei nº 6.404/76, de *origem legal*. No § 4º, foi instituída uma possibilidade de pagamento de um prêmio aos acionistas minoritários que permanecerem na companhia. Válido ressaltar que esse prêmio não é uma alternativa à oferta pública. Esta é uma medida obrigatória, ao passo que aquele consiste numa faculdade do adquirente. Destaca-se que o legislador, equivocadamente, utilizou o termo *opção* no § 4º, sendo este outro instituto das sociedades anônimas que fica sujeito a maliciosas interpretações.

O valor do prêmio de *origem legal* por ação deverá ser o resultado da diferença entre a cotação de mercado de uma ação e o valor pago por ação integrante do bloco de controle. Dessa forma, o legislador visou assegurar ainda mais o minoritário que deseje continuar como acionista da companhia, de modo que receba o mesmo ágio recebido por aquele alienante pelo investimento realizado por ambos – alienante e premiado – até o momento da alienação. Ressalta-se que o valor do prêmio não é restrito ao valor da diferença supracitada, podendo ser superior, mas nunca inferior.

4. Origem do Tag Along

O mecanismo de oferta pública presente na aquisição de ações visando à tomada de controle é uma das soluções de aperfeiçoamento do mercado de capitais, incorporada ao nosso ordenamento jurídico na década de 70, após certificação da sua eficiência no ambiente societário internacional. Passa-se a explicar sobre a origem do *Tag Along* no exterior e, posteriormente, no Brasil.

4.1. Origem no exterior

O *Tag Along* vem sendo disciplinado e aperfeiçoado em vários âmbitos mundiais, como demonstra claramente Fábio Konder Comparato (1983, p. 198-199). Afirma o autor que, em 1948, o *Companies Act* britânico

regulou a troca de ações de duas ou mais companhias, além de prever a aquisição compulsória das ações da minoria pelo lançador de uma *take-over bid*⁸, bem como o direito recessivo da minoria de obrigar o ofertante a adquirir suas ações. Aponta também o fato de o *Securities Exchange Act* de 1934 ter sido alterado, em 1968 e 1970, para regular as operações de oferta pública de compra ou troca de ações.

Além desses exemplos, Fábio Konder Comparato destaca a atuação expressiva de órgãos reguladores do mercado de capitais, como a *Securities and Exchange Comissions* (SEC), nos Estados Unidos, e a *Comission Bancaire*, na Bélgica. Iniciativas oriundas da Alemanha, Itália e França também foram incluídas no rol de exemplos elencados pelo autor.

Nos Estados Unidos, a origem do *Tag Along* está relacionada a alguns aspectos anteriores, como a proibição pela SEC do *insider trading* – uso de informações privilegiadas de uma companhia na negociação (compra ou venda) de suas ações e valores mobiliários. Lá, os tribunais federais reconhecem ao particular lesado um direito de ação visando à obtenção de ressarcimento a partir das regras estipuladas pela SEC.

Fábio Konder Comparato (1983, p. 239) também demonstra que, na França, em 1973, foi adicionado ao regulamento da *Compagnie des Agents de Changeo* mesmo princípio de igualdade de tratamento que regula as ofertas públicas de aquisição de ações, competindo à Câmara Sindical dos Corretores apreciar se há ou não cessão de controle. O adquirente fica obrigado a comprar, pelo preço da cessão originária, durante pelo menos dez sessões, todas as ações que lhe forem apresentadas.

4.2. Origem no Brasil

No Brasil, as iniciativas de proteção ao acionista minoritário começaram em alguns episódios ocorridos entre 1967 e 1973, nos quais o acionista controlador apropriava-se de todo o sobrepreço correspondente a várias vezes o valor de mercado da ação.

Um bom exemplo foi o de uma alarmante cessão de controle de um banco⁹ comercial, na qual os acionistas controladores do banco abusaram de sua posição para adquirir ações da minoria, revendendo-as, na posterior alienação do controle por ele detido, a preço muito superior ao daquela aquisição. A ação do Estado era necessária para ditar um regime de equilíbrio.

Em vista disso, o Deputado Herbert Levy foi autor de um projeto de lei, em 1972, que exarava a necessidade de proteger os acionistas minoritários, garantindo-lhes o recebimento da mesma quantia percebida pelos controladores na alienação de seus títulos. O projeto de lei, porém, era falho e restrito, não dispondo sobre a forma de garantir o direito atribuído aos minoritários. Limitou-se a mencionar sobre a *venda de controle*, não permitindo a ampla aplicação do princípio da igualdade. Ressalta-se que o *Tag Along* merece aplicação em qualquer transferência do poder de controle, e não apenas nos casos de venda.

Em 1973, foi apresentado à Câmara dos Deputados outro projeto, desta vez por sugestão da Bolsa de Valores, introduzindo na legislação brasileira uma inovação que viria a ser posteriormente adotada: a oferta pública de aquisição das ações pelo alienante aos minoritários. A despeito de essa tendência ter sido seguida naquela época em países estrangeiros, o projeto não se desenvolveu.

Em junho 1974, então, deu-se início oficialmente aos estudos para a reforma do Decreto-Lei nº 2.627/40. Observam-se os dizeres de Modesto Carvalhosa (1979, p. 119) que expõe em sua obra a previsão do II Plano Nacional de Desenvolvimento (aprovado pela Lei nº 6.151, de 4 de dezembro de 1974) do governo Geisel:

“Com o objetivo de proteger as minorias acionárias e desenvolver o espírito associativo entre os grupos empresariais privados, reformar-se-á a Lei das sociedades por ações tendo em vista os seguintes objetivos: [...] evitar que cada ação do majoritário possua

valor de mercado superior a cada ação do minoritário”.

A doutrina revela que, naquela conjuntura, transparecia o espírito predominante de proteger os acionistas minoritários nas alienações do poder de controle. O Congresso Nacional estava para divulgar o projeto de lei sobre as sociedades anônimas, no qual, tudo indicava, seria respeitado o princípio da igualdade de tratamento nas transferências onerosas de controle. Chegou-se a ponto de o Deputado Herbert Levy presumir desnecessária a reapresentação de seu projeto de lei na sessão legislativa de 1975. No segundo dia do mês de agosto de 1976, tal espírito fora abalado com a Mensagem nº 204, do Presidente da República ao Congresso Nacional, completamente contrária a todas as antecessoras. Ao oposto do aguardado, era manifesto naquela mensagem o reconhecimento do direito do controlador de apropriar-se do ágio oriundo da alienação.

Dada a grande resistência ao projeto governista, foi proposta a Emenda nº 232, de autoria de Herbert Levy, que sintetizava outras duas emendas sobre o mesmo assunto, mas era legislativamente confusa. Daí a aparição da Emenda nº 26, de autoria do Senador Otto Lehmann, corrigindo as falhas da Emenda nº 232 e prevendo, efetivamente, a obrigatoriedade da oferta pública na alienação do controle. Com a aprovação em plenário, a Emenda nº 26, conhecida como Emenda Lehmann, foi incorporada, em 1976, à nova Lei reguladora das sociedades anônimas, no art. 254. Naquele mesmo ano, essa Lei foi promulgada, sob o número 6.404, dispondo sobre as sociedades anônimas e substituindo o Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940.

O direito de saída conjunta era, então, de fato conferido aos acionistas minoritários com a redação original na Lei nº 6.404/76. Situado no art. 254, impunha ao adquirente do controle acionário de uma companhia a obrigação de pagar o mesmo preço pago ao alienante detentor do poder de controle. O art. 254 da LSA, em seu parágrafo

primeiro, previa o *tratamento igualitário aos acionistas minoritários*, que gerou, à época da promulgação dessa Lei, divergência de opiniões. Uns afirmavam que os minoritários seriam aqueles que não detinham o poder de controle, incluindo aí os preferencialistas sem direito a voto. Outros entendiam que a referência que o § 1º atribuíra era aos acionistas ordinários que não detinham o poder de controle. Então, a Resolução nº 401, de 22 de dezembro de 1976, oriunda do Conselho Monetário Nacional, regulamentou que a oferta pública seria obrigatória somente para aqueles acionistas minoritários *com direito a voto*, tendo a jurisprudência majoritária decidido no mesmo sentido.

Em 4 de dezembro de 1991, interessante acórdão sustentou o que fora determinado pela Resolução nº 401. Como recorrente em via de recurso especial, encontrava-se Clóvis Dalle Grave Silva e Outro contra os recorridos CVM, Savema S/A de Veículos Nacionais e Outro. O Ministro Garcia Vieira, Relator do recurso, acompanhado pelos demais integrantes do órgão julgador, negou provimento ao recurso:

“Ementa: Sociedade Anônima – Alienação do Controle de Companhia Aberta – Oferta Pública para Aquisição de Ações.

A Autorização para a transferência do controle de companhia aberta, através de oferta pública para a aquisição de suas ações, referendada pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Imobiliários, não envolve ações preferenciais, quando determina que seja assegurado o tratamento equitativo aos acionistas minoritários mediante simultânea oferta pública.

Somente os acionistas minoritários os portadores de ações ordinárias estão protegidos pela Lei societária.

Recurso improvido”.¹⁰

Ainda assim, com a questão relativamente pacificada quanto à proteção aos acionistas minoritários, o projeto de lei conhecido como Projeto Kandir resultou na Lei nº

9.457/97, a qual, além de outras modificações, dispunha sobre a extinção do art. 254 e dos §§ 1º e 2º do art. 255. Com essa extinção estratégica, após longo período, não havia mais a necessidade da oferta pública aos acionistas minoritários pelo exato preço pago aos alienantes. Modesto Carvalhosa (2003, p. 141) sustenta que permaneceu apenas a oferta pública voluntária, seja para a aquisição do controle acionário (art. 257, *caput*), seja para reforço do controle (art. 257, § 3º), ambos de parco uso na prática dos negócios.

Naquele tempo, estava ocorrendo no Brasil uma jornada de privatizações das empresas estatais. A justificativa dada para essa alteração legislativa era a necessidade de reduzir os custos da operação para o adquirente do controle acionário. Em vez de as disponibilidades de capital do comprador serem investidas na capitalização do caixa da companhia, seriam gastas com os minoritários não controladores. Portanto, a sociedade objeto da alienação nunca viria a usufruir aquele recurso.

Como na mesma época ocorria o movimento de privatização das empresas estatais no Brasil, não seria nada interessante para a União não se apropriar integralmente do ágio das ações por ela alienadas, dividindo o sobrepreço do prêmio de controle, como controladora, com os acionistas minoritários.

Outro ponto abordado pelo governo correspondia ao programa de autofinanciamento das empresas de telecomunicações. O governo precisava de recursos para sustentação e expansão de tais companhias e, então, optou por cobrar uma taxa na conta de cada usuário de linha telefônica. O recurso necessário para a sustentação supramencionada adveio dessa cobrança. Dessa maneira, no momento das privatizações ocorridas em 1998 e 1999, cada usuário seria cliente e sócio minoritário da companhia telefônica de sua região. Desse modo, seria impossível e economicamente inviável o pagamento do valor pago às ações integran-

tes do bloco de controle a cada usuário-acionista minoritário.

Propala-se a opinião de Modesto Carvalhosa (2002, p. 387) sobre a retirada do *Tag Along* da Lei nº 9.457/97:

“Tal medida constituiu um enorme retrocesso em nosso sistema de direito societário, tendo sido altamente lesiva aos interesses dos acionistas minoritários. [...] Ao mesmo tempo em que, entre nós, abolia-se o tratamento igualitário, verificava-se, no Direito Comunitário Europeu, nítida tendência em sentido contrário, ao determinar a Décima Terceira Diretiva”.

A extinção da oferta pública ensejou abusos praticados pelos novos controladores de companhias. Os acionistas minoritários estavam completamente desamparados no momento seguinte à alienação de controle. Deparamaram, entre outras conseqüências, com a perda da liquidez de suas ações, que lhes acarretou prejuízo patrimonial. Novamente, Modesto Carvalhosa (2002, p. 387) explana:

“Em alguns casos, após a aquisição do controle acionário, os novos controladores compravam no mercado quantidades significativas de ações de emissão das companhias, suas novas controladas, reduzindo gradativamente a liquidez de tais papéis, para depois promoverem o *fechamento de seu capital*, aos preços que lhes fossem mais convenientes. Em outros casos, os novos controladores compravam lotes significativos de ações a preços diferenciados, pagando a alguns minoritários, que lhes eram mais caros, preços menores”.

A Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, reavivou o extinto *Tag Along*, alterando o que era disposto originalmente em alguns tópicos. Interessante retratar, neste artigo, o retorno da oferta mínima, que atualmente é de 80% sobre o preço pago em cada ação integrante do bloco de controle, em vez dos 100% previstos na Lei de 1976.

5. Análise demonstrativa da importância do Tag Along

Fábio Ulhoa Coelho (2002, p. 484) expressa opinião cética sobre o retorno do *Tag Along* ao diploma legal das sociedades anônimas, por entender pela relativa ineficiência do mecanismo:

“Estas companhias, ao tentarem captar recursos, seja no mercado de capitais, seja junto a investidores privados, não conseguiram encontrar investidores que atribuíssem valor ao investimento *agregado* especificamente em razão da outorga do direito ao tratamento equitativo em hipotética futura venda do controle. Há quem só invista se lhe for assegurado o *tag along* e há quem invista sem atribuir ao *tag along* nenhuma importância; é raro, porém, encontrar-se alguém disposto a investir *mais* em razão do *tag along*”.

Discorda-se parcialmente do ceticismo apontado pelo autor, em razão de duas temáticas: importante atribuição dada atualmente pelos reguladores do mercado de capitais à governança corporativa e os altos índices de especulação no mercado de capitais quando noticiadas duas recentes alienações: Ambev e Embratel.

5.1. A importância da governança corporativa para o Tag Along

A governança corporativa é uma boa ferramenta para o efetivo e correto cumprimento do *Tag Along*. Tal ferramenta resulta na transparência das contas da empresa, promovendo maior nível de proteção aos acionistas minoritários, que necessitam de segurança¹¹ para aplicar o fruto de sua poupança em investimentos com baixo nível de risco. Logo, o principal objetivo dos dirigentes, qual seja, a criação de valor para os acionistas, é garantido.

Em interessante trabalho sobre a relação do mercado de capitais e a governança corporativa no Brasil, Edson Roberto Vieira e Vanessa Petrelli Corrêa ([200-?]) afirmam

que pesquisas internacionais assinalam que as companhias que não adotam essas boas práticas sofrem desconto no preço de suas ações, na razão de 20% a 30%. A governança visa, sobretudo, propiciar aos acionistas o reconhecimento do trabalho executado pelos controladores e dirigentes de determinada companhia, garantindo o cumprimento dos princípios¹² elencados no art. 154 da Lei nº 6.404/76.

A Bovespa, estudando formas alternativas para contornar o problema, investiu na constituição de um *Novo Mercado*, no qual se reunirão apenas empresas comprometidas em manter um bom relacionamento com os acionistas, orientadas pelas boas práticas de governança corporativa. Almeja-se, assim, o aumento da liquidez, da viabilização da captação de recursos no Brasil como real alternativa e maior espaço para os minoritários.

Para participar desse *Novo Mercado*, as empresas têm de atender a cerca de 25 exigências similares às de outro programa – selos de qualidade níveis 1 e 2. A principal diferença do programa do selo de qualidade para o programa do *Novo Mercado* é que, neste, as empresas devem compor seu capital social com 100% de ações com direito a voto¹³, ao passo que naquele não há tal exigência. Edson Roberto Vieira e Vanessa Petrelli Corrêa ([200-?]) lembram a eficácia dessas alternativas como alavancadoras do mercado de capitais:

“De fato, nesse país (Alemanha) o *Neuer Market* tem apresentado um crescimento muito superior ao da principal Bolsa Alemã (a *Deustch Borse*). Para se ter uma idéia, entre 1965 e 1999, esta última assistiu a apenas 219 aberturas de capital por emissão de ações (GAZETA MERCANTIL, 20/11/2000), ao passo que o *Neuer Market* começou, em Março de 1997, com apenas 2 empresas, fechou aquele ano com 13, registrou 45 novas empresas listadas, em 1998, outras 140, em 1999, e estimando-se a entrada de mais de 150, em 2000 (GAZETA MERCANTIL, 24/8/2000)”.

A Bovespa, em excelente projeto, implantou dois selos de qualidade de adesão voluntária, divididos nos níveis 1 e 2, para as empresas listadas nela. Tal projeto consiste no seguimento de regras estipuladas pela Bovespa em contrato previamente firmado de institutos da governança corporativa. Osmar Brina Corrêa-Lima (2003, p. 506-507) anota as exigências da Bolsa de São Paulo para as empresas receberem o selo do nível 1:

[...];

a) manutenção em circulação de uma parcela mínima de ações, representando 25% do capital;

b) realização de ofertas públicas de colocações de ações por meio de mecanismos que favoreçam a dispersão do capital;

c) melhoria nas informações prestadas trimestralmente, entre as quais, a exigência de consolidação e de revisão especial;

d) cumprimento de regras de *disclosure*¹⁴ em operações envolvendo ativos de emissão da companhia por parte de acionistas controladores ou administradores da empresa;

e) divulgação de acordo de acionistas e programas de *stock options*¹⁵;

f) disponibilização de um calendário anual de eventos corporativos.

As companhias dispostas a adotarem procedimentos *mais avançados* de governança receberão o selo do nível 2, como lista Osmar Brina Corrêa-Lima (2003, p. 507-508). Frisamos a presença do *Tag Along* no item i da referida lista:

g) mandato unificado de um ano para todo o Conselho de Administração;

h) disponibilização de balanço anual seguindo as normas do US GAAP ou do IAS GAAP;

i) *extensão para todos os acionistas detentores de ações ordinárias das mesmas condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle da companhia e de, no mínimo, 70% deste valor para os detentores de ações preferenciais;*

j) direito de voto às ações preferenciais em algumas matérias, como transformação, incorporação, cisão e fusão da companhia e aprovação de contratos entre a companhia e empresas do mesmo grupo;

k) obrigatoriedade de realização de uma oferta de compra de todas as ações em circulação, pelo valor econômico, nas hipóteses de fechamento do capital ou cancelamento do registro de negociação neste Nível;

l) adesão à Câmara de Arbitragem para resolução de conflitos societários.

Cita-se a análise feita por Edson Roberto Vieira e Vanessa Petrelli Corrêa (200-?), indicando que, até o dia 22 de abril de 2002 (TAB. 1), a relação entre o Índice de Governança Corporativa (IGC) e o Índice Bovespa (Ibovespa) demonstrava claramente os benefícios da política de boa governança:

“Alguns dados recentes indicam que os aplicadores estão buscando no mercado de capitais nacional justamente as empresas que apresentem ‘boa governança’. A comparação do Índice de Governança Corporativa (IGC) calculado pela Bovespa (composto apenas com ações que aderiram aos segmentos diferenciados de governança – Nível 1 e 2 e Novo Mercado) e o Ibovespa mostra que, enquanto este último caiu 2,8% neste ano, o IGC aumento 12,1% no mesmo período” (VIEIRA; CORRÊA, [200-?]).

Tabela 1 – Oscilação das empresas que têm boa governança x Índice Bovespa

Oscilação até 22 de abril (em %)	No ano	No mês
Gerdau PN	54,8	12,1
Cemig PN	12,7	7,5
Unibanco Holding	18,7	5,4
Unibanco PN	6,7	5,0
Perdigão PN	11,9	4,5
Sadia AS PN	15,4	3,9
Bradesco PN	16,5	2,9
Aracruz PNB	24,0	1,7
Itaubanco PN	8,6	1,7
Weg PN	10,8	1,4
Itausa nN	13,3	1,3
Ripasa PN	4,1	0,8
ICG	12,7	3,7
Ibovespa	-2,6	-0,2

Fonte: Disponível em: <www.bnb.gov.br> apud <Economática.com.br> Gazeta Mercantil, 24 abr. 2002.”

Pela interpretação da TABELA 1, percebe-se que o IGC ofereceu lucratividade respeitável, ao passo que o Ibovespa, em igual período, restou em prejuízo aos seus investidores. Uma vez identificada a relevância dada, como tendência inequívoca, pelos reguladores do mercado de capitais à governança corporativa, denota-se clara a contribuição do *Tag Along*, juntamente com a governança corporativa, para a sustentabilidade do mercado de capitais, uma vez que os investidores auferem maiores lucros com a presença de ambos os mecanismos atribuídos aos seus papéis.

5.2. O *Tag Along* e a valorização das ações ordinárias

Um importante argumento da relevância do *Tag Along* é demonstrado na valorização das ações ordinárias, quando da notícia de alienação de uma companhia. A polêmica entre o valor das ações ordinárias e preferenciais aumentou a partir da aquisição pela Interbrew da *holding* Ambev, na seqüência, com a venda da Embratel para a mexicana Telmex.

Com a atual estruturação do mercado brasileiro, em que o controlador não raro possui mais da metade do capital votante sem restrições para negociar, as ações preferenciais tornaram-se mais líquidas e, portanto, valorizadas em relação às ordinárias. Contribuiu também para a maior procura e conseqüente valorização das ações preferenciais a estipulação legal do art. 17 da LSA que, entre outras vantagens, determina a distribuição de dividendos aos preferencialistas em, no mínimo, 10% a maior do que foi pago aos detentores de ações ordinárias.

Contudo, nas alienações das empresas que concedem o *Tag Along*, o desinteresse pelas ações ordinárias pode ser alterado. Começa-se, destarte, a comprovar-se a eficiência do direito de saída conjunta.

No caso Ambev, as ações ordinárias valorizaram-se de forma imponente após a notícia da fusão. Desde a divulgação do negócio entre ambas as empresas, a procura dos investidores pelo papel¹⁶ de natureza ordinária aumentou consideravelmente. No quadro a seguir, temos a clara demonstração de como as ações ordinárias se valorizaram em favor de tal benefício.

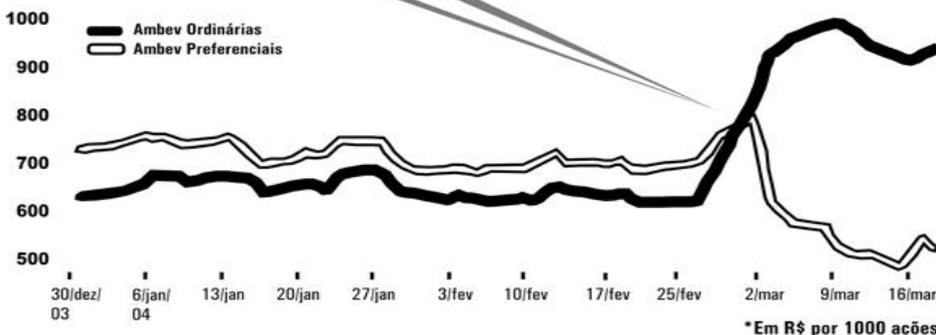
ERA BOA, VIROU MICO

O quadro mostra a trajetória e o processo de pulverização do valor das ações preferenciais da Ambev após o anúncio da fusão com a Interbrew*

1 Observe que as ações preferenciais da Ambev eram mais valorizadas do que as ações ordinárias da companhia, por serem mais negociadas

2 Aqui se deu o anúncio da fusão entre as cervejarias quando a situação se inverteu

3 Observe que, como as ações preferenciais não têm nenhum direito assegurado por lei, seus preços desabaram na bolsa. Já o preço das ações ordinárias subiu, pois a lei garante que seus possuidores vão receber 80% do valor pago aos ex-controladores



Fonte: Disponível em: <www. exame. com.br> apud Economática

Sobre o assunto, o *website* do jornal *O Estado de S. Paulo* noticiou¹⁷, em 3 de março de 2004, que os ADRs¹⁸ das ações ordinárias da Ambev eram negociados em Nova Iorque com alta de 5,81%, enquanto os ADRs das ações preferenciais despencavam em 15,85%. Completando as informações acerca da valorização das ON da Ambev, o *site* dos consultores técnicos associados AB&F, B.A.L.A.N., noticiou, em 17 de março de 2004, que as ações preferenciais da Ambev caíram mais de 30% desde o anúncio da venda¹⁹. Tudo isso porque às ações ordinárias o *Tag Along* é conferido por expressa disposição legal.

Não foi diferente no caso Embratel, uma vez que as ações ordinárias sofreram fortes demandas quando da divulgação da alienação. O *website* da *Folha de S. Paulo* divulgou, em 22 de março de 2004, em notícias do mercado de capitais, que a *única* ação do Ibovespa a registrar alta era a ON da Ambev. Como naquela data o processo de alienação estava em curso, percebe-se que o *Tag Along* pode contribuir como sustentador do mercado de capitais:

“A ação ordinária (com direito a voto) da Embratel é a *única* dos 54 papéis que formam o Ibovespa a registrar alta hoje. O papel sobe 3%, cotado a R\$ 12,27. Já o principal índice da Bovespa cai 1,98%, aos 21.820 pontos [...]. Por sua vez, a ação preferencial da Embratel recua 3,4%, cotada a R\$ 8,64 o lote de mil. É a quarta maior queda do dia”²⁰. (grifo nosso)

A notícia demonstra que o *Tag Along* contribui não só para assegurar os investidores minoritários, como também para a sustentação do mercado de capitais. Pelo incremento de demanda, a valorização das ações ordinárias é reconhecida quando da alienação de uma companhia. Logo, a segurança aos acionistas minoritários e a sustentabilidade do mercado de capitais encontram no *Tag Along* um importante alicerce nos mecanismos da lei societária.

5.3. Cautela no processo de alienação

Há de se ter cautela, contudo, quanto à operacionalização do direito de saída conjunta. A ação das entidades fiscalizadoras é extremamente necessária, de modo a não banalizar um direito de caráter tão altivo. Um bom exemplo se dá no caso Embratel. Por delongas na negociação, a alta que vinham sofrendo as ações ordinárias foi interrompida e prontamente substituída por uma baixa cotação adjetivada de especulações financeiras. Em 13 de abril de 2004, as ações ON da Embratel caíram 23,4%, enquanto o papel preferencial subia 6,6% (GLOBO ON-LINE, 2004). Qual o motivo de tal fato?

A explicação é que havia alguns grupos interessados na aquisição da Embratel. Um deles, o Telmex, ofereceu valor menor que outro grupo, o consórcio Calais, mas, ainda assim, sagrou-se vitorioso. A venda da Embratel à Telmex, obviamente, implicaria a redução do valor do *Tag Along*. Logo, os investidores, sentindo-se desmotivados com a notícia, começaram a vender suas ações, fazendo o preço delas cair. Acontece que a opção pela oferta de menor valor tinha uma justificativa que não fora apresentada com a rapidez e a cautela necessárias. Desse modo, os especuladores encontraram um espaço para operar e auferir ganhos.

Movida pelo processo de especulação, a Associação Nacional de Investidores do Mercado de Capitais (Animec) encaminhou à CVM, em 22 de março de 2004, um pedido de intervenção na alienação da Embratel. Solicitou que aquela entidade questionasse à alienante o motivo pelo qual optou pela venda à mexicana Telmex em detrimento do consórcio Calais. O consórcio Calais fez, à época, uma oferta de US\$ 550 milhões, enquanto a Telmex ofereceu US\$ 360 milhões. Entendeu-se, portanto, que a oferta da Telmex prejudicaria os acionistas minoritários da Embratel.

Nos comunicados divulgados sobre a alienação, a norte-americana MCI, controladora da Embratel, justificou que a opção

pela venda à Telmex fora uma forma de evitar problemas com órgãos reguladores do Brasil, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). O motivo alegado foi que o consórcio Calais é formado por três operadoras de telefonia fixa no Brasil – Brasil Telecom, Telefônica e Telemar – e restaria em prejudicada a concorrência do ramo de telecomunicações.

Por sua vez, o consórcio Calais ajuizou ação em foro norte-americano, considerando que a MCI se encontra em processo de concordata. Alegou que uma proposta financeira menor feriria os interesses dos credores da concordatária MCI, uma vez que a diferença de valores é substancial. Apesar disso, o Juiz Arthur Gonzalez, da Corte de Falência de Nova Iorque, decidiu o destino da Embratel, confirmando sua compra pela Telmex, justificando que a alienação do consórcio Calais poderia ser “barrada” pelo Cade. Resta saber se tal disputa prejudicará o mecanismo do *Tag Along*, embora a batalha se encontre em nível acirrado e os analistas de mercado não apontem um prazo curto para a efetivação da venda.

6. Conclusão

Tentou-se demonstrar todos os aspectos inerentes ao *Tag Along*, com o exame sistêmico de sua definição e conceituação e com a exposição da origem do mecanismo em âmbito nacional e mundial. Ao final, apontou-se a análise demonstrativa da importância do *Tag Along* em exemplos de alienações recentes e jurisprudência decidindo os conflitos relacionados ao tema.

Os casos em questão demonstram a volatilidade pela qual as duas espécies de ações daquelas companhias alienadas vêm passando desde a notícia das aquisições. A especulação e conseqüente insegurança existentes no cenário financeiro ganham espaço, ainda que a jurisprudência venha, ao longo da história, procurando arredondar as arestas provocadas pela falha da legislação.

Acredita-se que o *Tag Along* auxilia na prevenção da especulação financeira. Cabe-nos opinar que maior destaque deveria ser oferecido ao tema pelos legisladores e reguladores, a despeito do que é feito em outros países. Entende-se que, para maior eficácia, o *Tag Along* deveria acolher *todos* os acionistas, e não só os com direito a voto. Alerta-se, ainda, sobre a cautela necessária, por todas as partes, na operacionalização do direito de saída conjunta. Como exposto, a inobservância dessa cautela pode banalizar esse importante instituto societário.

Acredita-se que esse direito é parte integrante e importante de um contexto generalizado da economia, e, uma vez levantada tal expressão, mister apontá-la não como uma atividade-fim, mas como uma atividade-meio, na qual o fim é sempre o bem-estar social. Como ensina o ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 2001, o norte-americano Joseph E. Stiglitz (2002, p. 13-25), “a economia é a ciência da escolha. Ela pode parecer uma disciplina estéril e inaudita, mas, na realidade, boas políticas econômicas têm o poder de mudar a vida dos menos privilegiados”.

O *Tag Along*, com seu caráter protetivo, visa atingir exatamente o bem-estar social, uma vez que proporciona aos investidores a segurança necessária para a manutenção e para o aumento de investimentos nas companhias. O mercado de capitais, como sujeito operante de tais investimentos, encontra sua sustentabilidade, uma vez que as relações empresariais entre cidadãos civis restam fortalecidas. Com o mercado de capitais sustentado, a prosperidade da economia de uma nação é atingida e o bem-estar social, verdadeiro fim de toda e qualquer ação humana, alcançado.

Notas

¹ Ressalta-se desde já que não será mencionada daqui adiante a expressão S.A. “aberta”, uma vez que deve o leitor presumir estar-se tratando dela,

eis que não se cabe falar de *Tag Along* em S.A. “fechada”.

² “Art. 254. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

§ 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordo de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade.

§ 2º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o *caput*, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem os requisitos legais.

§ 3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o *caput*.

§ 4º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários a opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle.

§ 5º (Vetado.)”

³ O termo “companhia” é outra forma de tratamento das sociedades anônimas.

⁴ *Holding* é uma sociedade cujo objeto social visa à participação societária em outras sociedades empresariais – subsidiárias – com fins de otimização da gestão operacional, estruturação societária, proteção patrimonial ou controle de investimentos.

⁵ “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a

comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

⁶ O termo *franchising* ou *franchise* traduzido para o vernáculo significa uma concessão, uma franquia, um direito de exploração.

⁷ O termo *spread* tem vários significados: opção para vender ou comprar títulos, margem de lucro, distribuição, diferença, etc. Adota-se, neste artigo, o significado de “diferença”.

⁸ *Take-over bid* é uma expressão da língua inglesa que, traduzida para a língua portuguesa, denota a oferta pública de aquisição de ações de determinada empresa.

⁹ Não obstante ampla pesquisa nas obras indicadas na bibliografia desta monografia tão como em outros livros, não se encontrou o nome do referido banco, restando unicamente a válida informação de que tal fato contribuiu para o processo de reconhecimento da necessidade do *Tag Along*.

¹⁰ Recurso Especial nº 2.276 – RJ – (90.0001659-2) Revista do Superior Tribunal de Justiça, Rio de Janeiro, v. 32, p. 200, 1992.

¹¹ Rúbia Carneiro Neves (2003) ensina: “As pessoas decidem poupar e investir a partir de motivações particulares e em virtude de processos de avaliação que levam em conta três fatores. O primeiro fator refere-se à liquidez, qual seja, a capacidade de comprar e vender investimentos com o mínimo de esforço. Diz-se um investimento líquido aquele para o qual sempre se têm compradores e vendedores interessados. O outro fator é a lucratividade, ou seja, a capacidade que o investimento tem de oferecer lucros. [...] E o terceiro fator relaciona-se com a *segurança*, isto é, com o grau ou a capacidade que o investimento oferece ao investidor de receber de volta os capitais aplicados”. (Grifo nosso).

¹² Tais princípios contidos no art. 154 são o da eficácia e o da eficiência, uma vez que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

¹³ Temos empresas com a totalidade do capital em ações ordinárias no Brasil. É o caso da Souza Cruz e da CSN.

¹⁴ *Disclosure* quer dizer “divulgação”. É o ato pelo qual as empresas divulgam via publicações em veículos de comunicação oficiais ou outras formas listadas em lei.

¹⁵ A expressão *stock options* significa “na opção de compra de ações”.

¹⁶ O termo “papel” é sinônimo de ação. É uma gíria utilizada comumente no mercado de capitais.

¹⁷ Disponível em: <www.estadao.com.br/economia/noticias/2004/mar/03/143.htm>. Acesso em 2004.

¹⁸ A sigla ADR, de *American Depositary Receipts*, corresponde aos certificados de ações de uma em-

presa estrangeira negociáveis no mercado de capitais norte-americano.

¹⁹ Disponível em: <www.abfbalan.com.br/noticias.asp?idn=713>. Acesso em 2004.

²⁰ Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u82244.shtml>. Acesso em 2004.

Bibliografia

ACORDO com Interweb não é favorável a minoritário da Ambev. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 3 mar. 2004, n. 143. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/economia/noticias/2004/mar/03/143.htm>>. Acesso em: 4 mar. 2004.

ALBUQUERQUE, José Eduardo Cavalcanti de. *Sociedade comercial: mercado de capitais*. Rio de Janeiro: FGV Management – Cursos de Educação Continuada, 2003.

ALMEIDA, Amador Paes. *Manual das sociedades comerciais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHOSA, Modesto; EIRIZIK, Nelson. *A nova lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários às leis de S/As*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, t. 2.

CARVALHOSA, Modesto. *Oferta pública de aquisição de ações*. Rio de Janeiro: IBMEC, 1979.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

_____. O direito de saída conjunta: tag along. In: LOBO, Jorge; KANDIR, Antônio (Coord.). *Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *A reforma da lei das sociedades anônimas: Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. *Sociedade anônima*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

EMBRATEL PN cai 23,4% em ajuste de preços: papel ordinário sobe 6,6%. *Globo on-line*, [2004, S. l.]. Disponível em: <http://www.bsbnews.com.br/in/?cod_conteudo=28600>. Acesso em: 13 abr. 2004.

MÉTODO investimentos. *Ambev – interweb*. Fusão?. [2004?, S. l.]. Disponível em: <<http://www.abfbalan.com.br/noticias.asp?idn=713>>. Acesso em: 17 mar. 2004.

NEVES, Rúbia Carneiro. Evolução simplificada da legislação da sociedade anônima e o mercado de capitais. *Revista do curso de direito da faculdade de ciências humanas – FUMEC*, Belo Horizonte, n. 6, 2003. (Coleção acadêmica de direito, v. 39).

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Alienação do poder de controle acionário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RICARDO, Sérgio. Risco de reviravolta na venda da Embratel faz ON subir 3%. *Folha On-line*, São Paulo, 22 mar. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u82244.shtml>>. Acesso em: 24 mar. 2004.

SCISINIO, Alaor Eduardo. *As maiorias acionárias e o abuso do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. 2. ed. São Paulo: Futura, 2002.

VIEIRA, Edson Roberto; CORRÊA, Vanessa Petrelli. *Mercado de capitais e governança corporativa no Brasil: reflexões sobre os movimentos recentes*. [200-?, S. l.]. Disponível em: <http://www.bnb.gov.br/projforumeconomia/docs/MESA_8_ART_23.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2004.

Considerações acerca do direito à imagem como direito da personalidade

Bruno Felipe da Silva Martin de Arribas

Sumário

1. Introdução. 2. Imagem como aspecto da personalidade. 3. Reflexos do direito à imagem no *post mortem*. 4. Especificidades quanto ao exercício do direito. 5. Uso indevido da imagem. 6. Possibilidades de utilização lícita. 7. Interseção da esfera do direito à imagem com as de outras faculdades jurídicas. 8. Conclusão.

1. Introdução

Ao falarmos de *imagem*, reporta-nos nossa mente, de pronto, aos aspectos simbólicos que caracterizam o indivíduo, geralmente no seu todo, vez que restam daí excluídas outras acepções que são de grande valia para o Direito. Ao jurista, como é cediço, não cabe se ater ao conceito que seu objeto possui em vulgar. Deve ele precisar mentalmente sua matéria de análise e buscar, assim, uma definição que seja mais apropriada.

A importância da imagem da pessoa reside em elementos de cunho originariamente pré-legal, mas que, por questão de política jurídica, encontrou-se positivada em diversos Ordenamentos Jurídicos. Assim, tomando o estudo numa perspectiva filosófica, a figura do Ser tratar-se-ia do elemento de sua individuação. Sociologicamente, seria fator de reconhecimento e integração social. Nesse passo, juridicamente, como aqui nos interessa, temos uma caracterização dúplice.

De tal modo, como adendo preliminar, basta que tomemos nosso objeto sob os dois

Bruno Felipe da Silva Martin de Arribas é acadêmico de Direito - CCJ/UFPE e monitor de Direito Civil.

ângulos em que ele se apresenta: veremos ter a imagem ora o sentido de *retrato*, ora de *boa fama*, conforme mais se apegue aos elementos visíveis ou coletivos da definição, respectivamente. Queremos dizer com isso que, além daquela concepção *supra* (que há de ser precisada ainda), devemos encarar a imagem também como o modo pelo qual os seres vêem o outro na sociedade. Disso resulta, inclusive, diversa disposição constitucional.

Regula o artigo 5º da Carta Política de 1988, nos incisos V, X e XXVIII, sob o título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, a proteção da imagem. Não o faz, porém, aleatoriamente: preocupou-se o Primeiro Legislador, além de assegurar a indenização pela mácula pública da reputação do indivíduo, com o explicitar a guarida dum bem jurídico que, devido ao avanço das técnicas de captação, reprodução e veiculação da imagem, encontra-se tão suscetível a lesões.

Dentro desses chamados, então, buscaremos compreender precipuamente o envolvimento da imagem como objeto de Direito da Personalidade com distintivos atípicos ao conjunto dessa classe de faculdades. Trataremos, também, em consideração suas especificidades, seus pontos de contatos conflitivos e a importância que sua proteção adquiriu hodiernamente, principalmente por sua relação estreita com diversos outros bens jurídicos, num contexto despretenso de delimitação da matéria.

2. Imagem como aspecto da personalidade

Há muito, apercebeu-se a doutrina que certo grupo de direitos possuía uma tal seriedade que seria de melhor alvitre atribuí-lhes pechas vultosas procurando firmar por convicta a veemência de sua dignidade para o Ordenamento. Dentro do que se denomina direitos subjetivos, haveria uns que se relacionariam tão grandemente com a própria pessoa que seriam a ela essenciais. Assim, representariam os bens sem os quais não se conceberiam tais entes. Seriam esses

os *Direitos da Personalidade*, também chamados *Originários*, *Inatos*, *Personalíssimos*, e outras tantas denominações¹.

Importa a nós, neste estudo, que buscou a doutrina – no que teve apoio das modernas codificações civis (entre elas a italiana, e constando também do novo Código Civil brasileiro) – conferir a essa classe de faculdades mínimas e inatas certas qualificações pelo que a sua violação configurar-se-ia em ilícito mais reprovável. Diz-se, dessa forma, serem os Direitos da Personalidade oponíveis *erga omnes*, intransmissíveis, imprescritíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, e mais outras alcunhas que se encontram largamente enumeradas e destrinchadas em todos os manuais de introdução ao estudo do Direito Privado Comum.

Noutro viés, no ramo público, teremos uma teoria que muito se aproxima a esta: a dos Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas, igualmente resguardadas nas mais diversas Constituições, que se prende mais, doravante, a um arquétipo de defesa do cidadão perante o Estado.

Acompanhando esses imperativos de garantia, deles tratou semelhantemente o Sistema Normativo Brasileiro. Como vimos, assim restou prescrito no artigo 5º da CF/88, e, como novidade, teve-se o Código Civil de 2002 em seus artigos 11 *usque* 21, diferentemente do que fez a Lei Civil de 1916. Daí que, por ato de escolha e persuasão, encontra-se a *imagem* nesse elenco.

Para que entendamos a figura como objeto de Direito da Personalidade, havemos, a princípio, de fixar qual seja seu real conteúdo de relevância jurídica. Isto é, trata-se agora de delimitar a matéria de discussão para vê-la, somente a partir de então, inclusive nessas teorias de austeridade protetiva, mais especificamente na do ramo privado.

Pois bem, o que se tem entendido como *imagem* é um dos aspectos da personalidade. Seria, outrossim, a manifestação pictórica desta, como emanção dos caracteres físicos que individuam o Ser². Como se sabe, a personalidade, qual atributo concedido

(ou reconhecido, para alguns) a certos entes, entre os quais o homem, não se encerra apenas em aspectos espirituais: possui também feições físicas, visíveis, que se revelam e dessa forma integram esse substrato ideal de direitos e obrigações. E a esses ares exteriores também se outorgam aquelas qualificações de quase intangibilidade.

Como dissemos anteriormente, para o Direito, o que se chama *imagem* possui um caráter de dupla apreciação: se a tomarmos como já agora remansamos, teremos a imagem-retrato (ou figura). É, noutros termos, aquele elemento material vislumbrável que transporta a personalidade dum esfera tão-só privada e moral para uma sobrelevação visivelmente aberta. Por outro lado, também sob esse léxico (o signo *imagem*) se inclui a boa fama ou imagem-atributo (MOREIRA, 2002).

Embora possam ser albergadas pelo mesmo vocábulo, tais acepções não se podem confundir. São ambas direitos da personalidade, ou fundamentais, intimamente relacionados, mas a lesão a um deles não implica dano necessário ao outro. Pelo primeiro, temos um bem jurídico que se expressa fisicamente: é o semblante, a feição, o corpo, a simbolização deste ou de parte deste (como os olhos da famosa modelo), que nos faz perceber ser aquele dado externo parte dum determinado indivíduo, ou seja, que o distingue e imprime nas circunstâncias da vida a sua presença. É um sensível ver-o-homem, que se apalpa, representa-o figurativamente e se pode captar por diversos meios materiais. O segundo – imagem/boa fama – refere-se diferentemente a uma especial forma de ver alguém, dentro da vicissitude dos fatos sociais. Não se trata do corpo que se enxerga mas do composto moral que se apercebe no Ser, como sua reputação, sua consideração, sua nomeada que assume uma variável mais coletiva. É um moral ver-o-outro, que pode ser igualmente prejudicado por agressões repulsivas.

Essa delimitação nos serve para que resinjamos a análise precipuamente àquele

composto físico/visível da personalidade. Importa-nos mais especificamente a imagem/retrato que se insere como espécie do gênero *privacidade* e é objeto de proteção jurídica.

Como ensina o mestre Antônio Chaves (1972, p. 47 et seq.), em verdade, a imagem, em que pese a carga moral que possui, sob sua perspectiva física não passaria do reflexo da luz sobre um corpo. Todavia, nesse entendimento simplório, restringe-se às assertivas referentes à imagem como composto ótico, o que é por nós peremptoriamente rejeitado. Aqui a veremos como objeto de direito.

Seguindo essa ótica, quando falamos de direito subjetivo, é de destacar estamos tratando dum ampla concepção que se remete a uma relação jurídica entre dois pólos subjetivos em torno, a propósito, dum objeto. Dentro de nosso estudo, este se porta como bem (jurídico), que, na lição de Orlando Gomes (2001, p. 151), é uma noção histórica, e não naturalística; daí que

“não é a personalidade (...) objeto desses direitos, visto que, sendo o pressuposto de todos os direitos, em si mesma não é um *direito* (Unger) e, muito menos, *objeto de qualquer relação*. Recaem em manifestações especiais de suas projeções, consideradas dignas de tutela jurídica, principalmente no sentido de que devem ser resguardadas de qualquer ofensa, por necessária sua incolumidade ao desenvolvimento físico e normal de todo homem”.

Assim, o objeto desse enlace não é a personalidade (substrato), mas o bem jurídico considerado como valor basilar de garantia, no caso vertente: a figura da pessoa.

Pode-se, deste feito, expor em didática que se relaciona intersubjetivamente um homem com todos os demais, pelo que estes não devem usar indevidamente a imagem daquele, prerrogativa exclusiva sua, tendo o titular ativo o poder de exigir que se respeite essa faculdade jurídica e, em caso de

contraventiva, acionar o aparato judicial para repor ou compensar as perdas, como veremos mais adiante. É essa a noção da oponibilidade *erga omnes* do direito à imagem e dessa forma é que se concebe a figura como objeto de direito da personalidade.

Nessa relação que toma por base a exclusividade do portador sobre sua estampa, advirtamos, não estamos nos referindo à proibição de que outros dela tomem conhecimento, mas que se use a efigie contra a vontade de seu detentor. Inócuo imaginar possível elidir qualquer envoltura ou invasão alheia sobre a própria imagem, simplesmente porque, como entes sociais, convivem em povoamento. É, no entanto, repulsivo que se valha indistintamente da figura de outrem, tratando-se, à evidência, noutros termos a exclusividade.

Dentro duma linha histórica, não se encontrou amparo legal sistematizado que tratasse do tema no pergaminho civil pátrio de 1916³. Na América, a primeira menção legal acerca dos Direitos da Personalidade encontra-se no Código Civil Peruano de 1936. Ganhou deveras um maior destaque na Lei Civil Italiana de 1942, que dispôs do tema em dois capítulos (OLIVEIRA, 2002). Tal matéria, e mais propriamente o direito à imagem, a par do encaminhamento jurídico que há muito vinha recebendo, restou positivada explicitamente tanto na Constituição Brasileira de 1988, que dele tratou nos regramentos sobreditos, como no Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406 de 10/01/2002), que vem em seu art. 20 e parágrafo único disciplinar tal esfera.

Implica tal encaixe do retrato (considerado *lato sensu* no que diz com a própria imagem) o enquadramento de todas as prerrogativas que distinguem em importância os direitos inatos da pessoa. A imagem, parte física da personalidade vislumbrável e captável por instrumentos, é direito absoluto (com a séria ressalva de que assim se o entende por ser oponível *erga omnes*), imprescritível, irrenunciável, vitalício, necessário, indestacável de seu titular, etc., sendo, con-

tudo, que a ele não cabe a pecha da indisponibilidade, ao menos nos termos que adiante veremos.

Constituído, dessa forma, como é, por embaso no personalismo, percebe-se ser a imagem bem jurídico de íntima sintonia com bens outros de ordem moral, mas que, de semelhante modo ao que ocorre com a reputação, não se os pode tratar indistintamente.

Como vimos acima, há de se impor uma diversidade de tratamento ao se falar de imagem/retrato e imagem/boa fama. Essa é a garantia constituída no inciso V do artigo 5º da CF/88, que assim fala da indenização por *dano* material, moral ou à *imagem* conseguinte ao mau uso da liberdade de manifestação do pensamento, carregada em concomitância ao direito de resposta. Similarmente, temos a boa fama como parâmetro de aferição de um dos possíveis usos indevidos do retrato de outrem tal qual se encontra no art. 20, *caput*, do novíssimo diploma civilista.

A figura, noutra ótica, encontrou graça e guarida nos incisos X e XXVIII do art. 5º da CF/88, que tratam da inviolabilidade desse bem e da proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas.

Assim, proscrevendo a violação a diversas esferas da privacidade da pessoa (*right of privacy*), houve por bem, e acertadamente o fez, o Constituinte distinguir intimidade, vida privada, honra e imagem. Afirma o constitucionalista José Afonso da Silva (1999, p. 207) que se deve tomar a privacidade genericamente, para que assim possa englobar essas outras manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade. Igualmente, desse modo o fez o art. 20 da epístola civil de 2002, que se preocupa em os separar como bens jurídicos autônomos.

O insigne Celso Bittar (2000, p. 93-94) nos chama a perceber também esse apartamento quando explana que,

“na divulgação da imagem, é vedada qualquer ação que importe lesão à

honra, à reputação ao decore (...), à intimidade e a outros valores da pessoa (...), verificando-se, nesse caso, atentado contra os aspectos correspondentes (e não violação ao direito de imagem, que se reduzirá a meio para o alcance do fim visado)".

Afigura-se-nos, desse modo, a importância que possui essa faculdade jurídica, e isso porque sua violação pode agravar por demais o limiar de preservação de outros bens jurídicos igualmente insertos numa redoma de semi-intangibilidade, como direitos personalíssimos que são. Assim, quando se expõe ilicitamente o retrato de uma pessoa (notória ou não), pode essa veiculação atacar tão-somente a representação pictórica da personalidade, como também, concomitantemente, agredir sua honra, sua reputação etc.

3. Reflexões do direito à imagem no post mortem

Discorremos, quando da caracterização retro dos direitos da personalidade, que são esses intransmissíveis, por isso personalíssimos. Quer isso dizer que tal classe não se desliga sob nenhuma hipótese do seu titular. Não pode, assim, a pessoa deliberar acerca de transferir a sua posição em relação à própria imagem para outrem, sob qualquer título, o que seria uma afronta àquela regra.

Essa é a mesma concepção relevada para todos os outros direitos da personalidade (não podemos alienar nosso direito à vida, nossa honra, etc.). Dessa forma, permanece-se como titular ativo do direito à imagem mesmo que não se o queira, e em nenhuma hipótese poder-se-á dissociá-lo da pessoa portadora (D'AZEVEDO, 2001), vez que implicaria desgaste ao princípio maior da dignidade humana.

Contudo, mister que se tome em consideração que a personalidade não é um arcabouço potencial que apenas ao sujeito diz respeito. Direitos há cuja produção de efeitos, após sua atuação, sobrepassa a vida e

vai servir de limitação contra ataques mesmo na situação *post mortem*.

A personalidade emite eflúvios que repousam no ordenamento fazendo com que este continue a proteger as implicações de certas faculdades adquiridas em vida, mas que ainda se guardam na memória. Não estamos dizendo, com essas palavras, que o *de cuius* possui direito à própria imagem. Não, vez que absurdo. No advento da morte, extingue-se a personalidade, e com ela todos os direitos que lhe tomavam por base, inclusive o poder sobre o retrato.

Mors omnia solvit.

Mas aquele direito, assim como alguns outros (tais quais honra, obra, memória), inobstante só se possam ter por existentes enquanto também viva o titular, possuem reflexos que não se limitam ao período de vida: antes, perduram além desse. Dessa forma é, *v.g.*, que se punem o vilipêndio a cadáveres (art. 212 do Código Penal) e demais ilícitos que atentam contra o respeito aos mortos.

Deve o leitor ter bem claro que não se está falando em persistir o direito, mesmo sem o seu titular, mas que, uma vez que este já o teve, a faculdade necessariamente exigirá respeito, cuja implicação ressoa ainda após a deterioração da vida. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo (2002, p. 148),

"acontece que, prolongando-se os valores para além da morte, a tutela também deve estender-se. Não se está defendendo um objeto, ou uma coisa (...) mas sim um valor pessoal, a emanção da pessoa, os atributos decorrentes do espírito".

Conseqüentemente, houve por bem o legislador ordinário atribuir a legitimidade ativa para propor ação que vise cessar a lesão e requerer a devida indenização, ao cônjuge, ascendente ou descendentes do morto e do ausente (parágrafo único do artigo 20 do NCC). Essa atribuição traz à tona a exclamação da defesa dos efeitos *post mortem* do direito à imagem ao par que em hipótese alguma se diz transmitido o direito aos in-

divíduos elencados no referido dispositivo legal.

É uma questão de bom senso e respeito àquele que um dia possuía personalidade de direito e que agora, sem possibilidade de se amparar *per se*, terá a reminiscência preservada por meio de seus parentes, que deterão a *legitimatío ad causam* ativa com vista a pleitear liminar para cessar a exposição ilícita e o pedido de indenização, sem que detenham a vera titularidade do direito.

4. Especificidades quanto ao exercício do direito

Após havermos emoldurado a imagem sob aquela classificação, é de igual relevância que ponhamos a limpo certos feítios peculiares que tornam o estudo dessa peça matéria para muita discussão. O esboço duma figura jurídica engloba, além de sua delimitação conceitual, os problemas e o regime que se lhe destinam enquanto fruto de apuro que se desliga da simples empiria.

A questão de relevo que se há de explicitar nesse ponto é a referência elucidativa devida quando se distingue o *direito à imagem* do seu respectivo *exercício*. A despeito de imprecisões doutrinárias que freqüentemente se vêem, permanece a imagem como substrato duma proteção inegavelmente indisponível, o que não ocorre, destarte, com a sua exploração. Com isso estamos dizendo da possibilidade de disposição que tem o sujeito ao celebrar pacto tendo como objeto prestação referente à sua imagem. Negocia-se temporariamente o exercício do direito, no seu aspecto patrimonial, e não a própria faculdade.

O direito à imagem, como tal, é algo puramente pensado, moral, espiritual que seja. Não pode, outrossim, tal composto sequer figurar num contrato, porque dele não se pode dispor. O mesmo ocorre com todos os demais de sua classe de importância e austeridade, sendo inconcebível qualquer tentativa de cessão do direito que prive terminantemente o sujeito da própria titularida-

de. Jamais se desvinculará a imagem daquele que a porta.

Porém, como asseveram diversos grandes autores, e deles fazendo eco a jurisprudência brasileira⁴, além desse conteúdo puramente moral, existe uma faceta que assume o caráter apreciável economicamente que é decerto o exercício desse direito. Por uma demanda de esclarecimento, citemos o exemplo do direito autoral (que não se trata dum direito da personalidade), cujo ângulo ideal é de intrínseca ligação com o autor, mas que possui, por certo, uma estimação pecuniária quanto ao seu exercício: daí poder ele ceder sua obra intelectual para reprodução e comércio, conquanto por nada se autorize afirmar que assim alienou seu direito. O autor não transfere a titularidade de seu direito, continua ele sendo o *criador* da obra; ele negocia a exploração do *corpus mechanicus* que carrega sua criação do espírito expressada de alguma forma (ASCENSÃO, 1980, p. 14). Além do que, poderá retomar sua construção e proibir que se a reproduza, arcando, é claro, com os prejuízos que de sua atitude resultarem. Por semelhante modo, um indivíduo que celebra um contrato pelo qual se encarrega de expor sua intimidade num programa televisivo (os chamados “shows de realidade”) não está com isso transferindo definitivamente sua esfera da vida secreta, pois que indisponível, mas negociando temporariamente seu exercício, deixando com isso que alguém de alguma forma a invada⁵.

Isso em muito se equipara ao contrato que se estabelece rotineiramente para o uso da imagem em propagandas ou publicidades. Agências celebram com artistas, modelos, jogadores etc. contratos pelos quais se vinculará a imagem da pessoa ao produto que se quer divulgar. Essa negociação, obviamente, possui limitações que serão adiante analisadas, mas que, dentro do corte da escorreição contratual, não apresentam qualquer problema ético para o Direito. Em nada conflita essa possibilidade de pactuação com o personalismo que reveste a ima-

gem. Não há qualquer subversão ontológica que desautorize essa prática tão comum.

Daí se dizer que da exclusividade que reveste o direito à própria imagem resulta, materialmente, ter seu titular uma série de faculdades conexas, como o direito de divulgá-la, publicá-la, vender sua estampa-gem (*i.e.* uma sua fixação fotográfica) em conjunto ou separadamente, com todas as precisas estremaduras (CHAVES, 1980, p. 53).

Para esse fim,

“o contrato adequado é o de licença, ou de concessão de uso, em que se devem explicitar, necessariamente, todos os elementos integrantes do ajuste de vontades, a fim de evitarem-se eventuais dúvidas: direito objetivado, fim, prazo, condições, inclusive a remuneração, possibilidade de renovação e outras” (BITTAR, 2000, p. 91).

Disso nos vêm as devidas formalidades para a conclusão dum contrato dessa alçada, vez que, como direito da personalidade, exige parcimônia.

Em primeiro plano, um acordo de vontades que envolva a utilização da imagem/retrato de outrem deve possuir todos os requisitos de um contrato. Em lição lapidar, destaca Serpa Lopes (1996, p. 63 et seq.) os elementos integrantes dos elementos constitutivos. Estes tratariam daqueles de que depende a existência do contrato e seriam a presença dos sujeitos, o consentimento e um objeto que forme a matéria do que se contratou. Os integrantes consistiriam nos requisitos imprescindíveis para a validade do contrato e seriam agente capaz, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei⁶.

Seguidamente, há de constar em estipulação expressa o objeto da cessão temporária e as cláusulas que regularão o negócio. Isto é, o que se quer com o contrato, quais os deveres e direitos de cada parte, as prestações e remuneração, as condições contratuais, o prazo. Este, basilar, pois que não haveria cabimento numa concessão indetermi-

nada de uso da imagem (o que não proscreve a exclusividade: impede-se a utilização arbitrária e perpétua, não a vinculação da imagem da pessoa a apenas um produto de certa classe., conquanto não seja de definitiva pactuação).

5. *Uso indevido da imagem*

Vimos, em passagem *supra*, referir-se a imagem da pessoa ao seu retrato, o que de forma alguma se deve resumir ao seu todo semblante, à sua só efígie considerada em plenitude. Antes de se taxar tal objeto desse modo, importa que se o tome numa perspectiva maior de *identificação* da pessoa. Por isso havemos considerar que também partes do corpo, como rosto, olhos, membros, colo, ou qualquer outra peça da matéria humana que seja o bastante para asseverar sua individualização exterior, são elementos de proteção jurídica. Daí se ter esse direito à imagem como um “um vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas” (BITTAR, 2000, p. 90).

Antes de embrenharmo-nos no ponto proposto, obriga-nos esclarecer a relação entre a propagação hodierna de ações que visam rebelar a violação do direito à imagem (tomado no sentido que acabamos de referir) e o desenvolvimento de meios de captação e reprodução do retrato de outrem.

É da ciência de todos que a sociedade, pelo gênio que possuem seus integrantes, busca sempre aprimorar as tecnologias de acordo com sua capacidade e necessidade de novos maquinários. Dessa forma, é patente o progresso que se tem atingido na área dos artifícios de comunicação, colheita de dados fonográficos e visuais. Sendo a efígie o aspecto físico e aparente da personalidade, nada mais óbvio que a possibilidade de sua apreensão por instrumentos mais vários, como máquinas fotográficas, videográficas, e a reprodutibilidade desses dados nos impressos periódicos (revista, jornal), na televisão, na rede de Internet etc.

Percebamos, ademais, que a esse complexo de veiculação alia-se a permissão de pactuação temporária do retrato da pessoa para fins mais diversos possíveis. Isso posto, jaz claro que os compostos resultantes da negociabilidade com a reprodutibilidade facilitada pelos modernos meios de exibição levam a eventuais perversões que se traduzem na utilização ilícita da imagem de outrem e nos conseqüentes danos que repudiam ao Sistema Normativo. O que nos cabe, mais propriamente, nessa passagem, é expor, no tanto que for possível, os casos desse uso indevido, o que simboliza, talvez, a mais interessante faceta desse tema. Walter Morais (1996)⁷, citado por Antônio Chaves (1972, p. 52-53), vivamente dispunha que, ao se lançar mão da figura alheia, que considerava como “misteriosa e quase divina emanção” da personalidade, era como se estivesse a utilizar a própria pessoa, multiplicando sua presença moral.

Em princípio, pelo ordinário de sua ocorrência, havemos a hipótese de *publicação da foto de outrem, para fins comerciais, sem autorização do titular da imagem*⁸.

É mister que se tome em vista o complexo de configuração que se impõe à referida prática. Ao falarmos de publicação, referimo-nos à exposição pública da imagem, à sua divulgação pelos meios hábeis, como sua veiculação numa revista ou periódico qualquer. Exige-se igualmente um elemento finalista, qual seja: a postura do retrato à exibição visando angariar, de alguma forma, com isso, um acréscimo benéfico nas relações de cunho patrimonial. É o intento lucrativo que se busca ao se associar a imagem dum dado artista ou modelo, que possui uma receptividade meio ao público, a um dado produto ou serviço. Se para alguns a publicação sem consentimento já é de todo reprovável, máxime quando de caráter mercantil. Acontece que, há muito, o sistema de publicidade – que pode ser entendida como a informação propagandística que busca engendrar no espectador um impulso de consumir (SZAFIR, 1998, p. 62-63) – apre-

endeu o alcance que tem a vinculação de um bem a certo indivíduo que goza da empatia e/ou da respeitabilidade coletiva, o que pode levar (como efetivamente tem levado) a uma infinidade de abusos.

O ponto nevrálgico desse atentado reside, contudo, na ausência do consentimento da pessoa para que se exponha sua figura. Como bem jurídico de alçada tão sensível, a prática no sentido de valia sem anuência é passível de reprimenda,

“de modo que, integrando o direito da personalidade a imagem [...] das pessoas, não é permitido o uso desautorizado em publicidade, visando proveito econômico ou outra finalidade proveitosa, como acontece na divulgação de entidades, produtos, serviços; ou simplesmente maior venda de revistas, jornais, livros e outras espécies de publicações e gravações; ou conseguir grande audiência em programas audiovisuais, transmitidos por cinemas, canais de televisão (...). Aproveitam-se pessoas de destaque, conhecidas por dotes físicos, artísticos, científicos, intelectuais, esportistas etc., dando-se realce a aspectos como o rosto, os cabelos, os olhos, o perfil, (...), dentre outros” (RIZZARDO, 2002, 154).

Negociar ou não sobre isso é uma *quæstio voluntatis*.

Seguindo esse viés, no artigo 46, I, c, da Lei 9.610/98, temos a exigência da concordância do titular ou de seus herdeiros para a reprodução de retratos ou outra forma de representação da imagem. E de tal forma submerge a grandeza da autorização para que se empregue a imagem que esse modo se o pode denominar *violação quanto à aquiescência*⁹.

Prosseguindo na análise, uma segunda ocorrência aqui elencada é o caso em que, firmado o contrato (com o que já se pode dizer houve acordo), a utilização se dá para fins, total ou parcialmente, temporal ou materialmente, *diversos do avençado*. Muito comum se nos apresentam eventos em que um

indivíduo que frui de boa acolhida popular afirma ter celebrado um acordo pelo qual concedia temporariamente a exploração de sua imagem para determinado trabalho, ou por um lapso fixo, mas no entanto a agência, sub-repticiamente, houve por bem estampar sua efígie em matérias além do acertado, ou então “prolongar” o contrato sem avisar o artista e sem remunerá-lo por isso, caracterizando um *desvio quanto ao uso*.

Ocorre que, como já havíamos elucidado, por envolver um objeto tão precioso, o contrato que tenha por conteúdo qualquer obrigação referente à manifestação física da personalidade há de se pautar pelos princípios que regem as negociações, ainda mais que os acerca de outros bens de cunho precipuamente patrimonial. O estrito cumprimento dos deveres resultantes do acordo, com suas cláusulas, é questão incontestada, pois homologação da segurança jurídica, tão querida na seara privada do Direito. Aclarando esse tópico, segundo o mestre Bittar (2000, p. 92-93),

“nenhum uso pode, salvo as limitações naturais, exceder aos contornos contratuais: assim, a empresa que dispõe de fotografia de atriz para publicidade do filme não pode, paralela ou posteriormente, utilizá-la em revista ou na divulgação de produto de outra empresa, ou cedê-la para qualquer outra inserção. Também não estão autorizados os bancos ou arquivos de fotos [...] a fazer usos não previstos no ajuste com o interessado [...]”.

É da ciência geral, e se não era antes, com este trabalho já o é, que a imagem pessoal se aproxima intensamente de outros objetos de relação jurídica, mais propriamente de outros também personalíssimos direitos tais quais a honra, a intimidade, a identidade, vida privada, e outros tantos que se referem à integridade moral (GOMES, 1967, p. 40) do indivíduo. O homem está rodeado de bens jurídicos que se intercomunicam formando um complexo não subsumido ao puramente material, mas da órbita do espí-

rito, o que é por si já uma mixórdia fluida. Tais conteúdos jurídicos não se podem tomar por estanques e disjuntos: antes, relacionam-se podendo sofrer detrações que os atacam conjuntamente. Tendo dito isso, emerge o terceiro lance do catálogo de ilicitude na exploração do retrato d’outrem: quando *denigre, concomitantemente, outro valor pessoal*, de relevância jurídica, como os há pouco citados. Outra não é a prescrição do art. 20 do NCC, que proíbe genericamente a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

Urge que explicitemos não haver relação de igualdade entre qualquer desses direitos. São de configuração autônoma, pois assim considerados para o Direito, como já em enfado repetimos. Para o fim de destrinchamento, é a situação, *v.g.*, dum treinador de futebol que tem uma sua imagem estampada em poses esdrúxulas num periódico, ou na porta dum lavabo de restaurante. Há de se convir que, pelas circunstâncias, pode tal hipótese estar agredindo o titular do direito, ferindo dessa forma sua honra e, quicá, sua reputação entre os que se deparam com a efígie¹⁰. Ressaltemos que, como já foi dito, servindo assim a violação à imagem como veículo para a agressão a outro bem jurídico, tal qual honra, vida privada, ou quaisquer daqueles compostos morais já ventilados, teremos cabível ação a respeito desses, que é a matéria desiderato da conduta, e não contra o direito ao próprio retrato¹¹.

Arrematando essa síntese das possíveis afrontas, imprescindível que se fale da ocorrência de irregularidade de maior alçada física. A completude da proteção a esse direito não se daria sem a plenitude de sua abrangência visível, o que nos faz ter em mente que também na *alteração desautorizada do retrato* haveríamos uma conduta desviante.

No instante em que se tira uma pose fotográfica de alguém, ou se apreende sua figura em instrumentos de vídeo, a esfera de defesa da imagem do interessado adquire

um corpo filosófico e jurídico que não elide o mais simples dos modos de proteção: a garantia de que o titular terá a sua representação pictórica preventa das deturpações para as quais não consente. Livra-se, aí, na norma em abstrato, dos retoques, modificações, colagens, montagens e de toda sorte de mutação da imagem, por mais benfazejo que seja o propósito, se com isso não está de acordo o sujeito detentor do direito.

O rol de usos indevidos do retrato supralistado é formado por tipos que se complementam e podem, em diversas ocasiões, estar presentes num mesmo fato concreto. Expomos, com isso, que em nada contraria a divisão didática aqui apresentada se se nos apresenta um caso em que a utilização se dá, ao mesmo tempo, para fins comerciais desautorizadamente e fere a intimidade do indivíduo, que poderá servir de baliza para a fixação do *quantum* na indenização. Não há, dessa forma, cogitar de impossibilidade de interseção, como nos mostra esse exemplo.

Havendo adentrado em tal particularidade, ressaltemos que a proteção aqui conferida não se restringe aos indivíduos que possuem certa notoriedade perante o público. Como significado imperante dum Estado de Direito, ao vulgo também se garante o poder de fruição de sua imagem e decisão sobre seu destino, facultando-lhe opor-se a qualquer conduta que a venha ter em desconsideração. Dessa forma, tampouco se justifica uma invasão na esfera de privacidade em que se circunscreve a imagem de alguém que goza do reconhecimento popular, como por bem não se o faz a qualquer desse mesmo povo.

No rastro do art. 186 do NCC, a violação do direito objeto de nosso estudo é ato ilícito e, por conseguinte, hipótese-condição duma sanção jurídica, qual seja: o ressarcimento pela lesão a bem jurídico. Concomitantemente à prática do ilícito vergastado, resulta uma tal situação incômoda para a vítima, provocando-lhe sofrimento e pesar, restando, por assim dizer, ensejada a con-

veniência duma ação de indenização por perdas e danos. Como ainda nos ensina Bittar (2000, p. 96),

“das medidas cabíveis, as tendentes a fazer cessar o ilícito (cautelar, de que se destaca a busca e apreensão do material violador) e a satisfação dos prejuízos (ação de reparação de danos compreendendo tanto os de caráter moral, como patrimonial) são as mais eficazes na prática”.

Pode, dessa forma, acarretar-lhe um prejuízo patrimonial (descortinando, por exemplo, portas de trabalho para um determinado modelo) ou, como consagrado já em nossa Constituição Federal, trazer-lhe amargura, privação de bem-estar, padecimento, inquietação mental e perturbação da paz (VENOSA, 2002, p. 257-262). Temos, outrossim, configurada a possibilidade de dano material e dano moral decorrente do uso indevido da imagem de outrem, *cumulativamente*.

Numa questão de delimitação, talvez aqui descabida, mas que nunca é demais consignar, podemos conceituar dano moral como

“todo aquele que não venha a afetar o patrimônio material da vítima. Ou seja, abrange a dor física e psíquica, constrangimento, raiva, angústia, aflição, vergonha, sentimento de humilhação, etc. Enfim é tudo aquilo bastante o suficiente para causar uma repercussão negativa *no íntimo da vítima*” (MOREIRA, 2002).

Dito isso, nada mais óbvio que o padecimento moral que sofre o titular do retrato quando do locupletamento ilícito daquele que sorratamente o usou com desígnio especulativo, ou da situação vexatória de que foi vítima quando lhe expuseram foto comprometedora. Válido ressaltar que, estritamente considerado, o dano moral é irreparável, sem mensuração pecuniária, servindo a indenização como lenitivo para a dor (VENOSA, 2003, p. 33-39).

E o relevo que a essa condição se aplica é de tal monta que se tem tido como havido o dano moral com a tão-só exposição indevida. Nos termos do RESP 267529/RJ,

“Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral”.

Entende-se inclusive que não se faz necessária a mácula à reputação (imagem/boa fama) da pessoa para se ter nascida a obrigação de ressarcir¹².

Contudo, é de se levar em conta que nem a todos assim parece, pois, tendo sido posta em negociação, logo apreçada, não se pode falar em violação do direito à imagem, no máximo de dever de indenizar por culpa contratual. A cessão da exploração do retrato desautorizaria, espantosamente, qualquer postulação acerca da privacidade. Por tudo que aqui já dissemos, resta claro, com a devida vênia, que com esse tino não concordamos. Essa esfera da vida secreta não é um indistinto bem jurídico cuja manipulação é aprazível ao Direito, inda mais que indisponível. Não havemos de falar em “abdicção” do direito pelo simples fato de se ter pactuado temporariamente quanto ao seu exercício.

No tocante ao dano material, temos um cunho de transgressão com eflúvios patrimoniais que assolam a vítima, fustigando-lhe total ou parcialmente o conjunto de suas relações jurídicas apreciáveis economicamente. Não será demais apontarmos aqui que, nesse dever jurídico de compensação, “a indenização por violar o direito à imagem não deve se limitar ao valor que o indivíduo perdeu (dano emergente), mas também deve se estender para quanto deixou de ganhar (lucros cessantes)” (D’AZEVEDO, 2001). A fustigação material se demonstra, *v.g.*, no caso do artista que tem sua imagem fotográfica levada em referência a um dado produto que possui repulsa popular, e por isso tem sua empatia meio ao público desgastada, perdendo assim a firmação de outros acordos envolvendo sua figura. Por isso,

tem-se entendido ser a notoriedade um critério de aferição do *quantum* indenizatório. O professor Carlos Bittar (2000, p. 97) aprecia que o ressarcimento deve estar em consonância com tal advento do renome e que

“deve-se, assim, na fixação da indenização, optar por valores que, a par da satisfação do interesse patrimonial do titular, sancionem a violação ao aspecto pessoal, buscando-se, pois, adicionar à verba usual do mercado o *plus* correspondente à lesão à personalidade, e em níveis desincentivadores da prática, como medida de plena satisfação ao interesse do lesado, e em perfeita consonância com a teoria da responsabilidade”.

De se consignar, ainda, que a nós, afigura-se-nos bastante razoável admitir que o Constituinte tenha aberto, na inteligência do inciso V do art. 5º, o cabimento do pedido de uma terceira verba, além da correspondente ao dano material e moral, devida por um ato injurídico, visando compensar pecuniariamente o que teve sua imagem/boa fama lesada. Atente-se que na Magna Carta se vê: “além da indenização por dano material, moral *ou à imagem*”.

Moral e Imagem (nesses termos concebida) não se confundem. São ambas objetos distintos, passíveis de danos distintos, logo diversas poderão ser as verbas indenizatórias requeridas¹³. De melhor, assim, por que consideramos que toda lesão deve, na medida do possível, ser ressarcida, compensada. De melhor, ainda mais, por que dessa maneira atribuímos maior eficácia ao texto, encarando-o não como mera disjuntividade alternativa, porém cumulativa¹⁴.

Acostemos que, ao se falar de “honra objetiva” da pessoa jurídica, não podemos tomar em consideração bem outro que não seja a reputação, que possui necessários reflexos econômicos no patrimônio da empresa, mas que não se deve confundir com honra, no sentido subjetivo que se destina tão-somente aos homens.

6. Possibilidades de utilização lícita

Por certo que não só de contravenções reveste-se a exploração, econômica ou não, do direito à imagem. Prestando-se, com embasamento volitivo ou inclusive sem o consentimento, a certas hipóteses que procuraremos aqui delimitar, é de se ver que a carga melindrosa que acompanha tal faculdade jurídica é sobrelevada para se atingir um campo de atuação dentro das conformidades legais. Quer isso dizer que, embora seja a imagem objeto tão frágil e de tutela premente, muito possível haja exercício que não fira ilícitamente interesse, público ou privado, havendo então liceidade no uso.

Poder-se-ia pensar que de contraponto resolver-se-ia esse tópico. Bastaria tão-somente saber dos casos de uso indevido para se chegar, por negativa, ao que de resto seria juridicamente aceite. Não se enquadrando no que taxado está de repugnante, ao mais, repousados estaríamos no tolerado. Às conclusões se pode chegar dessa maneira, em verdade. Mas não é de todo bom consignar algo mediante apenas o que lhe seja contraproducente, *i.e.*, definir por negativas.

Em vista então dessa proposta, o trabalho do sabedor do direito é tomar sua matéria de análise, apartá-la do que malmente se lhe imiscui e fixar sua descrição numa ótica de direito. Daí que não seria satisfatório só proclamar que é permitido o uso que não for considerado indevido. Mister que tratemos com mais minudência o agir sobre a estrita esfera da liberdade jurídica no que tange ao retrato.

Posto que não seja de boa técnica transcrever o texto da lei em estudo científico, ainda assim não deixariam de conceder vênias os cautos para que aqui possamos transmitir ao leitor o que no Código Civil luso se encontra, vez que de singular valia pelo seu alcance e caráter elucidativo. Vejamos o que reza o artigo 79º, n. 2:

“Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o car-

go que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.”

Ainda no n. 3:

“O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.”

Indubitavelmente lícida a dicção supracitada¹⁵. Talvez já desnecessário, aqui, algo querer se acrescentar; mas, deveras, é o a que se propôs.

Afirmamos no ponto anterior que ao sujeito cabe decidir, conquanto não se fira a lei, os bons costumes e a moral, sobre explorar a faceta patrimonial de seu direito à imagem. Não haveria, como dissemos, subversão ontológica em pactuar temporariamente seu exercício. Daí ser cabido pormos, preliminarmente, que, sendo *plenamente escorreita a vinculação contratual* que diga com o retrato de alguém, igualmente lícita seria sua utilização. As contravenções são exceção das condutas juridicamente relevantes. A essa primeira situação, havemos de admitir, chegar-se-ia por simples dedução do que já foi expresso.

Que se dirá, contudo, de que se valha alguém da imagem de outrem para apresentações sem seu consentimento expresso?

Devemos ter em vista que os direitos da personalidade (sob outro enfoque, os fundamentais) não podem servir de arraçoado para enclausuramento do sujeito. Os indivíduos interagem socialmente, pois que insertos no tablado da coletividade em que constantemente se há de contrabalançar direitos e interesses aparentemente opostos.

A par de toda consideração feita, não podemos deixar de mencionar que grande relevância também há em exhibições de caráter informativo, científico, etc. Vejamos, *v.g.*,

a hipótese de um jornalista que, ao realizar uma reportagem, capta a imagem dos transeuntes que servem de modelos ao que se quer ilustrar. A difusão da imagem e som pode, deveras, ser instantânea, ao vivo, do que resultaria impossível se pedir autorização a cada um dos que passam. Os *finis informativos, culturais, de interesse público em geral* nos parecem motivos bastantes para que se possa reproduzir a figura de alguém sem necessariamente se cogitar do pedido de anuência. Não se imagine assim que estamos querendo outorgar livre passe para contextos de violação. Trata-se aqui de contemporaneizar a vicissitude jurídica, pois descabida seria a obrigação de que se peça, sempre, autorização de qualquer do povo fortuitamente apreendido pela lente duma câmara, sendo desinteressada a exibição.

Finquemos também que a mesma possibilidade deriva aos anônimos e notórios, o que de plano já se pode sentir na leitura do citado artigo da Lei Civil lusitana. Estando em consonância com a posição que assumem, ainda mais, não há torpeza em se usar suas representações para propagações meramente jornalísticas.

A esfera da licitude, todavia, encerra-se quando a prática causa mal-estar ao Sistema Jurídico. É preciso se aclarar que, conquanto permitido se faça uso do retrato de outrem para veiculações de cunho coletivo, como corolário do Direito à Informação, e à Livre Manifestação do Pensamento (MORAES, 1999, p. 67-71), tal propagação não há de transgredir outros bens jurídicos, como a intimidade ou a honra; tampouco se aceita que os fins “informativos” possuam intento especulativo. Esse é o efeito da acareação entre o que se tacha conforme à lei e o que lhe afronta. Paradigmático é o caso recente de uma famosa modelo, esposa e mãe, que, em época de carnaval, teve estampada foto sua em que se trajava sumariamente, com vestuário íntimo alegadamente transparente. Declarando a Liberdade de Imprensa, o objetivo sério de transmitir a notícia, e o Direito à Informação, não houve por mal o jor-

nalista em veicular indiscriminadamente a chapa e permitir que outros veículos de comunicação também o fizessem, sem atentar ao fato de estar com isso invadindo a intimidade da indigitada. Assim, importa que se perceba que, na medida em que se permite a exibição eventual não expressamente consentida em estritas situações, coíbe-se o abuso, fazendo-se isso ao examinar mais apuradamente se se subsume a conduta em qualquer daquelas ocorrências indevidas ou se seu enquadramento nesse ponto analisado se resume.

Certo que, como se expõe do texto legal *supra*, justifica-se a exibição da imagem daqueles que gozam de notória publicidade, visto que, por certo, sua vida profissional dela depende, como se o interesse público “suplantasse” o privado (CHAVES, 1972, p. 68-70). De semelhante modo, com os devidos resguardos, anônimos ocorre de terem sua representação reproduzida. Numa ou noutra situação, em eventos sociais, transmissão de cataclismos, etc. porventura sempre se é captado por teleobjetivas, e não existiria motivo para se opor, em regra, se com isso não se penetram esferas outras da privacidade e não se desse demasiado relevo à pessoa (BITTAR, 2000, p. 67-68). Entendemos, deveras, predominar a vontade do titular, que poderia objetar mesmo essa espécie de exibição, ou sua continuação. Além do mais, não nos parece razoável indulgência para com a difusão da imagem dum artista ou modelo se, na ocasião em que fora flagrado, nada havia a respeito de sua vida como ente de elevada nomeada.

Encarando a noção de aquiescência tácita, prevê-se a conformidade jurídica do uso da imagem daqueles que, em *multidão*, comportam-se como se autorizando estivessem a colheita e veiculação de seu retrato. Não se poderia enjeitar que, inserto num agrupamento em que as feições se não distinguem, possa-se haver captação do aglomerado. A depender da distância, até ao titular do direito sucumbe a possibilidade de se apontar no estádio de futebol lotado, e

não há que se falar de falta de autorização ou de invasão da privacidade, pois que ninguém é surpreendido pela presença duma lente fotográfica ou câmara de vídeo numa partida de final de campeonato, muito menos cabe alegar que está se resguardando no seio de sua esfera mais íntima, enquanto traja roupa de banho e toma sol na praia de Boa Viagem em feriado de carnaval. São situações que se dão em meio público e em público decorrem.

Não vemos, nesse último caso, irregularidade nem em que se use o instantâneo do populacho inclusive para fins comerciais, sob limites, evidentemente. Bem de se ressaltar, doravante, que a veiculação não pode dar relevo a uma ou outra pessoa, ou à parte de qualquer delas. Contudo, em que se pode combater a empresa que se vale da fotografia de um vasto campo no qual se encontram indistintamente dispostos uma enxurrada de indivíduos para a publicidade de sua marca? Haveríamos de exclamar atestado se vinculasse precisamente a efígie duma pessoa, ou de algumas, ao produto. Conquanto não focada a captação e rarefeita a exposição, não enxergamos problema.

Também sem dificuldade crer não existir, em princípio, afronta na feitura, cópia e difusão de *caricaturas*. Produzida com *animus jocandi*, tal representação da imagem se presta, no mais das vezes, a retratar comicamente cenas, atos envolvendo pessoas públicas ou fatos que atraíram a observação popular, com conteúdo social crítico ou não. O intento reside no burlesco, no irônico singelo ou mordaz que seja. Daí, porém, a que a charge descambe no puro escárnio depreciativo já havemos bastante diferença. Intolerado isso. E o exame cabe ao magistrado quando o interessado trazer à apreciação do Judiciário o conflito.

O arremate dos casos que arrolamos como revestidos de licitude na utilização da imagem põe-se à baila com o respeito que é devido à representação visual da personalidade dos indivíduos suspeitos de cometimento de ilícito penal.

Instaurado o Inquérito Policial, e durante todo esse procedimento inquisitório e sigiloso, não se pode capitular o que ainda não foi indiciado, tampouco acusado, como criminoso (IBIAPINA, 1999). A conclusão a que se chegará na polícia judiciária diz respeito à probabilidade de o indigitado, implicado na prática da conduta delituosa, ser o seu real autor (indiciamento). O sujeito só a partir da triagem do Ministério Público será considerado acusado. E mais: como expressa garantia dum Estado Democrático de Direito, não se o poderá dizer delinqüente até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal que o diz culpado¹⁶.

Não há que se olvidar os malefícios produzidos pela simples exibição da figura de alguém associado, devidamente ou não, a infrações. Que o digam os suspeitos de crimes contra a liberdade sexual. Ainda mais danoso é quando tal associação é feita pelos meios de comunicação em massa, posto sua facilidade de adentrar nas residências, tornando de ampla ciência o fato: perda de emprego, desassossego ou ruptura da estrutura familiar, constrangimento social etc. Todos esses seriam motivos suficientes, a alguns (IBIAPINA, 1999), para que não se corresse o risco de estar exibindo a figura de alguém sem que se certifique, por *res iudicata*, ter sido ele o agente da transgressão. O apontado pode ter sido o sujeito ativo do delito ou não, mas os prejuízos de haver sua estampa vinculada ao crime persistem, inobstante se ateste judicialmente sua inocência. Ferir-se-ia, dessa forma, concomitantemente, o *direito à imagem* e o *princípio da presunção de inocência*.

Porém, não é bom deixar de explanar que imperativos de ordem e segurança pública há e que tais se sobrepõem aos percalços particulares, sob critérios, em vista do interesse público. Inegável que, freqüentemente, por trás da exposição do suspeito, encontra-se a índole narcisista e autocentrada do Delegado de Polícia e/ou o instinto sensacionalista da mídia. Porém, devemos atentar ao fato de que, ao se veicular a

imagem daquele que porventura cometeu o ilícito, teremos perscrutado não apenas o crime em tela, mas também outros de que, por acaso, igualmente seja autor.

Possíveis outras vítimas poderão emergir de tal enunciação. Além do mais, a exposição do retrato do acusado pode ter um fim didático ao se apontar qual seja a conduta socialmente repugnante, indicando-se, conseqüentemente, aquela que condiga com o equilíbrio social.

A práxis indica pela predominância do interesse público na exibição. Nesse sentido também se encontra o texto da Lei Civil portuguesa, no supra-relatado artigo, quando dita não ser necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem as *exigências de polícia ou de justiça*. A doutrina brasileira já tendia a essa linha (GOMES, 2001, p. 156), no que foi acompanhada pelo Código Civil de 2002, que, dessa maneira, permite a exposição ou utilização da imagem, entre outros casos, quando necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (art. 20)¹⁷.

7. Interseção da esfera do direito à imagem com as de outras faculdades jurídicas

O tema é mais tratado sob o epíteto de *colisão de direitos fundamentais*. Estes, como sabemos, são os considerados como essenciais dentro duma ordem jurídica nacional¹⁸ num elenco encarado intangível, pois que funciona de garantia do cidadão frente ao Estado. Decerto que não nos cabe nesse breve estudo tecer considerações apreciáveis acerca dessa disciplina. Importa a nós tão-somente investigar quais as conseqüências de eventuais choques entre o direito à própria imagem e direitos outros de mesma alçada protetiva constitucional.

Preferimos aqui falar em interseção, pois que a noção de colisão nos parece reportar a embate, em que um dos pólos invariavelmente prevalecerá em detrimento do outro, o que deveras não procede sempre. De todo jeito,

com essa ressalva, as expressões serão utilizadas indistintamente, como sucede na doutrina.

Nesse mote, abordaremos mais especificamente o conflito de interesses que pode existir entre o exercício do *direito à imagem* e o *direito autoral do fotógrafo*, o *direito à informação* e a *liberdade de imprensa*. Por tudo o que se disse, não é preciso que explicitemos novamente o que seja direito à imagem.

Entende-se o *direito de autor* como espécie do gênero *direito autoral*. Este englobaria aquele e os *direitos conexos* referentes às faculdades dos intérpretes e executores das obras intelectuais. Por estas, entendemos a *exteriorização duma criação do espírito, i.e.*, uma manifestação de uma criação intelectual (ASCENSÃO, 1980, p. 11-13), que pode ser por meio oral, escrito, representada artisticamente, por desenho, música, cinema, fotografia (como aqui mais nos preocupa).

Ao falarmos de direito de autor de obras fotográficas, referimo-nos à tutela que se concede àquele que, valendo-se do seu gênio criativo, imprime, por meios puramente mecânicos, uma valia estética, um caráter artístico a uma chapa fotográfica. As prescrições normativas que lhe dizem respeito encontram-se na Lei 9.610 de 19/02/1998 (art. 7º, inc. VII, art. 79) e, como direito fundamental, nos inc. XXVII e XXVIII do art. 5º da Carta Magna de 1988.

Doutra forma, como corolário da liberdade de expressão do pensamento (art. 5º, IV, CF/88), temos a liberdade de comunicação, de expressão por meio de difusão de massa (FERREIRA FILHO, 1997, p. 31), de imprensa falada ou escrita, pela qual se proíbe toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220 e ss. da Constituição de 88). De igual maneira, tem-se assegurado que o direito à informação não sofrerá restrição que lhe embarace o desenvolvimento em qualquer veículo de comunicação social, inclusive por dispositivo legal.

Por certo que, vedada a obstrução dos referidos direitos, casos haverá em que seu

exercício implicará choque com faculdades outras de tão ou maior cobertura jurídica tutelar, como se nos apresenta na regra do direito à imagem. Disso, como exemplo, imagine-se um fotógrafo que, buscando estampar a beleza bucólica de certo parque, bate um chapa da paisagem. Gozando das faculdades de ordem patrimonial que lhe são asseguradas¹⁹, poderá ele, *v.g.*, vender tal fotografia a uma empresa de publicidade que lhe dará destino de exibição em cadeia nacional. Ora, vemos, sob esse ângulo, a exploração dum direito resguardado explicitamente na Lei de Direitos Autorais, com embaso no título constitucional referente às garantias fundamentais. Por outro lado, que se dirá daqueles que, presentes no instante da fotografia, tiveram suas imagens precisas veiculadas ao produto comercial sem que para isso lhe tivessem requerido aqui-escência? Límpido se afirmar também que houve, por certo modo, uma violação nesse seu direito.

Queremos com isso ilustrar que, em que pese o valor coerência que se deve impregnar no Ordenamento Jurídico Positivo, a realidade demonstra fatos em que a proteção que se confere a um direito entra em choque com a tutela de outro. Por isso se afirma que o conflito aqui é, *ultima ratio*, um conflito de normas (LEONCY, 1998) – a que, no citado acima, outorga a proteção à efígie da pessoa e a norma que assegura a exploração da obra fotográfica.

Ainda mais conturbada é a hipótese quando a estampa se destina a alertar a população dos malefícios causados pelo uso do cigarro. Vê-se quão altaneira e complacente é essa exibição. A sociedade não deve ter cerceado o seu direito a que o conhecimento lhe chegue, pelo meio que for, paralelo à liberdade de imprensa interessada na divulgação do apontamento. Decerto ser um alerta que trate de saúde pública, de elevada preciosidade coletiva. Porém, acaso poderá sofrer indiscriminadamente o titular da imagem retratada se não lhe convém expor o corpo ou as vísceras combalidos pela moléstia?

Consequente à apresentação do imbróglio, deve o estudioso alertar para qual seja o desfecho que considere mais adequado. Mas antes de explicitarmos tal arremate, válido observarmos como o proceder-se-á. Com acerto, elucida Alexy (1998, p. 73) que “todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos”. De sorte que, ao que se chama colisão de direitos fundamentais, refere-se a três espécies de interseção: *colisão com redução bilateral*, *colisão com redução unilateral* e *colisão excludente* (ROLIM, 2002).

Diz-se colisão com redução bilateral quando o exercício de ambos os direitos fundamentais apenas se viabiliza se os dois sofrem limitação na sua esfera. É decerto o preferível. Por outro lado, haveremos choque com sacrifício unilateral se, resultante da colisão, tivermos o abatimento de apenas um dos direitos, sem o que o outro não poderia subsistir. Por fim, colisão excludente ocorrerá se o exercício de um dos direitos, preferindo ao outro, pressupõe o afastamento do exercício deste, vez que impossível a convivência dos dois.

Porém, não se terá dito suficiente com o que foi exposto. Aos mais atentos restará a indagação: qual, então, o critério determinante para sabermos, *in concreto*, se do choque de direitos deveremos promover relativização de um, de ambos ou exclusão de um deles?

Para isso, sob a teoria dos princípios, deverá o jurista valer-se do *princípio da proporcionalidade*, que adquire um grande relevo pela sua função hermenêutica que permite discernir, entre o que se apresenta faticamente na colisão real, aquilo que deverá preponderar (ROLIM, 2002). Assim, estando o titular da imagem fotografada e o fotógrafo ou jornalista em oposição quanto aos seus direitos, ou mais especificamente quanto às normas que lhes conferem esses direitos, a querela só poderá ser resolvida se se proceder a um juízo de ponderação

que manifestará qual seja a conveniência das partes com o todo normativo. Indagase, dessa forma, o direito que sofreria maior lesão se, em seu detrimento, se fizesse prevalecer o outro.

Isso posto, convence-nos que o caráter profundamente mais arraigado à própria constituição moral da pessoa do direito à imagem é razão suficiente para que, efetuada a devida proporção entre os exercícios dos direitos, se conclua no sentido de que este, em regra, deva sobressair. A figura do ente trás, por si, embutida uma carga de identificação que o manifesta na realidade, imprimindo nas circunstâncias da vida a sua existência e representando visualmente sua personalidade de direito. Uma agressão àquela simboliza um atentado contra a órbita dos direitos da personalidade, pois vai feri-la num de seus poucos compostos perceptíveis fisicamente, pelo que aqueles demais direitos deverão, em geral, dar-lhe passagem.

Daí, ao se contrapor o direito à própria imagem e o direito de autor do fotógrafo, ou qualquer dos outros, a boa práxis indicará pela superveniência daquele. A justificação da efígie, como espécie da órbita da privacidade, assume um caráter de maior dignidade, característico dos direitos da personalidade, posto que quem a defende guarda para si os cuidados do Direito e se limita à proteção de sua esfera jurídica com um conteúdo que ao próprio Direito precede. Conquanto igualmente regulado sob o epíteto de direito fundamental, o exercício do direito do fotógrafo sobre sua obra poderá extrapolar a circunscrição da sua tão-só defesa e descambar na esfera jurídica de outrem para agredir uma sua faculdade inata.

Os limites que deverão sofrer os demais direitos não reagem noutra advertência que não a da *lei de ponderação* (ALEXY, 1998, p. 77) exclamada no princípio da proporcionalidade, pela qual é tanto maior a justificativa da proteção de um direito por tão grave que sejam as razões que levam a tal intervenção. Sendo assim, o amparo jurídico,

precipuamente, tenderá àquele direito personalíssimo.

Seguindo uma fidelidade de pensamento, cabe-nos objetar, no entanto, que prevalecerá, em toda hipótese, o direito relacionado à imagem da pessoa sobre os demais neste estudo realçados. É sensato que a convicção do jurista depende do argumento que se lhe apresenta, com o que devemos acrescentar ser a regra o predomínio do pólo referente ao retrato da pessoa. Entendemos que, visto o direito à imagem em colisão, aquela faculdade que se lhe opõe será passível ora de relativização ora de exclusão mesmo. No entanto, nada impede que, no caso concreto, a justiça exclame pela redução bilateral, ou mesmo pela prevalência da liberdade de imprensa, ou do direito de informação, ou de autor do fotógrafo.

Acontece que a dignidade extremada que se destina à tutela da figura da pessoa não pode ser causa de abuso²⁰, situação na qual aquel' outras tutelas seriam vítimas de dano proporcionalmente maiores. Exemplifica o caso de exibição de uma matéria televisiva dada em efeito na praia, lugar público. Realizada com fins meramente informativos, descabida será a ação de indenização por dano referente à veiculação desautorizada de sua imagem, vez que o direito à informação, sob esses aspectos, como já relatado no ponto anterior, não terá razão de ser coibido. O reforço de um ou de outro será conteúdo de apreciação para o justo, equilibrado e cauto *decisum* do juiz.

8. Conclusão

Ao se falar do que diz respeito ao direito à imagem, entre os que se tipificam como da personalidade, a ilação a que se chega, concordante com todos os pontos mercedores de análise, há de repousar sempre no dado da *dignidade da pessoa humana*.

O ser humano, como pessoa, fundamento do direito e razão de toda ordem normativa, rodeado se encontra de um arcabouço jurídico que o garante nos compostos basi-

lares de sobrevivência social e desenvolvimento moral próprio.

A par de todas as faculdades que se lhe protegem, o realce ora exclamado deu-se ao que definimos como representação pictórica da personalidade, numa interpenetração que por vezes reporta-se ao dado da boa fama, da reputação do sujeito. Alertamos, por precaução, que essa associação não implica, de forma alguma, relação de necessidade, mas harmonia, como de resto também ocorre, referentemente à efigie, com bens jurídicos outros tais quais intimidade, honra, vida privada.

O composto da dignidade desse preceito soa ainda que não se pode quedar inerte frente aos abusivos e remansos empregos ilícitos da estampa dum sujeito mesmo seja ele, por seu ofício, ente notório. A publicidade da personalidade justifica que momentos de seu convívio íntimo até sejam exibidos sob circunstâncias, mas, à evidência, não se mostra arrazoado que tal “liberdade” resvale para a agressão moral, para a invasão ignóbil e totalmente descabida.

Por não fazer da propaganda seu instrumento de trabalho, ao vulgo corresponde ainda mais o poder de exclusividade de sua representação, pelo que de mais austero se agasalha essa capacidade sua para repelir, por meio do competente aparato judicial, a incursão para a qual deveras não consente. Declaramos com isso terminantemente indevida a irrupção de sua privacidade, em especial com mácula ao seu direito ao próprio retrato, que é ainda mais injustificada.

Importou, sobretudo, sem o que nada teríamos dito, a caracterização do direito à imagem como direito da personalidade, sob amparo legal e constitucional, cujo exercício admite uma exploração econômica cautelosa, paralela a todas as implicações que do seu regime jurídico derivam. A sistematização do tema, invariavelmente, passou pela vicissitude jurisprudencial e pelas possibilidades de se servir, licitamente ou de forma defesa, da imagem, em que o arrema-

te entendeu pela regra da prevalência de tão lúdimo interesse sob outras faculdades jurídicas com que venha, eventualmente, a colidir.

Pelo que se expôs, não casuisticamente, houve por bem consignar o Legislador, como já havia feito o Constituinte de 1988, a figura qual objeto de relação jurídica dentro da classe protetiva assinalada da personalidade, sob todas as qualificações e meandros figurativos que fazem da imagem matéria de profícua e prazerosa apreciação.

Notas

¹ A expressão “Direito da Personalidade”, como já empregava Gierke, é com efeito o mais usado na doutrina pátria. Cf. GOMES, 2001, p. 148-150.

² Nesse sentido, RESP 58101/SP. Agasalhamos a *ratio* de que a pessoa de direito, no tanto em que se considere essa sua qualidade, compõe-se de promanações peculiares em vista individual mas cujo fundo comum é de alçada social, porquanto perceptível igualmente em todos da mesma classe jurídica.

³ Em situação esparsa, prescrevia a obra legal de Beviláqua no inciso X do art. 666: “A pessoa representada e seus sucessores diretos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto”.

⁴ Não é outro o entendimento dos nossos tribunais superiores. Como se lê: “I – O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque asentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II – O direito à imagem constitui um direito de personalidade, extrapatrimonial e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. III – Na vertente patrimonial, o direito à imagem protege o interesse material na exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais” (RESP 74473 / RJ).

⁵ O problema desses *reality shows* reside na tênue linha que separa as esferas de atuação da emissora de televisão e o círculo de autonomia privada da pessoa que negocia a invasão, do ponto em que esta vem a ferir o princípio da dignidade humana.

⁶ Cf. os artigos 82 do CC/1916 e 104 do CC/2002.

⁷ MORAES, Walter. A regra da imagem (dissertação datilografada), 1966 apud CHAVES, 1967, p. 52-53.

⁸ Neste Sentido, RESP 230268 / SP, RESP 86109 / SP.

⁹ Sobre essa ausência de consentimento é a predominância dos julgados nas Cortes brasileiras, *v.g.*, RE 215984 / RJ. Cf. ainda D'AZEVEDO (2001).

¹⁰ Dentro desse ponto, espreita-se a veiculação da imagem em periódicos de cunho eminentemente libidinoso, o que no mínimo pode atingir a reputação de quem a preza. No início do referido art. 20 da Lei 10.406, temos o alerta excludente da tipicidade: "salvo se autorizadas...", o que afasta de dúvidas ter deixado o legislador a cargo da autonomia privada decidir pela prática e ratifica a disponibilidade do exercício desse direito da personalidade. Para melhor explano sobre a distinção *direito x exercício*, conferir o ponto 4 deste trabalho.

¹¹ Em consequência da independência entre as responsabilidades civil e criminal (art. 935 do Código Civil de 2002), pode ocorrer até um eventual enquadramento penal (como algum dos crimes contra a honra: artigos 138 a 145 do Código Penal Brasileiro) nessa conduta que denigre outro bem jurídico.

¹² Para um maior aclaramento da vicissitude jurisprudencial a esse respeito, recomendamos o Informativo STF 273.

¹³ Neste sentido, Cf. MOREIRA, 2002.

¹⁴ Diferentemente, entendem alguns ser o dano à imagem, em tela, apenas espécie do gênero dano moral, e não caracteres distintos. Cf. FERREIRA FILHO, 1997. p. 35.

¹⁵ Com a mesma dicção, já vemos tal disposição na Lei italiana nº 633, de 22/04/1941, em seus artigos 96 e 97. O Código Civil italiano, em seu art. 10, excursa: "Quando a imagem de uma pessoa ou dos pais, do cônjuge ou dos filhos tenha sido exposta ou publicada fora dos casos em que a exposição ou a publicação é permitida pela lei, ou então com prejuízo do decoro ou da reputação da própria pessoa ou dos mencionados parentes, a autoridade judiciária, a pedido do interessado, pode determinar que cesse o abuso, sem prejuízo da indenização por danos".

¹⁶ É o disposto no inc. LVII do art. 5º, CF/88.

¹⁷ A Lei Estadual nº 6.075/97 (PA) dispõe contrariamente, ao proibir o constrangimento ativo ou passivo dos presos a exposição de sua figura em qualquer meio de comunicação.

¹⁸ A matéria é inexaustível nestes apontamentos. Para isso, Cf. ALEXU, 1998.

¹⁹ Art. 79, *caput*, da Lei 9.610/98. Cf. ASCENSÃO, 1980, p. 228-229.

²⁰ Define o abuso de direito o art. 187 do Novo Diploma Civil, rezando: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Bibliografia

ALEXU, Rosert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal, Porto Alegre, 7 dez. 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 67, 1972.

D'AZEVEDO, Regina Ferretto. Direito à imagem. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2306>>. Acesso em: 4 mar. 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

GOMES, Orlando. Direitos da personalidade. *Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Braga, tomo 16, 1967.

_____. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

IBIAPINA, Humberto. A mídia versus o direito à imagem, na investigação policial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=151>>. Acesso em: 6 mar. 2003.

LEONCY, Léo Ferreira. Colisão de direitos fundamentais (o direito à imagem de presos, vítimas e testemunhas e a liberdade de expressão e de informação). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=150>>. Acesso em: 4 mar. 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fonte das obrigações: contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, Luiz Roberto Curado. A problemática do dano à imagem. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3189>>. Acesso em: 5 mar. 2003.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. Personalismo jurídico e os direitos da personalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2973>>. Acesso em: 4 mar. 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/>

[doutrina/texto.asp?id=2855](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855)>. Acesso em: 5 mar. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SZAFIR, Dora. *El consumidor en el derecho comunitario*. Uruguay: Fundacion de Cultura, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 2.

Reforma do Judiciário. Tribunal Constitucional e Conselho Nacional de Justiça

Controles externos ou internos?

Maria Auxiliadora Castro e Camargo

Sumário

1. Introdução. 2. Insatisfação popular X objeto da reforma. 3. O denominado controle externo da PEC 29/2000 e o direito comparado. 3.1. Os Conselhos da Magistratura no Direito Comparado. 3.2. A proposição brasileira. 4. Separação de poderes. 5. Efeito vinculante e controle da atividade de julgar. 6. A criação do Tribunal Constitucional como forma de controle “externo”.

1. Introdução

No Brasil, diuturna e paradoxalmente, presenciamos, por um lado, debates sobre a implantação de um controle externo do Poder Judiciário e, por outro, a implantação da Súmula Vinculante no âmbito do STF. Inúmeras e célebres vozes tem-se manifestado sobre o assunto. No entanto, até o momento não foi firmada uma posição preponderante que venha a colocar fim à celeuma instaurada acerca da legitimidade de referido controle externo e dos perigos decorrentes da vinculação das decisões do STF.

Em razão da crescente falta de credibilidade do Poder Judiciário, tornou-se unânime, em todos os segmentos da sociedade, a idéia da necessidade de uma reforma no Poder Judiciário que venha a conferir mais celeridade e eficácia às suas decisões. Instaurou-se uma crise que culminou numa proposta de reforma que tramita pelo Congresso Nacional desde 1992¹. É bem verdade que, nos seus aproximadamente 11

Maria Auxiliadora Castro e Camargo é Procuradora Federal, especialista e mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e Universidade Federal de Goiás e doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca-Espanha.

(onze) anos de tramitação, a PEC 29/2000 vem recebendo várias propostas de emendas e que tantas outras propostas lhe tenham sido apensadas, realmente dificultando sua apreciação. Mas nem por isso os debates que envolvem a matéria deverão ser radicalmente desprezados, como sugeriu o Ministro da Justiça. Em razão da gravidade do tema, pensamos que todos os argumentos devem ser considerados, mesmo porque, tratando-se de nova legislatura, que renovou grande parte do Congresso Nacional, e de novo momento político na história da democracia brasileira, parece ser a hora adequada para que todas as reformas propostas possam ser objeto de crítica e sugestões por parte da sociedade brasileira. Assim, certamente os debates que deverão preceder a votação devem apresentar enfoques mais coerentes com a realidade social.

Ninguém nega a existência da crise. Ela é tamanha que, diuturnamente, vem sendo anunciada por membros de todos os Poderes do Estado. O atual Presidente da República chegou a mencionar a existência de uma “caixa preta” no Judiciário, certamente para referir-se à necessidade de uma maior transparência que se convencionou denominar “controle externo”. O tema não é pacífico. O controle externo tem sido causa de muita polêmica entre os poderes e um dos motivos que emperram o andamento da proposta de reforma do Judiciário, traduzida pela PEC 29/2000.

Cogita-se na criação de um órgão para controle externo do Poder Judiciário e discute-se sua viabilidade diante do princípio organizativo da separação dos poderes; prega-se a instituição da Súmula Vinculante, contestada por muitos em razão dos princípios do juiz natural e livre convicção do juiz. Perquire-se, então, se seria viável a criação de um único órgão de controle do Judiciário, que não interferisse na função jurisdicional afetando a independência dos juizes e, ao mesmo tempo, zelasse, também, pela uniformização da jurisprudência. Sem nenhuma sombra de dúvida, a resposta só pode

ser negativa, devido à diversidade dos objetos. Entretanto, deve ser destacada a grande responsabilidade do Congresso Nacional, investido do poder reformador, na criação de mecanismos de controle interno e órgãos de controle externo do Judiciário, tudo isso em fiel observância aos princípios democráticos de direito.

Talvez seja essa necessária observância aos princípios gerais e democráticos de direito que faz emergir uma certa incoerência dos argumentos que tentam justificar e fundamentar a reforma. Por isso, em razão da aparente contradição entre as propostas – que até o momento foram colocadas em discussão – é que, ao iniciarmos nosso estudo, afirmamos ser paradoxal a pretendida reforma do Judiciário. A afirmativa é baseada no fato de que, inspirada num lema da moralização, a proposta, ao mesmo tempo que pretende criar um órgão para o controle externo do Poder Judiciário, por outro lado, confere poderes extraordinários e ilimitados ao STF, que, além de ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário (e nessa qualidade proferir decisões exclusivamente jurídicas), é também a Corte Constitucional brasileira a quem compete a interpretação da Constituição Federal, inclusive quanto aos seus aspectos políticos.

Como no Brasil o controle da constitucionalidade das leis está a cargo do Poder Judiciário, uma das questões a ser enfrentada pelo poder reformador, ao criar um controle externo do Judiciário, deverá responder à seguinte indagação: como um órgão externo poderá controlar o controlador da Constituição, sem que, com isso, possa pretender ser maior que a própria Constituição (mesmo que seja por ela previsto)? A história nos mostra que teorias que tentaram idealizar um quarto poder, inspiradas na teoria de Benjamim Constant (1796-9), fracassaram porque conduziram a um regime antidemocrático. Assim, como permitir o controle externo do Poder Judiciário sem ofender o clássico sistema de freios e contrapesos, explicados pela teoria da separação dos poderes

de Montesquieu, na qual o poder deve ser controlado pelo próprio poder?

Essas são algumas das questões que o presente artigo pretende afrontar com o objetivo de demonstrar que alguns órgãos, ou mecanismos de controle, que se pretende implantar no direito brasileiro, não são desconhecidos no mundo político-jurídico. Precedentes existem e podemos encontrá-los numa breve incursão pelo direito europeu. Pretendemos, assim, realizar uma análise comparada da proposta brasileira em confronto com os antecedentes europeus com o objetivo de constatar em que medida a experiência européia pode influenciar a nossa tão almejada reforma. A comparação dos modelos apresenta-se especialmente relevante para uma boa interpretação e compreensão dos temas controvertidos.

2. *Insatisfação popular versus objeto da reforma*

É grande a insatisfação popular com a inoperância do Judiciário brasileiro. As censuras são várias e, entre as principais queixas, podemos destacar: a) *quanto ao acesso*: as dificuldades encontradas pelo cidadão comum para ingressar com seu pedido de provimento jurisdicional; b) *quanto ao andamento dos feitos*: a morosidade na entrega da prestação jurisdicional; c) *quanto à própria prestação jurisdicional*: a divergência de decisões que, acobertadas pela coisa julgada, resolvem casos semelhantes tutelando direitos de alguns, mas negando esse mesmo direito a outros; d) *quanto à fiscalização de seus agentes e administração de seus recursos*: as crescentes denúncias de desvio de verbas e corrupção de magistrados e serventuários contribuem para deixar o Judiciário em uma posição desconfortável perante a opinião pública e demais poderes constituídos.

A divergência das decisões judiciais contribui para um progressivo sentimento nacional de que as leis, no Brasil, foram feitas para ser transgredidas e beneficiar apenas a uma minoria privilegiada: mas é o con-

junto desses e outros fatores que fez arraiar o sentimento, praticamente unânime, em todos os segmentos da sociedade – incluindo o próprio Judiciário – de que mudanças, além de benéficas, são necessárias. Assim, o desejo urgente da promoção de uma total e necessária reforma do Judiciário vem cobrar os trabalhos do Congresso Nacional.

Entretanto, faz-se necessário distinguir muito bem a diversidade de objeto e natureza da pretendida reforma, no escopo de que ela possa atender aos reclamos sociais, transformando realmente o Poder Judiciário, de modo a possibilitar que esse cumpra sua finalidade de distribuir justiça. A ninguém interessa um Judiciário submisso ou dependente de outros poderes apenas eficiente e justo.

Considerando os anseios populares apontados, as peculiaridades de objeto e natureza da pretendida reforma podem ser agrupadas em inúmeras classificações e não pretende o presente artigo esgotar a análise de todas elas. No que diz respeito ao *acesso ao Judiciário* e ao *andamento dos feitos*, devemos reconhecer que muito vem sendo conseguido com a criação de juizados especiais dotados de procedimento sumário, criação de meios alternativos para solução de controvérsias, maior aparelhamento judiciário, criação de varas, etc. É claro que muito ainda pode ser feito como a diminuição dos valores das taxas judiciárias e equiparação de referidos valores em todos os Estados da Federação, criação e otimização das Defensorias Públicas previstas na CF/88, simplificação das normas processuais, etc.

Contudo, o que pretende analisar o presente artigo são alguns dos pontos polêmicos da reforma considerados como outros grandes males que acometem o Judiciário e que residem na *fiscalização de seus agentes e administração de sua própria organização*, assim como na *uniformização de suas decisões*. Cremos que a cura desses males não pode merecer igual tratamento, nem apresentar-se em doses homeopáticas. A reforma, para

cumprir seu objetivo, deve ser ampla, mas não deve restringir o acesso do cidadão ao Judiciário. Tampouco deve representar supressão de garantias ou direitos.

Em uma campanha generalizada contra corrupção, o principal alvo a ser atingido, no que tange ao Judiciário é o estabelecimento de um controle externo. Na seqüência, analisamos o significado desse controle chamado “externo” e sua previsão no projeto de reforma até o presente momento.

3. O denominado controle externo da PEC 29/2000 e o direito comparado

Atualmente, parece firmar-se o entendimento de que “externo” seria o órgão criado com o fim específico de controlar “a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juizes”². Mas seria esse novo órgão realmente órgão de controle “externo”?

A proposta originária era de criação de um Conselho situado fora da estrutura do Poder Judiciário cuja composição heterogênea previa, inclusive, a presença de 2 (dois) cidadãos, escolhidos um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal³. Rejeitada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, a proposta foi emendada para modificar a composição do Conselho, excluindo a participação de cidadãos e retirando o termo “externo” de seu nome. Naquela ocasião, entendeu-se que realmente a criação de um conselho que não integrasse a estrutura do Poder Judiciário seria contrária à limitação material ao poder de reforma constitucional contida no art. 60, § 4º, da CF/88, que veda a deliberação de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes. O Substitutivo à PEC nº 96/92, aprovado na Câmara dos Deputados, veio a propor, então, a criação de um Conselho inserido na estrutura do Poder Judiciário, cuja composição reflete os diversos segmentos da Instituição em nível federal e estadual.

A então Relatoria da PEC nº 29/2000 sugeriu a criação de um órgão nacional de

direção superior da magistratura composto por juizes, representantes do Ministério Público e da advocacia. Na versão do Senado, foram eliminados da composição do Conselho Nacional de Justiça membros estranhos ao Poder Judiciário, e no texto aprovado pela legislatura que terminou em 2002, foi retirado o inciso que era acrescido ao artigo 92 da CF, a qual previa o Conselho como órgão do Poder Judiciário; todavia, o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que o CNJ terá sede na capital federal⁴.

Mesmo que não seja expressamente previsto como órgão integrante do Judiciário, por meio de simples interpretação sistemática da Constituição, elimina-se qualquer dúvida a respeito do assunto, vez que o atual projeto inclui referido Conselho Nacional de Justiça no Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo III – Do Poder Judiciário da CF/88.

Assim, ainda que os debates continuem referindo-se ao dito controle como “controle externo”, esse – nos termos da proposta em andamento – de “externo” já não leva nem mesmo o nome; isso é perfeitamente compreensível, vez que o controle que vier a ser exercido por um órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário composto – na maioria – por seus próprios membros na verdade deve pertencer ao próprio Judiciário, mesmo que alguns continuem insistindo em denominá-lo “externo”.

Sob nenhum aspecto – seja quanto à sua composição, competência ou localização – poderia a fiscalização que a PEC 29/2000 pretende instituir sobre o Judiciário ser denominada “controle externo”. Ao contrário, trata-se de um controle inerente a problemas “internos” do próprio Poder Judiciário, mas nem por isso desnecessário ou ineficiente. Entretanto, deve-se nominá-lo de acordo com sua verdadeira vocação, sob risco de confundirmos os institutos jurídicos e o próprio direito.

Não se discute aqui a necessidade ou desnecessidade de controle funcional, administrativo e financeiro sobre o Judiciário

porque a aceitação dessa necessidade é ponto pacífico, admitida, inclusive, pelos mais altos representantes desse próprio Poder. O que é controvertida e combatida é a possibilidade de referido controle ser realmente realizado por um órgão situado fora da estrutura do próprio Judiciário, como ocorre em outros ordenamentos jurídicos.

3.1. Os Conselhos da Magistratura no direito comparado

Ainda que inspirada em causas diametralmente opostas, a criação do Conselho Nacional de Justiça espelha-se no direito europeu, e sua origem está na Constituição francesa de 1946, que dedicou o Título IX a criar e regular um conselho superior da magistratura como forma de acrescentar um mecanismo garantidor da independência judicial, além das garantias já previstas de inamovibilidade do juiz e o submetimento desse à lei.

Inspirada na França, a Constituição italiana de 1947 criou o *Consiglio Superiore della Magistratura* e depois, seguindo o exemplo, foram criados os *conselhos superiores das magistraturas*⁵ no caso português; *Consejo General del Poder Judicial* na Espanha, como também ainda faria a Grécia.

Entretanto, o que originou a criação desses Conselhos na Europa não foi a fiscalização do Judiciário. Ao contrário, o objetivo era o de conferir autonomia e governo democrático a um Poder que se dizia completamente independente, quando na verdade tinha todo seu pessoal e orçamento controlados pelo Governo.

No Brasil, a Constituição assegura autonomia administrativa e financeira ao Poder Judiciário (art. 99/CF), competindo aos Tribunais apresentar suas propostas orçamentárias e organizar sua própria administração. Assim, a criação de um CNJ não teria como escopo principal assegurar uma independência que já existe, mas, sim, controlar essa independência por meio da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funci-

onais dos juizes, com poderes para aplicar as correspondentes sanções disciplinares.

Os conselhos europeus, em geral, também possuem essas mesmas competências, contudo, historicamente estavam chamados a desapoderar o Executivo das atribuições que mantinha em relação à administração do Judiciário e com a direção de pessoal, notadamente seleção, nomeação, promoção, inspeção e regime disciplinar. Assim, a criação desses conselhos na Europa, por um lado, significava colocar o governo da judicatura fora do controle do Executivo, mas, por outro lado, é verdade, também significava que, num Estado democrático, fazia-se necessário dotar a magistratura de um sistema de administração que, evitando o mandarinato dos juizes e propiciando um certo grau de coordenação com a representação da soberania popular, pudesse ser ao mesmo tempo garantia de independência e de não manipulação (Cf. PEDRAZ PENALVA, 1996, *passim*).

Normalmente designados como órgãos de autogoverno do Judiciário, os conselhos europeus não integram a estrutura desse Poder, tanto pelo motivo de que na sua composição formam partes sujeitos estranhos à ordem jurisdicional, quanto em razão de suas atribuições, que são de natureza política-administrativa (assim como disciplinares, competência essa que configuraria os conselhos como juiz especial) – (Cf. TEROL BECERRA, 1990, *passim*).

Esse modelo de administração do Poder Judiciário produziu, na Europa, o resultado de reforço da independência desse poder, quer no plano externo, quer no interno. No plano externo, diminuiu, visivelmente, a área de influência que o Executivo exerceria sobre os juizes; no plano interno, produziu uma queda, cada vez mais significativa, do poder hierárquico dos tribunais superiores, já que as competências, ainda meramente administrativas, desses tribunais foram transferindo-se para os conselhos.

Evidentemente, como costuma acontecer nos sistemas democráticos, o modelo foi alvo de críticas como a de Satta (1965), para quem

“separar ‘administrativamente’ o juiz-servidor é absurdo; uma coisa é a independência judicial, e outra, o vínculo que como empregado lhe une à Administração. Para evitar que tal vínculo, ainda que indiretamente, se resolva em dependência de sua função jurisdicional, existem as leis de inamovibilidade, requisitos e garantias para o acesso, etc”.

Mas a verdade é que o modelo também permitiu aos juizes exercerem suas competências constitucionais e legais independentemente da vontade política daqueles que, na conjuntura parlamentarista, possuem a maioria.

Entretanto, a eficácia e o papel do conselho dependem muito da sua composição, do modo de designação de seus membros e das suas competências. O direito comparado nos oferece diversas formas de administrar o Judiciário.

Como já foi dito, na França, Portugal, Itália e Espanha existem conselhos superiores da magistratura a quem se reconhece as competências referentes ao estatuto da magistratura e nomeação, ascensão, transferências, seleção, formação, regime disciplinar, etc. Na Itália e Espanha, também lhes são conferidos poderes para emissão de “informes” sobre anteprojetos de leis atinentes à matéria orgânica e processual. Ainda que esses “informes” possam assemelhar-se a um controle preventivo de constitucionalidade, ressalta-se que jamais vincularão qualquer Poder do Estado.

Na Itália e Espanha, também cabe aos conselhos a indicação de altos magistrados (Tribunais Constitucionais e Tribunais Superiores). Na França, Itália e Portugal, existe uma manifesta inter-relação com os outros poderes, seja por meio da titularidade da presidência que se outorga ao Presidente da República, seja pelas faculdades a esse reconhecidas para designar, direta ou indiretamente, parte dos membros que devem compor os conselhos (Cf. PEDRAZ PENALVA, 1990, p. 77). Também pode vir atribuí-

da ao Legislativo a eleição de uma parte dos membros dos conselhos, como a seguir constatamos.

O Conselho francês é composto por 11 (onze) membros e é presidido pelo Presidente da República – salvo no exercício da potestade disciplinar que será presidida pelo presidente da “Corte de Cassação”. A vice-presidência é ocupada pelo Ministro da Justiça. Dois, entre os onze componentes, são nomeados livremente pelo Presidente da República, a quem ainda compete eleger os demais membros entre os nomes constantes das listas apresentadas pelo Conselho de Estado (Legislativo) e Tribunal de Cassação (Judiciário). (Cf. GARCÍA PELAYO, p. 515-516).

O Conselho italiano está formado por 33 (trinta e três) membros, sendo três natos: O Presidente da República, Presidente da Corte de Cassação e Procurador Geral da Corte de Cassação. Os restantes 30 (trinta) membros são eleitos, 10 (dez), pelo parlamento, em sessão conjunta, entre professores universitários em matérias jurídicas e advogados com 15 (quinze) anos de exercício profissional, e os outros 20 (vinte) entre os magistrados, por um sistema proporcional de listas contrapostas. Na Itália, o conjunto de atividades administrativas do Conselho estão definidas como “administração da jurisdição”, considerando que, apesar de serem substancialmente administrativas, representam uma condição necessária para o exercício da jurisdição (Cf. PIZZORUSSO, 1984, passim).

Em Portugal, como já dissemos (Cf. CANOTILHO, 1984, p. 224-225), o Conselho Superior da Magistratura para os juizes dos Tribunais Judiciais é distinto dos Tribunais Administrativos e fiscais previstos para os magistrados desses órgãos. O Conselho Superior da Magistratura português é composto por 20 (vinte) membros, sendo 4 (quatro) natos (Presidente da República, do Supremo Tribunal de Justiça, Presidente de um Tribunal de segunda instância e Procurador de Justiça) e 16 (dezesseis) eleitos, sen-

do que 4 (quatro) entre eles devem ser personalidades designadas pela Assembléia da República, 2 (dois) juizes do Tribunal Supremo, 6 (seis) juizes titulares e 4 (quatro) servidores da Administração da Justiça. Os juizes e servidores serão eleitos por sufrágio universal e secreto entre todos os servidores ativos e as listas, elaboradas por organizações sindicais ou associação de juizes ou ainda por um mínimo de 20 eleitores.

O Conselho Geral do Poder Judiciário na Espanha está integrado pelo Presidente do Tribunal Supremo, que o preside, e por 20 (vinte) membros eleitos pelo Congresso dos Deputados e pelo Senado da seguinte forma: cada uma das casas elege – por maioria de 3/5 – 6 (seis) membros entre juizes de qualquer categoria que se encontrem em atividade; igualmente por maioria, cada uma das casas elege também 4 (quatro) membros entre advogados e outros juristas de reconhecida competência com mais de 15 (quinze) anos de exercício na profissão (Cf. PEREZ ROYO, 2002, p. 919-920).

Na Alemanha, não existe nenhum órgão parecido, sendo que a administração da Justiça ali apresenta uma grande dependência do Executivo em tudo o que não é estritamente jurisdicional. Entretanto, um setor da literatura germana vem defendendo, já há vários decênios, a conveniência de centralizar toda competência em matéria de Justiça em um conselho para administração da justiça *Rechtspflegeministerium* (Cf. PEDRAZ PENALVA, 1996).

3.2. A proposição brasileira

No Brasil, a proposta contida na PEC 29/2000 prevê a criação do CNJ composto de 11 (onze) membros oriundos, na sua maioria, do Judiciário. Entretanto, admite-se a participação da OAB na composição que ficaria assim definida: um Ministro do Supremo Tribunal Federal, um Ministro do Tribunal de Justiça, um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho – todos indicados por seus respectivos tribunais; um desembargador de Tribunal de Justiça e um de-

sembargador federal de um TRF – ambos indicados em reunião dos respectivos presidentes, assegurada a alternância entre os tribunais de origem dos magistrados; um juiz federal, um juiz estadual e um juiz do trabalho – indicados entre os com mais de dez anos de exercício, mediante eleição da qual participem todos os magistrados das respectivas categorias; e, por fim, dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A competência, primordialmente estabelecida, é o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes. Verificamos, assim, que, seja quanto a sua finalidade, atribuições, competência ou composição, sob nenhum aspecto o CNJ pode ter sua natureza como jurisdicional. Contudo, tampouco pode ser considerado como um órgão de controle “externo”.

A composição dos tribunais jurisdicionais brasileiros também conta com a participação de membros oriundos da advocacia e do Ministério Público. Nem por isso deixam de pertencer ao Poder Judiciário. Assim, a composição de um conselho que conta com a participação de membros oriundos da advocacia não causa espanto nem tem o condão de configurar um controle externo. A ausência de membros do Ministério Público certamente está justificada em razão de que a PEC 29/2000 também cria um conselho superior para o Ministério Público.

Na forma constante da PEC 29/2000, o CNJ trata-se apenas de um órgão de “autogoverno” do Judiciário, e assim deve ser considerado: como apêndice do próprio Judiciário, localizado dentro da estrutura de tal Poder. De toda a forma, mesmo não se tratando de um órgão “externo” estranho à tradicional forma de divisão de poderes, onde quer que seja localizado dentro da estrutura estatal, deve manter sua independência dos demais Poderes do Estado. Nesse sentido, decidiu com muita propriedade o Tribunal Constitucional espanhol:

“la verdadera garantía de que el Consejo cumpla el papel que le ha sido asignado por la Constitución en defensa de la independencia judicial no consiste en que sea el órgano de autogobierno de los Jueces sino en que ocupe una posición autónoma y no subordinada a los demás poderes públicos” (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 108/1986, de 29 de julio. F.j. 10).

De qualquer forma, para concluir, podemos afirmar que o controle a ser exercido sobre o Judiciário não pretende controlar a magistratura, enquanto função do Estado, apenas fiscalizar a organização administrativa desse Poder. Essa fiscalização administrativa é independente da judicial, que é a verdadeira essência da jurisdição como poder-dever de dizer o direito.

Montesquieu afirmou que não existiria liberdade se o poder de julgar estivesse vinculado ao Poder Legislativo ou Executivo. Não podemos confundir o poder de julgar com o Poder Judiciário, enquanto órgão estatal, cuja atribuição primordial é julgar as questões que lhe são apresentadas. Não se pretende controlar o poder de julgar, mas sim o Poder Judiciário como Poder constituído, nas suas funções de administração, fiscalização de seus recursos e agentes (que por sinal são funções específicas dos outros Poderes da União).

4. *Separação de poderes*

Mesmo não incidindo sobre a atividade de julgar específica do Poder Judiciário, o principal óbice encontrado para que, na composição do CNJ, integre membros oriundos de outros poderes constituídos (ou até mesmo da sociedade) é justificado sob o argumento de que uma composição heterogênea, cujos membros pertencessem a distintos poderes, ofenderia a clássica teoria da separação de poderes, o que estaria vedado pela Constituição.

A teoria da divisão dos poderes nasceu concomitantemente com o Estado Consti-

tucional enquanto forma de organização do Poder (Cf. PEREZ ROYO, 2002, p. 727). Entretanto, com todo o respeito com que se devem prestigiar as teorias clássicas, é incontestável que o direito, assim como as relações sociais que lhe dão causa, evolui. O direito constitucional não é exceção, visto que inclusive as Constituições rígidas não pretendem ser imutáveis. Assim, os partidários da implantação do chamado “controle externo” defendem a relativização do princípio da separação de poderes, afirmando que nem mesmo Montesquieu defendia uma separação absoluta.

Apesar de encontrarmos as primeiras formulações sobre a teoria da separação dos poderes no direito inglês, foi realmente com Montesquieu que a teoria se transformaria em “doutrina” da separação de poderes e conseguiria aceitação universal (Cf. PEREZ ROYO, 2002, p. 726). É mais que conhecido o pensamento de Montesquieu expressado em seu Espírito das Leis de que

“o valor político supremo é a liberdade, o maior inimigo da liberdade é o poder já que todo poder tende ao abuso, mas como o poder só pode ser detido pelo poder é preciso neutralizar seu abuso dividindo o exercício de tal poder em distintos órgãos”.

Por sua vez, a crítica básica que se faz da teoria de Montesquieu e que é invocada pelos defensores do “controle externo” é ressaltada por Constantino Mortati (1973) centrando-se no ponto de que cada poder realiza atos que em sua pureza não lhe corresponderiam, mas que continuam da competência que é reconhecida a cada poder para se auto-organizar. Por exemplo: o Parlamento atua administrativamente ao se ocupar de seu próprio funcionamento, ou judicialmente ao resolver sobre os títulos de admissão de seus próprios membros ou, como no caso brasileiro, onde tem a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, etc. Para o autor, todos os poderes intervêm em funções diferentes das suas específicas. Assim, o Execu-

tivo realiza funções materialmente legislativas (regulamento), o Legislativo, funções executivas (aprovação de orçamentos); o poder Judiciário funções executivas (jurisdição voluntária, administração de tutela); o Poder Executivo desempenha funções jurisdicionais (tribunais administrativos...), etc.

Mesmo que tenha sido muito combatida e que, por certo, não represente um dogma absoluto, a verdade é que a teoria da separação dos poderes transformou-se em um dos cânones do Direito Constitucional e, desde a Constituição de Virgínia (1776), passa a ser considerada como componente essencial de uma verdadeira Constituição, nos termos consagrados pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e recepcionada pela Constituição francesa de 1791.

Críticas sempre existiram. Desde o *Federalista* (1787-1788), James Madison já afirmava que os poderes legislativo, executivo e judiciário não são em absoluto totalmente independentes e distintos entre si e concluía que Montesquieu “não queria dizer que esses poderes não devem ter nenhuma ingerência parcial, ou nenhum controle sobre atos uns dos outros”.

Ilustrando o caso europeu, de forma a justificar a existência de órgãos cuja localização espacial é inexplicável segundo a clássica teoria da divisão de poderes, Bobbio (1988, p. 376), citando Vergotini, afirma que o princípio da separação de poderes resulta superado. Para ele, a tendência é a afirmação da unidade do poder estatal, que, entretanto, é exercido por meio de uma vasta gama de órgãos colegiados representantes coletivos em nível local, estatal e federal, com atribuições cada vez mais relevantes, que são expressas por órgãos de administração e de jurisdição, coordenados entre si em plano horizontal e vertical.

Porém, o certo, no caso brasileiro, é que a Constituição de 1988 recepciona referida teoria, afirmando, no artigo 2º, que “são poderes da União, independentes e harmôni-

cos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Por sua vez, o parágrafo 4º do artigo 60 é taxativo no que diz respeito ao poder reformador: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes”.

Apesar dos citados dispositivos constitucionais que, como a maioria das constituições, prestam homenagem ao princípio da separação de poderes, ainda assim concluímos que a proposta brasileira não ofende a Constituição ou o princípio da separação de poderes, pelo mesmo motivo pelo qual não pode ser considerado como controle “externo”: sua composição, a exemplo dos tribunais jurisdicionais, é quase que exclusivamente feita por membros do próprio Judiciário, além de estar localizado espacialmente dentro da própria estrutura de referido Poder.

Contudo, mesmo que se tratasse de uma composição heterogênea com a participação de membros oriundos de outros poderes, ou até mesmo com a participação de cidadãos, ainda assim concluímos que não representaria ofensa ao princípio da separação de poderes, já que não se trata de controlar a atividade de julgar, função específica do Poder Judiciário e fundamento da teoria da separação de poderes, ao contrário, pretende a proposta apenas regulamentar um controle que já existe, transferindo a competência para fiscalizar a atividade administrativa, financeira⁶ e disciplinar para um único órgão, criado exclusivamente para esse fim, otimizando, assim, a administração do Judiciário.

Entretanto, ainda devemos estar atentos para o fato de que a função de julgar, “poder tão terrível entre os homens” conforme entendia o próprio Montesquieu, também está na iminência de vir a ser controlada, não por um órgão externo a ser criado para esse fim, mas pelo próprio Judiciário, que pretende vincular a decisão dos seus julgadores às suas próprias decisões. É desse assunto que trataremos a seguir.

5. Efeito vinculante e controle da atividade de julgar

A PEC 29/2000 pretende, ainda, instituir a Súmula Vinculante, acrescentando o artigo 103-A ao texto Constitucional. Trata-se de conceder ao STF poderes para editar súmulas, 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, distrital e municipal.

O efeito vinculante das decisões do STF pode ser justificado pela supremacia da Constituição. Entretanto, devemos observar bem a natureza de tais decisões, pois as únicas decisões da Suprema Corte que podem vincular são aquelas proferidas no controle de constitucionalidade que compete ao guardião da Constituição. Então, como conferir efeito vinculante a decisões do órgão de cúpula do Judiciário, em matérias infraconstitucionais, sem ofender a independência dos juízes e o princípio da livre convicção de que está investido o julgador de primeiro grau para apreciar o caso concreto?

Admitindo que as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade devem produzir “eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”, por outro lado rejeitamos por completo a idéia de que as decisões proferidas pela jurisdição infraconstitucional também possam produzir efeitos vinculantes, pois entendemos que, na verdade, contrária, sim, a independência dos juízes, bem como da própria Administração Pública. Imagine-mos, por exemplo, que nos casos de omissões da lei infraconstitucional, se em referidas situações tais matérias pudessem vir a ser sumuladas pela Suprema Corte, em virtude de decisões reiteradas sobre o assunto, vinculando, dessa forma, todo o Judiciário e a Administração Pública, encontrar-nos-íamos diante de casos em que a Súmula Vinculante substituiria a função do legislador

e, isto sim, representaria ofensa ao princípio da divisão de poderes já que legislar é função específica do Poder Legislativo.

É certo que a jurisprudência evolui, mas também é certo que os votos divergentes, às vezes vencidos, muito têm contribuído para essa evolução. Assim, mesmo que a súmula vinculante se estenda aos demais órgãos da Administração Pública, sem, todavia, vincular o próprio STF (que, dessa forma, poderá mudar sua orientação), ainda assim representa um grande perigo como o de transformar os juízes e tribunais inferiores em meros chanceladores das orientações tomadas por seu órgão de cúpula, impedindo-os de se manifestar sobre o assunto sumulado. Tolhe a capacidade criativa do julgador e cerceia seu poder-dever de interpretar as leis e dizer o direito. Da mesma forma, cerceia a atividade administrativa dos órgãos da Administração Pública representando uma ingerência do Judiciário no Executivo.

A pretensão de instituir a Súmula Vinculante para matérias de toda natureza, e não apenas de natureza constitucional, só ocorre porque no Brasil o órgão de cúpula do Judiciário é também o guardião da Constituição. Contudo, se no Brasil fosse criado um Tribunal Constitucional, não haveria mais a necessidade de um controle “interno” do Judiciário ou, em outras palavras, um controle sobre a função de julgar própria do Judiciário.

Essa assertiva está baseada no fato de que, competindo apenas a uma Corte Constitucional a competência para controlar a constitucionalidade das leis (e atos com força de lei) e uma vez que é pacífica a aceitação de que as decisões proferidas nesse tipo de controle de constitucionalidade são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, essa vinculação representaria a uniformização da jurisprudência em matéria constitucional e a redução do volume de processos que abarrotam o STF e tribunais em geral, cumprindo, dessa forma, o objetivo de evitar decisões conflitantes e agilizar

a prestação jurisdicional, sem ferir a independência dos juízes. Mas como justificar a criação de um Tribunal Constitucional se esses estão localizados fora da estrutura do Poder Judiciário? É desse assunto que trataremos a seguir.

6. A criação do Tribunal Constitucional como forma de controle “externo”

Desde que Kelsen inspirou a criação do modelo concentrado de controle de constitucionalidade das leis por meio de Tribunais Constitucionais situados fora do âmbito do Poder Judiciário e mesmo que tenha justificado – com sua célebre teoria acerca do “legislador negativo” – que o modelo concentrado não atenta contra a separação dos poderes, ainda assim inúmeros estudos buscam justificar a legitimidade⁷ dessas cortes constitucionais para controlar um órgão democrático (Parlamento). Muito se tem debatido sobre o assunto; entretanto, respostas absolutas ainda não foram encontradas.

Para Kelsen, os Tribunais Constitucionais formam um poder independente dos demais poderes constituídos, cujo papel consiste em assegurar o respeito à Constituição em todos os seus âmbitos. Além disso, seria um contra-senso que o órgão encarregado de fazer respeitar a Constituição pudesse integrar qualquer um dos poderes que controla. Entretanto, a verdade é que o modelo idealizado por Kelsen pretendeu apenas controlar os atos emanados do legislativo e proteger o direito da minoria de se opor à maioria legislativa⁸. Mas, com a crescente evolução das competências dos Tribunais Constitucionais, esses passaram a controlar também os atos jurídicos emanados do Poder Judiciário que atentam contra a Constituição⁹. É significativa a importância que o modelo europeu empresta ao controle de constitucionalidade, e a cada dia podemos verificar que novas responsabilidades pesam sobre os Tribunais europeus, permitindo que esses se aparelhem com mecanismos processuais que lhes permitem

atuar como verdadeiros “legisladores positivos”¹⁰, concorrentemente com o Poder Legislativo, fato que faz sempre atual a discussão sobre a legitimidade dessas Cortes.

No Brasil, o modelo que se apresenta para o controle de constitucionalidade é bem distinto do europeu, tendo o Constituinte de 1891 se inspirado no modelo americano em que o sistema de controle é o difuso e a cargo do Poder Judiciário. É certo que a Constituição brasileira – desde a EC 16, de 6.12.65 – também presta homenagem ao sistema kelseniano, admitindo o controle concentrado cujas decisões são dotadas de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Entretanto, também é certo que modelos puros, conforme idealizados por seus criadores, são cada vez mais escassos. Assim, a cada dia, cresce a aceitação e proliferação de sistemas híbridos (Cf. PEGORARO, 2002) cuja implantação, na prática, vem exigir aperfeiçoamentos dos sistemas tradicionais, visando a atender as particularidades do direito interno de cada país.

De qualquer forma, é de bom alvitre recordar que ambos os modelos – americano e europeu – consagram a Constituição como norma fundamental e hierarquicamente superior a todo o ordenamento normativo existente num determinado país¹¹, pois é exatamente sobre esse pilar que se assentam todas as teorias que versam sobre o controle de constitucionalidade. De qualquer sorte, no que se refere à diversidade dos modelos de Justiça Constitucional, adverte Rubio Llorente (1997) que “falar hoje de um sistema europeu [refere-se ao modelo idealizado por Kelsen] carece de sentido, porque existem mais diferenças entre os sistemas de justiça constitucional existentes na Europa que entre alguns deles e o norte-americano”.

Além da Europa Ocidental e posteriormente da Europa do Leste, os Tribunais Constitucionais aparecem ainda como elemento de consolidação da democracia em vários países de toda América Latina, podendo ser encontrados na América do Sul em países como Peru e Equador, sempre ins-

pirados no modelo europeu, ainda que atendam a suas particularidades internas. No Brasil, também, já houve uma tentativa de implantação de um Tribunal Constitucional. Nos trabalhos da Assembléia Constituinte que elaborou a Carta de 1988, foi votada a Emenda nº 1916 – Substitutiva, rejeitada por 263 votos desfavoráveis, contra 130 votos favoráveis e 2 abstenções, entre os 432 Constituintes presentes à votação¹². O principal argumento para a rejeição da criação de um Tribunal Constitucional brasileiro foi o reconhecimento de que o STF é o guardião da Constituição¹³.

Nos termos da Emenda Substitutiva nº 1916, a composição do TC brasileiro seria de 16 ministros, todos nomeados pelo Presidente da República para um período de oito ou nove anos. Porém, a indicação, ao contrário do que ocorre hoje com os ministros do STF, estaria a cargo dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além da OAB e Ministério Público. Apesar de que todos os ministros devessem ser nomeados pelo Presidente da República, a fim de garantir uma ampla representação social, a indicação dos ministros seria assim distribuída: quatro ministros indicados livremente pelo Presidente da República e quatro pelo Congresso Nacional (dois pelo Senado e dois pela Câmara dos Deputados), escolhidos entre professores de Direito e advogados de reconhecida competência, comprovada prática democrática e em defesa dos direitos humanos, com mais de quinze anos de exercício profissional; quatro indicados pelo Judiciário entre os magistrados; dois indicados pelo Ministério Público e dois pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Um dado curioso que se extrai das Atas da Assembléia Constituinte é que os ministros do STF, então constituintes, Maurício Correia e Nelson Jobim votaram contrariamente à criação do TC, ao passo que Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva votaram favoravelmente.

Passados quinze anos da promulgação da Constituição, no atual momento históri-

co de transformações sociais, o assunto da Reforma do Judiciário ganha destaque e relevância. A necessidade de uma reforma, ampla e urgente, vem sendo admitida publicamente – ainda que com diferentes enfoques e fundamentos – pelas mais altas autoridades do país integrantes dos três Poderes, Ministério Público, OAB, AGU e, principalmente, pelo Povo, que espera que anunciadas reformas possam conduzir o Brasil para o caminho do bem-estar social. Mesmo assim, em nenhum momento vimos serem reacesas as discussões sobre a implantação, no Brasil, de uma jurisdição exclusivamente constitucional.

A criação de um verdadeiro Tribunal Constitucional, que, baseado no modelo europeu, estivesse situado fora da estrutura do Poder Judiciário, não representaria, necessariamente, o fim absoluto do controle difuso, característico no Brasil, que mescla elementos do controle concentrado ectrópico. Junto com a Corte Constitucional poderiam, também, ser criados mecanismos para que juízes e tribunais, ao depararem com o caso concreto cujo julgamento dependa de interpretação de matéria constitucional – que ainda não tenha sido submetida ao controle concentrado –, pudessem decidir a matéria constitucional ao julgar o caso concreto, por não estarem vinculados a nenhuma decisão antecedente.

Contudo, decidindo pela inconstitucionalidade, imediatamente deveriam proceder à “remessa de ofício” para que o Tribunal Constitucional decida, definitivamente, a matéria constitucional, decisão essa, que, evidentemente, seria dotada de eficácia contra todos e efeitos vinculantes, inclusive quanto aos processos em andamento. No caso de a decisão proferida pelo juízo remeteente ser contrária à posterior decisão (então vinculante) da Corte Constitucional, os autos seriam então devolvidos à origem para julgamento do caso concreto, mas em consonância com a interpretação constitucional realizada pelo TC, que é a quem, verdadeiramente, compete a interpretação cons-

tucional. Esses ou outros mecanismos poderiam ser criados no objetivo de implantar um sistema de controle constitucional que atendesse as particularidades do caso brasileiro.

Observamos, entretanto, que esse controle, sim, representaria um controle “externo” vez que a jurisdição constitucional não está localizada dentro da estrutura do Judiciário ou de qualquer outro poder constituído. Assim, a função de julgar, específica do Poder Judiciário, seria controlada, mas apenas quanto à sua constitucionalidade, cuja competência já não lhe pertencerá.

A criação de um Tribunal Constitucional teria como conseqüência imediata resolver um dos principais problemas que assolam o Judiciário, pois representaria a imediata redução do volume de processos que abarrotam nossos tribunais, já que a eficácia *erga omnes* e os efeitos vinculantes atingiriam todos os processos em andamento que versem sobre a matéria decidida pelo Tribunal Constitucional. Por sua vez, a conseqüência desta redução do exorbitante número de processos acarretaria, pelo menos em parte, a solução de outro problema, que é o da morosidade na prestação jurisdicional.

Representaria ainda o fim da coisa julgada inconstitucional, vez que todo processo que decidir matéria constitucional deve obrigatoriamente ser remetido ao Tribunal Constitucional, verdadeiro intérprete da Constituição. Assim, outro grave problema restaria resolvido, pois já não haveria a possibilidade de existirem interpretações constitucionais conflitantes que decidissem diferentemente casos concretos semelhantes. Mas, por se tratar de controle “externo”, como explicar a questão de sua legitimidade? Na verdade, esse é um dos temas mais tormentosos e polêmicos desde a implantação da Justiça Constitucional na Europa. O certo é que a convergência entre os sistemas europeus e americanos, que a cada dia cria novos modelos de jurisdição constitucional, vem sempre situando essas cortes fora dos

Poderes constituídos, apesar de também criar seus próprios mecanismos internos de controle de constitucionalidade.

Ciente de que o problema da inserção dos TC no sistema político constitucional global enseja muitas controvérsias, acreditamos não se tratar de pretensão de nossa parte sugerir que a legitimidade da implantação, no Brasil, de uma jurisdição exclusivamente constitucional possa encontrar sua justificação na própria supremacia da Constituição e na soberania popular expressa por meio do Poder Constituinte. Explicamos.

Sem pretensão de ser imutável, a própria Constituição prevê seus mecanismos de reforma que Bobbio (1988, p. 115) chama de “Poder constituinte em sentido impróprio”, já que não podem criar um novo ordenamento, limitando-se apenas a modificar ou acrescentar detalhes ao texto constitucional para adaptá-los às novas exigências sociais. Na nossa realidade, em que pesem as limitações do artigo 60/CF, não nos parecem bem claros os reais limites que tem o poder reformador para modificar a Constituição, já que, não raro, criam sim um novo ordenamento. Mas esse é um tema que deve ser enfrentando brevemente pelo STF diante das reformas atuais, que na prática estão criando um novo ordenamento constitucional.

De qualquer forma, se admitirmos que o poder reformador trata-se de um poder constituinte “impróprio”, que é exercido de forma permanente pelo parlamento, podemos afirmar, ainda, que a vontade do Poder Constituinte originário, como poder de todos os cidadãos (ou do povo em geral) e, portanto, dos titulares da soberania, também deve permanecer no tempo (ainda que o exercício da função constituinte – em sentido próprio – somente se verifique uma vez na vida de um Estado já que um novo exercício da origem a um novo ordenamento) (Cf. BOBBIO, p. 115). Essa fiscalização permanente é um dos fundamentos do controle de constitucionalidade já que a Constitui-

ção é hierarquicamente superior aos poderes que ela mesmo constitui.

Se, além da Constituição material, a vontade ou intenção do Constituinte originário, ao elaborar a norma constitucional, também deve ser respeitada de modo permanente e se são os Tribunais Constitucionais os órgãos encarregados de fiscalizar essa vontade do Constituinte, materializada na própria Constituição, podemos afirmar, então, que esse poder de controlar a Constituição decorre do próprio Poder Constituinte, sendo uma de suas manifestações. Sendo decorrência do Poder Constituinte, não se situa na esfera dos Poderes Constituídos. Especialmente situar-se-ia ao lado do Poder Constituinte.

Contudo, devendo ser uma das manifestações do Poder Constituinte originário, a implantação da jurisdição Constitucional no Brasil, separada da jurisdição ordinária, apenas poderia ser realizada por meio da convocação de nova Assembléia Constituinte, a não ser que considerássemos que ela já tenha sido implantada pela Constituição de 1988 ao estabelecer, no art. 102, que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Ao vincar tal interpretação, bastaria transferir para o STJ as demais competências que hoje são atribuídas ao STF e que não versam sobre a guarda da Constituição para transformarmos o STF numa verdadeira Corte Constitucional e o STJ em órgão de cúpula do Judiciário, último grau de uma hierarquia e de uma carreira.

Por entendermos que a fiscalização da constitucionalidade não pode ser entregue apenas à jurisdição comum ou ordinária, registramos aqui nossa proposta esperando que ela possa ensejar debates no campo das idéias, que venham a culminar em projeto para que o STF seja tido como um verdadeiro e próprio Tribunal Constitucional, assumindo seu verdadeiro papel de exclusivo guardião da Constituição, cuja composição assegure o pluralismo como resultado de uma ação transparente e democrática.

¹ A proposta é de autoria do Deputado Hélio Bicudo e o número na origem é PEC 96/1992. No Senado, recebe o número de PEC 29/2000, sendo o atual relator o Senador José Jorge (PFL/PE).

² Redação da PEC 29/2000.

³ Proposta contida no parecer da Deputada Zulaiê Cobra.

⁴ Recordamos que a Lei Complementar nº 35 de 14.3.79 dispunha sobre o Conselho Nacional da Magistratura como órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário e sede na capital da União e jurisdição em todo território nacional.

⁵ Emprega-se o plural porque em Portugal considera-se como diferentes “corpos” da Justiça os tribunais administrativos e fiscais, o Ministério Público e os próprios tribunais judiciais. Todos os integrantes desses órgãos são considerados “magistrados” (Cf. CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 224-225).

⁶ Referida fiscalização sobre a atividade financeira, sem embargo, não exclui o controle externo de competência do Tribunal de Contas que continua sendo exercido nos termos da Constituição, bem como o controle de competência do Legislativo no que diz respeito à elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

⁷ Referida polémica foi colocada em evidência em Lisboa por ocasião do 10º aniversário do Tribunal Constitucional português e registrada na obra coletiva: Brito et al. (1995). Ainda: Rosseau (2002).

⁸ No parlamentarismo europeu atual, o controle de constitucionalidade visa, ainda, garantir um controle efetivo do Executivo ou Governo, considerando que a evolução do regime parlamentarista para um “regime majoritário” desemboca no fato de conferir uma imunidade jurisdicional das ações do Governo na medida em que seus projetos de lei são votados “sem pestanejar” por uma maioria parlamentarista às “suas ordens” (Cf. FAVOREAU, 1994, p. 26).

⁹ Tribunais Constitucionais como os da Alemanha, Itália e Espanha admitem que seja discutida a constitucionalidade das decisões jurisdicionais (o amparo espanhol é dirigido, principalmente, contra as decisões proferidas pelo judiciário). A crítica doutrinária é no sentido de que referido controle assemelha os Tribunais Constitucionais a “supertribunais de cassação” que funcionariam como um terceiro ou quarto grau da jurisdição ordinária. Posicionamo-nos contrariamente a essa crítica, pois entendemos que é exatamente o fato de competir aos TC o controle de constitucionalidade das decisões do judiciário, que faz dessas Cortes o controlador “externo” do Judiciário.

¹⁰ Exemplo clássico para ilustrar o tema nos dá o TC italiano por meio das chamadas “sentenças

manipulativas substitutivas”, que, a fim de conformar a lei denunciada com o que determina a Constituição, substitui o texto por outro. Sobre o assunto, Zagrebelsky (1988); Pizzorusso (1984). Ainda em espanhol, entre outros: Rubio Llorente (1988); Figueruelo Burieza (1993); Rosseau (2002).

¹¹ Ressaltamos que, na atualidade, estuda-se o projeto de uma “Constituição” para toda a União Européia, fato que poderá ter como consequência a idealização de uma justiça constitucional supranacional.

¹² Dados coletados do DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (1988, p. 9.055-9.061).

¹³ Merece destaque o trecho do voto do relator, Senador Bernardo Cabral, que na oportunidade, posicionando-se contrariamente à criação de um TC, assim se manifestou: “ Basta apenas fazer uma pergunta ao Plenário: quem é que faz, porque a competência é sua, a guarda da Constituição? Supremo Tribunal Federal. O que esta Assembléia aprovou? Aprovou a manutenção do Supremo Tribunal Federal e criou, já aprovado, o Superior Tribunal de Justiça. O que o Superior Tribunal de Justiça faz? Vela pela vigência e uniformidade interpretativa da lei federal. Portanto, não há como, a esta altura, pensar-se na criação de um Tribunal Constitucional, pois seria ferir, cortar, podar a competência do Supremo Tribunal Federal.”

Bibliografia

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de Política*. Madrid: Siglo Vientiuno de España, 1988. Tradução para o espanhol por Martí Soler.

BRITO, José de Sousa. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28-29 maio 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

DIÁRIO da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, p. 9055-9061, 7 abr. 1988.

FAVOREAU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

FIGUERUELO BURIEZA, Angela. La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder le-

gislativo. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Madrid, n. 81, p. 47-72, jul./sep. 1993.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002. Tradução para o espanhol por Roberto J. Brie.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das leis*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. Tradução para o português e notas de Pedro Vieira Mota.

MORTATI, Constantino. *Le forme di Governo*. Padova: CEDAM, 1973.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. Madrid: Ediciones Akal, 1990.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Introduzione al Diritto Pubblico comparato: metodologie di ricerca*. Padova: CEDAM, 2002

PÉREZ-ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 8. ed. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2002

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. Tradução para o espanhol por Javier Jiménez Campo.

ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. Tradução de Isabel Ortiz Pica.

RUBIO LLORENTE, Franciso. La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho. *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, n. 22., 1988.

_____. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa. In: VV.AA. *Manuel Fraga: homenaje académico*. Madrid: Fundación Canovas del Castillo, 1997. v. 2.

SATTA, Salvatore. Intervento. In: *Le proposta di legge per la riforma del Consiglio superiore della magistratura*. Milano: [S. n.], 1965.

TEROL BECERRA, Manuel José. *El consejo general del poder judicial*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1990.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988.

Seguro rural: nova lei, outras subvenções e poucas certezas

Fernando Lagares Távora

Sumário

1. Principais novidades na legislação rural em 2003. 2. Cronologia no setor de seguro rural. 3. A Lei nº 10.823 de 2003. 4. Algumas diretrizes para estruturação de um seguro rural. 5. Considerações finais.

1. Principais novidades na legislação rural em 2003

As inovações legais de 2003 para o meio rural recaíram nas já tradicionais renegociações de dívidas agrícolas, na discussão em torno dos organismos geneticamente modificados (transgênicos) e na proposta para estruturação do seguro rural. O objetivo deste texto é avaliar a proposta do governo em relação a este último tema, não tendo, no entanto, a pretensão de avaliar qual seria o melhor modelo de seguro rural para o País.

Há vários programas de renegociação de dívidas agrícolas em plena vigência. Isso acaba redundando em inúmeras negociações, que, por sua vez, provocam o sentimento de desigualdade em mutuários de programas não atendidos. Esse fato leva, em geral, a uma nova rodada de negociação, que se sucede em um ciclo que aparentemente não tem fim. As principais solicitações são alongamento de prazos (os mais variados), redução da taxa de juros e liberação/redução de pagamento inicial para participação de renegociação de dívidas. Dada a complexidade do problema, mesmo após várias reduções de juros, concessão de

Fernando Lagares Távora é Consultor Legislativo do Senado Federal.

bônus de adimplência e, ainda, a concessão de equalização, não foi possível o estancamento desse processo de reiteradas reivindicações.

Se não se pode afirmar que o processo de renegociação seja rotina, pelo menos se pode asseverar que o fato é habitual, uma vez que, nos últimos anos, foram várias as leis tratando sucessivamente do mesmo tema.

A questão dos transgênicos, atualmente (fevereiro de 2004), está sendo discutida no Senado Federal por intermédio do Projeto de Lei nº 2.401, de 2003, que pretende regular toda a questão da biossegurança. Assim, não cabe aqui tratar desse tema, mesmo porque as duas medidas provisórias de 2003¹ se destinaram a resolver o problema específico do plantio em dissonância com a legislação vigente.

Desse modo, para estudo da nova política para o seguro rural no Brasil, o presente trabalho está segmentado em quatro seções, além desta introdução. Na seção 2, encontra-se uma breve cronologia sobre o tema. A seção seguinte apresenta a base legal para criação ou fomento do seguro rural no País; e, também, a descrição da Lei nº 10.823, de 2003, que visa a dispor sobre a subvenção econômica ao prêmio do seguro rural e dar outras providências. Algumas considerações de mérito sobre o tema são feitas na seção 4. Por fim, a última seção apresenta conclusões e observações sobre o trabalho.

2. Cronologia no setor de seguro rural²

A criação da Companhia Nacional de Seguro Agrícola, em 1954, e, posteriormente, a regulamentação do seguro rural por meio do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, representaram as primeiras tentativas para estruturação desse mecanismo no País. Esse normativo criou o Fundo de Estabilidade do Seguro Rural (FESR), que tem por fim equilibrar o mercado de seguro rural, minimizando os prejuízos das seguradoras, em caso de sinistros abrangentes, como secas e geadas, e está sob administra-

ção do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB).

Nessa sistemática, as seguradoras que operam com seguro rural devem, obrigatoriamente, contribuir para o Fundo com cinquenta por cento do lucro anual dessas operações³. Em caso de catástrofe abrangente, o FESR cobre o prejuízo causado pelo elevado número de indenizações concentradas que devem ser pagas.

Na área privada, a Companhia de Seguros do Estado de São Paulo (COSESP), criada em 1969, que opera, basicamente, em São Paulo e no Paraná, representa um dos poucos exemplos de sucesso nesse segmento.

No setor público, em 1973, foi criado o Programa de Garantia da Atividade Agropecuária (PROAGRO), que tinha por objetivo exonerar o produtor das obrigações financeiras do crédito rural, caso houvesse quebra de produção em decorrência de eventos naturais.

Dessarte, o PROAGRO não segurava toda a produção, mas tão-somente o valor correspondente ao crédito de custeio contratado junto ao agente financeiro, o que o tornava um seguro de crédito, protegendo mais os agentes financeiros do que os produtores. Além disso, por se tratar de um programa de governo, não estava sujeito às demais regras do seguro rural.

Historicamente, o PROAGRO foi alvo de denúncias de fraude, além de ser financeiramente inviável, uma vez que o volume total de prêmios arrecadado, na grande maioria dos anos, era insuficiente para cobrir os custos das indenizações, havendo necessidade de aporte financeiro. Além disso, devido à dificuldade de fiscalização e aos constantes entraves burocráticos, grande número de indenizações não foram honradas, o que levou o programa ao descrédito.

Em 1991, o PROAGRO foi reformulado, passando a operar em uma nova fase. A partir de 1995, os prêmios e as coberturas do programa passaram a ser calculados com base no zoneamento agrícola. Esse fato permitiu a regionalização das datas de plan-

tio, e a conseqüente redução e diferenciação, por cultura, do valor do prêmio.

Além disso, procedeu-se a retirada dos sinistros causados pela seca (apontada como principal risco da agricultura brasileira) dos eventos cobertos pelo PROAGRO, o que, por um lado, contribuiu para a redução do valor dos prêmios, mas, por outro, levou à diminuição do interesse pela contratação do seguro.

Em 2 de outubro de 2002, o Poder Executivo, por meio da Exposição de Motivos MAPA 31 EMI/PL/MF/SEGURO RURAL, apresentou minuta de projeto dispondo sobre a subvenção econômica ao prêmio do Seguro Rural, que recebeu, na Câmara dos Deputados, o código “PL nº 7.214, de 2002”, posteriormente transformado no PLC nº 68, de 2003, e, finalmente, convertido na Lei nº 10.823, de 19 de dezembro de 2003, que será descrita na próxima seção.

3. A Lei nº 10.823 de 2003⁴

O seguro rural representa importante mecanismo para o desenvolvimento agrícola e tem destaque na legislação pátria. Primeiramente, porque a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 187, V, consagra o seguro rural como elemento a ser considerado no planejamento da política agrícola. Da mesma forma, a Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991 (Lei de Política Agrícola), em seu Capítulo XV – “Do Seguro Agrícola”, institui o seguro agrícola e reserva importante papel para o Poder Público no fomento às atividades do setor.

Por fim, o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, estabelece normas de funcionamento para o seguro privado e, em seu art. 16, cria o Fundo de Estabilidade do Seguro Rural, com a finalidade de garantir a estabilidade das operações seguradas e de atender às coberturas suplementares dos riscos de catástrofe.

A Lei nº 10.823, de 2003, em comento, dispõe sobre a subvenção econômica ao prêmio do seguro rural do seu art. 1º ao art. 5º.

O art. 6º altera a Lei nº 10.696, de 2 de julho de 2003, para modificar prazos e condições financeiras de renegociações de dívidas rurais com o Governo Federal.

Esse art. 6º foi fruto de emenda apresentada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), ratificada pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) e pelo plenário do Senado Federal, e, posteriormente, pela Câmara dos Deputados, quando do retorno do projeto àquela Casa. Por não ser objeto precípua da análise deste trabalho, a matéria será, oportunamente, discutida dentro do contexto de renegociação de dívidas agrícolas.

De forma breve, exceto quanto ao art. 6º, a Lei nº 10.823, de 2003, está descrita a seguir.

O art. 1º autoriza o Poder Executivo a conceder subvenção econômica, em percentual ou valor do prêmio do seguro rural. Estabelece, também, que o seguro rural deverá ser contratado junto a sociedades autorizadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), devendo o proponente, para obter a concessão da subvenção econômica, estar adimplente com a União, nos termos do regulamento; e que as obrigações assumidas pela União em decorrência da subvenção econômica serão integralmente liquidadas no exercício financeiro de contratação do seguro rural, correndo as despesas à conta das dotações orçamentárias consignadas anualmente ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

O art. 2º estabelece que a subvenção poderá ser diferenciada segundo modalidades do seguro rural, tipos de culturas e espécies animais, categorias de produtores, regiões de produção e condições contratuais, priorizando aquelas consideradas redutoras de risco ou indutoras de tecnologia.

Nos termos do art. 3º, o Poder Executivo regulamentará as modalidades de seguro rural contempláveis com o benefício; as condições operacionais gerais para a implementação, execução, pagamento, controle e fiscalização da subvenção econômica; as condições para acesso aos benefícios, incluín-

do o rol dos eventos cobertos e outras exigências técnicas pertinentes; os percentuais sobre prêmios ou montantes máximos de subvenção econômica, de forma compatível com a Lei Orçamentária Anual; bem como a composição e o regimento interno do Comitê Gestor Interministerial do Seguro Rural. O Poder Executivo poderá, ainda, fixar limites financeiros da subvenção, por beneficiário e unidade de área.

Os arts. 4º e 5º tratam da criação, no âmbito do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, do Comitê Gestor Interministerial do Seguro Rural, bem como de sua competência.

Este Comitê Gestor Interministerial poderá criar Comissões Consultivas – das quais poderão participar representantes do setor privado –, definindo sua organização e composição e regulando seu funcionamento, cabendo ao presidente do Comitê designar os seus integrantes.

Ao Comitê Gestor do Seguro Rural competirá apreciar e encaminhar ao Poder Executivo propostas relativas ao percentual sobre o prêmio ou ao valor máximo da subvenção econômica; propor os limites subvencionáveis; aprovar as condições operacionais específicas, implementar e operacionalizar o benefício; incentivar a criação e implementação de projetos-piloto pelas sociedades seguradoras, contemplando novas culturas ou espécies, tipos de cobertura e áreas, com vistas ao apoio e desenvolvimento da agropecuária no País; estabelecer diretrizes, coordenar a elaboração de metodologias e a divulgação de estudos e dados estatísticos, entre outras informações, que auxiliem o desenvolvimento do seguro rural como instrumento de política agrícola; e deliberar sobre as culturas e espécies animais objeto do benefício, as regiões a serem por ele amparadas, as condições técnicas a serem cumpridas pelos beneficiários, bem como sobre a proposta de Plano Trienal ou seus ajustes anuais, dispondo sobre as diretrizes e condições para a concessão da subvenção econômica.

Algumas observações preliminares sobre a Lei. Primeira, o Poder Executivo poderá definir, por meio de regulamento, o que é adimplência para os fins desta Lei, ou seja, há possibilidade de um mutuário estar em atraso não negociado com a União e, ainda assim, ser considerado adimplente. Dessa forma, manteria o direito de receber a subvenção do prêmio, o que, do ponto de vista fiscal, é inapropriado.

Segunda, os termos relativos à descrição orçamentária são inadequados. O § 4º do art. 1º utiliza os termos “conta das dotações” para se referir às rubricas orçamentárias. O texto também não é suficientemente claro ao misturar os conceitos de movimentação de empenho com pagamentos. O empenho é a primeira fase da despesa, ao passo que o pagamento é a terceira, após a liquidação – reconhecimento do direito do credor –, que é a segunda fase. Para uma análise mais detalhada deste ponto, sugere-se a leitura do Manual Técnico do Orçamento nº 02 e da Lei nº 4.320, de 1964 (Lei de Direito Financeiro).

Terceira, não há a explicitação da composição do Comitê Gestor Interministerial, fato inapropriado, por dar margem a disputas políticas. Por fim, a grande liberdade conferida ao Poder Executivo para regulamentar a matéria é preocupante.

4. Algumas diretrizes para estruturação de um seguro rural

Inicialmente, cabe citar as observações de Peter B.R. Hazell e de G.E. Redja, reproduzidas pelo Prof. Jerry R. Skees (1999, p. 3), para a estruturação de um modelo de seguro rural desejável⁵.

As recomendações de Hazell (1992) são as seguintes:

- 1) Os seguradores devem ser independentes do Ministério da Agricultura e, também, responsáveis pelo próprio negócio.
- 2) Os seguros devem cobrir somente riscos da produção (seguráveis), e não riscos concernentes à má administração dos negócios.

3) Franquias e deduções devem ser usadas para pagamentos de parcelas seguras em caso de perdas.

4) Deve-se tomar cuidado para que haja incentivo para diversificação de riscos.

5) A participação no seguro deve ser voluntária.

6) Rendimentos médios não devem ser usados para cobertura individual.

7) Incentivos apropriados devem ser adotados para se controlar custos administrativos. À medida que as seguradoras operam, os seus custos de avaliar as operações devem cair devido à acumulação de conhecimento. Não seria saudável que o Governo compensasse indiscriminadamente essas despesas, sob risco de não haver incentivos para redução de custos.

8) Devido à grande variedade de *performance* atuarial dos estados, uma política diferenciada de seguro deve ser adotada.

9) Sistema financeiro “saudável” e boa legislação (clara e precisa) são pré-requisitos para um efetivo setor de seguros.

Redja (1995), por sua vez, aponta seis condições para que o risco seja segurado:

1) Necessidade de um grande número de unidades passíveis de exposição ao risco. Para que a lei dos grandes números possa ser assegurada para se predizer a perda futura média, é necessário um grande número de unidades aproximadamente homogêneas e com exposição de risco independente.

2) Perda acidental e não-intencional. As perdas devem ocorrer em face de um resultado aleatório. Havendo mudança de comportamento devido à compra de um seguro a ponto de modificar a probabilidade de perda ou sua extensão, o “risco moral”⁶ poderá acontecer.

3) Perda mensurável e determinável. Em outras palavras, as perdas devem ser mensuradas dentro de um nível aceitável de precisão.

4) Evitar perdas em face de catástrofe. Com a existência de risco sistêmico, as perdas estão altamente correlacionadas, o que

inviabiliza a ocorrência da lei dos grandes números. Em outras palavras, nesse caso não ocorre a independência entre os eventos cobertos pela apólice e, em consequência, inexistente a diversificação dos riscos. No segmento de automóveis, a diversificação de riscos ocorre porque a seguradora arrecada o prêmio de muitos segurados, mas somente alguns terão seus carros sinistrados, o que permite o equilíbrio entre os valores arrecadados e eventuais indenizações, já se considerando os lucros das seguradoras. As sugestões do autor para amenizar o problema são a utilização do resseguro e diversificação geográfica do risco.

5) Possibilidade de estimação de perdas. Para se estimar uma taxa de prêmio apropriada, deve ser factível estimar-se tanto a frequência média quanto a incidência de perda.

6) Os prêmios devem ser economicamente factíveis. As chances de perda devem estar em patamar que não resulte em prêmios excessivamente caros. De outro modo, corre-se o risco de seleção adversa⁷.

Essas observações foram, igualmente, abordadas pelo Prof. Cunha (2002, p. 4-5), que apontou princípios para um adequado seguro agrícola para a realidade brasileira. Em complemento à lista já apresentada, destacamos mais três pontos:

1) O contrato de seguro deve ser feito com antecedência. Isso evitará que somente agricultores com alto risco contratem o seguro. Para o autor, a antecedência deve ser de no mínimo quinze dias do plantio da safra. Skees (1999, p. 5) recomenda a contratação com um período de seis semanas de antecedência do plantio.

2) Lucro operacional (diferença entre faturamento, acrescida de prêmios de resseguros, e as indenizações) como base da contribuição das seguradoras para um fundo de estabilidade do seguro (referência a sua proposta). Essa rubrica contábil é de fácil apuração e pouco susceptível a fraudes.

3) Subsídio ao prêmio do seguro em grupo. O baixo valor arrecadado por apólice

pode não ser suficiente para cobrir as despesas do contrato. Nesses casos, o seguro em grupo torna-se uma alternativa. Representa uma forma de combater o elevado custo de gerenciamento do seguro.

Tendo esses princípios como referência básica, poder-se-ia partir para a definição de parâmetros de perdas aceitáveis para a sociedade e, obviamente, o estabelecimento da função do Estado no sistema.

Lugar comum nas Lições de Skees (1999) e de Cunha (2002) é o fato de que o critério utilizado para estruturação de sistema de seguro rural nem sempre segue o princípio da racionalidade econômica e, não raro, a alocação de recursos é ineficiente, podendo a formação do modelo sofrer influência política que venha a distorcer os seus resultados.

Considerando, ainda, a existência de volumosos subsídios – ambiente propício para existência de *rent seeking*⁸ – e o fato de o mercado ser incompleto – inexistência de mecanismos eficazes para transferência de riscos por desastre natural –, o estabelecimento de um modelo de seguro rural – segundo o entendimento de especialistas – deveria reservar ao Estado o papel de regulador e, se necessário, de interventor em situações específicas, como, por exemplo, em fenômenos naturais abrangentes.

Nessa linha, Cunha (2002, p. 42) entende que a intervenção do governo é de todo recomendável nos seguintes casos sinistros generalizados devido à existência de riscos interdependentes; seguro de agricultores muito pequenos; e amenização dos efeitos do alto custo de gerenciamento do seguro, por criar a possibilidade de estímulo à fraude e à seleção adversa.

Feitas essas considerações, pode-se retornar à Lei nº 10.823, de 2003. A Lei não trata da estruturação ampla de um modelo de seguro rural, restringe-se a autorizar o Poder Executivo a conceder subvenção econômica para auxiliar o agricultor a pagar o prêmio do seguro, dentro de condições específicas a serem estabelecidas oportunamente, sendo a iniciativa privada respon-

sável pela contratação das apólices e condução do negócio.

Três das principais críticas a essa escolha do governo são as seguintes:

1) Fornecimento de subvenção para apólices que estão sujeitas a riscos independentes, ou seja, operações que são bem estimadas pela lei dos grandes números e, portanto, representam eventos em que as seguradoras são especialistas. A substituição da iniciativa privada pelo Estado é entendida como ineficiente, exceto para produtores humildes, por motivo diverso (assistência social). Na opinião dos críticos, o Estado deveria ajudar em operações com sinistros correlacionados, como geadas, secas e outros efeitos naturais generalizados. Mesmo nesses casos, a participação estatal seria de caráter complementar.

2) A ação do Estado pode vir a não ajudar na diluição e redução do risco, fazendo com que sua atuação acabe gerando efeitos distorcivos e, em consequência, arcando com uma parcela do custo maior do que a aceitável pela sociedade. Os custos iniciais de gerenciamento do seguro agrícola são altos, mas declinam à medida que as seguradoras montam bancos de dados com informações detalhadas dos produtores e das regiões. O Estado deve tomar cuidado no fornecimento de subsídios; caso contrário, não irá incentivar as seguradoras a reduzirem os custos iniciais.

3) Com a concessão dessas subvenções, o Estado deve criar uma situação de fato, na qual os agentes econômicos se articulam para manter seus benefícios, sem, no entanto, se empenharem para aumentar a qualidade do seguro rural. Qualquer mudança a partir dessa situação é uma tarefa difícil, devido à nova configuração de poder dos agentes envolvidos.

É com base nas observações de toda essa seção que muitos entendem que o modelo ora aprovado não dispõe de viabilidade técnica suficiente para garantir um seguro eficiente, sustentável financeiramente, digno de credibilidade e duradouro.

5. Considerações finais

A política de equalização de taxa de juros e de pagamento de subvenção econômica surgiu no País em um ambiente muito particular.

Com a falência do modelo de crédito rural, no qual o Poder Público injetava os recursos, corria o risco do empréstimo e arcaava, ainda, com o prejuízo da perda real do valor financiado – que foi elevadíssimo, em ambientes inflacionários –, novas alternativas precisavam ser adotadas.

Acrescendo-se ainda a isso a exigência da sociedade pela estabilidade da economia e o rigor fiscal exigido nos acordos com o Fundo Monetário Internacional, sobraram ao Estado poucas saídas.

Sem recursos e com a grande dependência do setor agrícola do financiamento público, o Estado adotou a equalização de taxas como política de suporte à produção. Rapidamente, esse instrumento se espalhou e hoje é a ação dominante do Governo no financiamento. É usada na área rural, no setor de exportações, no segmento de pesca, para fomentar investimento industrial, para propiciar aquisição de máquinas...

Agora a equalização de encargos financeiros chegou ao segmento de seguro rural. Mas é forçoso reconhecer que a situação aqui é bem diferente. Com um sistema financeiro pouco desenvolvido e, também, com o monopólio do resseguro sob o domínio de uma empresa pública, a diversificação de riscos e a transferência, ou diluição, da exposição das seguradoras se tornam mais difíceis. Assim, a pura e simples concessão de subvenção ao prêmio pode gerar efeitos daninhos como a indução de *free rider*⁹ no sistema, uma vez que esses irão beneficiar-se do investimento do Estado para fomentar o seguro rural. E, mais uma vez, a sociedade não pode aceitar (nem suportar) que a participação do Estado seja no sentido de substituir os instrumentos de mercado especializados para essa finalidade.

Certamente, a discussão em torno da Lei nº 10.823, de 2003, ficou restrita ao mecanismo de subvenção econômica. No entanto, até esse ponto é complicado. Caso o País comece a crescer a taxas expressivas, não se acredita que o Estado irá prover recursos, tempestivamente, para fazer face à demanda dos produtores por seguro rural.

Por fim, entende-se que a estruturação do seguro rural ainda terá um longo e árduo caminho a percorrer, e o consolo é que em nenhum país do mundo é possível encontrar um seguro dessa natureza que tenha superado esses condicionantes e, ainda, seja considerado eficiente. Para o País, no entanto, fica uma importante lição: é melhor tentar aprender com as experiências dos outros – o que, certamente, se torna menos oneroso – do que tentar aprender com os nossos próprios erros.

Notas

¹ A primeira foi a MPV nº 113, de 26 de março de 2003, convertida na Lei nº 10.688, de 13 de junho de 2003; e a outra, a MPV nº 131, de 25 de setembro de 2003, convertida na Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003.

² Para uma visão complementar da reestruturação do seguro rural no Brasil, e especialmente sobre esta Seção, ver Estudo nº 522, de 2003, da Consultoria Legislativa. Cf. TAGLIALEGNA, 2003, p. 1-8.

³ Há muitas críticas sobre a cobrança com base no lucro líquido, devido à possibilidade de manipulação das despesas operacionais.

⁴ Publicada no Diário Oficial da União em 22 de dezembro 2003. Em fevereiro de 2004, ainda não havia sido expedido o decreto regulamentando os efeitos desta Lei.

⁵ As traduções são livres. Para maior rigor linguístico, recomenda-se a leitura dos originais.

⁶ Do inglês *moral hazard*. Esse fenômeno se refere, entre outras, a situações em que o agente altera seu comportamento em face de ter adquirido um seguro. Para o caso de um seguro rural: se o indivíduo tem um seguro com cobertura total, ele pode vir a não ter incentivos para tomar os cuidados e as precauções que teria se não fosse capaz de adquirir nenhum tipo de seguro.

⁷ Imagine que uma companhia se instale em um país para vender seguros agrícolas contra perdas no plantio de soja. Por hipótese, há duas regi-

ões: na norte, há grande probabilidade de perda e, na sul, baixíssima. Caso a empresa adote a mesma política de venda de seguros para ambas, com base na expectativa de perda média, o que poderia acontecer? Adotando, também, a hipótese de racionalidade dos agentes, haveria grande tendência de que apenas os agentes com maior probabilidade de risco contratassem esse seguro, ou seja, ocorreria um processo de seleção adversa. Para mais informações sobre perigo moral e seleção adversa, ver Varian (1997, p. 651-656).

⁸ Ação de grupos de pressão que defendem interesses próprios.

⁹ Em tradução livre, o termo significa caroneiro, ou seja, o grupo que se beneficia de investimento de terceiro.

Bibliografia

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Manual técnico de orçamento (MTO-02)*. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2003.

BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: jan. 2004.

CUNHA, Aécio S. *Um segredo agrícola "eficiente"*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. Texto para discussão n. 255.

HÁZELL, P. B. R. The appropriate role of agricultural insurance in developing countries. *Journal of international Development*, Bideford, n. 4, v. 6, p. 567-581, 1992.

REDJA, G. E. *Principles of risk management programs* New York: Harder Collins College Publishers, 1995.

SKEES, Jerry R. U.S. Agricultural insurance programs: lessons for Brazil. In: INTERNATIONAL WORKSHOP ON INSURANCE FOR AGRIBUSINESS. Piracicaba, 1999.

TAGLIALEGNA, G. H. F. *Reestruturação do seguro rural no Brasil*. Brasília: Consultoria Legislativa, 2003. Mimeografado.

VARIAN, H. R. *Microeconomia: princípios básicos*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

Mudanças no arranjo institucional regulatório

Comentários sobre as propostas em tramitação no Congresso Nacional

Márcio de Oliveira Júnior
Rafael Silveira e Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Considerações teóricas sobre a regulação econômica. 3. PEC nº 81, de 2003. 4. Projeto de Lei nº 3.337, de 2004. 4.1. Transferência de atribuições. 4.1.1. Uso de critérios subjetivos políticos de outorga. 4.1.2. Perda de estabilidade regulatória. 4.2. Mandatos. 4.3. Consulta pública. 4.4. Contratação de especialistas. 4.5. Contrato de gestão e desempenho. 4.6. Ouvidorias. 4.7. Defesa da concorrência. 4.8. Colaboração federativa. 5. Conclusão.

1. Introdução

Entre todos os assuntos que chamaram a atenção no início do governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, um foi particularmente polêmico, pois demarcou uma divisão de posturas em relação ao governo anterior: o papel e a autonomia das agências reguladoras.

Essas entidades públicas e independentes foram idealizadas partindo-se da concepção de que não seriam suscetíveis a pressões políticas. Criadas na administração Fernando Henrique Cardoso, por meio de leis aprovadas pelo Congresso Nacional, não são considerados órgãos pertencentes a um determinado governo, mas ao Estado, e ganharam notoriedade e relevância a partir do processo de desestatização, ao regular as relações entre poder público e privado.

Logo no início do mandato presidencial, em 2003, a postura dos partidos da base

Márcio de Oliveira Júnior é Consultor Legislativo do Senado Federal, doutorando em economia pela UFRJ, ex-Pesquisador do IPEA-RJ.

Rafael Silveira e Silva é Consultor Legislativo do Senado Federal, mestrando em ciência política pela UnB, ex-Analista do Banco Central, ex-Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

aliada revelou divergências em relação ao modelo vigente. Essa atitude causou grande discussão e principalmente desconforto nas administrações das agências reguladoras e nos diversos segmentos de mercados afetados, uma vez que esses órgãos foram idealizados dentro de uma estrutura que inviabilizasse influências políticas.

De qualquer modo, há certo consenso de que existem problemas relativos às agências reguladoras, mas boa parte deles pode ser sanada. Pode-se destacar, entre eles, o fato de que as agências muitas vezes podem extrapolar suas funções, atuando em áreas de exclusiva competência dos ministérios, como o planejamento de políticas públicas.

Esse aspecto, contudo, não pode ser atribuído tão-somente às agências, tendo em vista que, eventualmente, houve falhas de planejamento, o que provocou um vácuo institucional. Nesse caso, as agências preencheram esse vazio, realizando o trabalho que deveria ter sido desenvolvido pelos ministérios.

As agências fazem parte de um modelo novo de Estado já implantado em diversos países do mundo. Logo, em razão de ser um modelo recente, ainda em implementação no Brasil, tais dificuldades são decorrentes do período natural de maturação de uma nova estrutura, que necessita de algum tempo até oferecer resultados positivos¹. Desmontar por completo a estrutura vigente hoje será um movimento extremamente maléfico à maturidade institucional de que o Brasil necessita.

Assim, ainda que ocorram vozes divergentes, o novo governo tem demonstrado ser favorável às agências, entretanto, dentro de moldes diferenciados, por meio dos quais a agência regula e fiscaliza e o ministério traça as políticas. Portanto, parece estar sendo estabelecida uma tendência na qual os ministérios procuram fortalecer suas missões institucionais e reforçar seus quadros com vistas a evitar um novo vácuo no planejamento, como já ocorrido no passado.

Nesse contexto, duas propostas legislativas que tramitam no Congresso refletem

tendências políticas diferenciadas. A Proposta de Emenda Constitucional nº 81, de 2003, que objetiva assegurar a independência das agências reguladoras, e o Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, que tem por finalidade precípua disciplinar essa mesma independência, readequando o papel dos ministérios setoriais e das agências.

No presente texto, pretende-se realizar comentários analíticos acerca das citadas proposições legislativas, com base nos fundamentos teóricos que tratam a questão da independência das agências regulatórias.

2. Considerações teóricas sobre a regulação econômica

Antes de entrar especificamente nas considerações teóricas, é necessário definir o que se entende por regulação. Segundo Villela e Maciel (1999, p. 8), é o estabelecimento de meios para exercer o controle social de mercados. Para isso são necessárias regras explicitadas em leis, decretos, concessões, contratos, decisões de órgãos reguladores, entre outros.

Para Peci e Bianor (2000, p. 2), o conceito de regulação não se encontra claro na doutrina jurídica brasileira. Na área jurídica, a regulação se fundamenta na idéia de uma “razão” que visa garantir a permanência, a estabilidade e a manutenção de uma determinada ordem social e política. Os autores também fazem remissão a uma dimensão “esquecida” da regulação, a política, sendo que a regulação busca o equilíbrio de diferentes atores, com poderes e ideologias desiguais.

Observa-se, então, um predomínio dos estudos na área de regulação enfocados especialmente no lado econômico. Tal aspecto também pode ser explicado pela necessidade imposta pelas circunstâncias de adoção da regulação para os setores de infraestrutura econômica e serviços de utilidade pública, tendo em vista o processo de privatização. Esses setores, por sua vez, apresentam características peculiares, a saber:

(i) seus investimentos não são facilmente recuperáveis. Há nesses setores aquilo que os economistas chamam de *sunk costs* (custos não recuperáveis ou custos afundados). Isso ocorre porque as tecnologias usadas por esses setores são bastante específicas;

(ii) há, em grande parte dos casos, aquilo que os economistas chamam de monopólio natural, ou seja, o mercado comporta poucas firmas. Se houver uma grande quantidade de firmas no mercado, seus custos unitários e, conseqüentemente, seus preços serão muito altos porque elas não serão capazes de explorar as economias de escala;

(iii) os produtos fornecidos pelas empresas são essenciais para grande parte dos consumidores, sendo que eles não encontram com facilidade, no mercado, produtos ou empresas prestadoras de serviços substitutos.

As três características expostas acima são úteis para compreender por que há a necessidade de regular os setores de infraestrutura e de serviços de utilidade pública. Como há monopólios naturais em grande parte desses setores, as empresas têm poder de mercado. Mesmo tendo custos unitários mais baixos, as empresas podem não repassá-los aos consumidores. Pelo contrário, elas podem usar seu poder de mercado para cobrar altos preços e/ou reduzir a produção. Em ambos os casos, os consumidores seriam prejudicados (basta lembrar que os produtos geralmente são essenciais e que não existem substitutos próximos). Para evitar que isso ocorra, os governos podem regular os preços cobrados pelas empresas, de modo a proteger os consumidores.

A tendência é que o órgão regulador fixe os preços em patamares próximos aos custos. Mas as empresas são vulneráveis à ação do governo. Este pode determinar preços abaixo do custo, causando-lhes prejuízos. Dado que, como discutido acima, os investimentos não são facilmente recuperáveis, as firmas não podem sair do mercado sem incorrer em altos custos. Elas também não poderiam fazer os investimentos necessá-

rios à manutenção da qualidade do serviço. Portanto, a regulação é útil para proteger também as empresas, que estão sujeitas à ação discricionária do governo. Segundo Salgado (2003, p. 2), o grande desafio da regulação econômica é encontrar o ponto ótimo que viabilize a lucratividade das firmas e o bem-estar dos consumidores, na forma de disponibilidade de bens e serviços de qualidade a preços razoáveis.

As atuais agências reguladoras existentes no Brasil começaram a ser criadas em meados da década passada, sendo parte da revisão do papel do Estado na economia brasileira. As Emendas Constitucionais 5 a 9, de 1995, introduziram a permissão para que serviços públicos pudessem ser ofertados por empresas privadas (Salgado, 2003, p. 1). Até então os serviços de infra-estrutura eram fornecidos por empresas estatais. É difícil imaginar um órgão do Estado – uma agência – regulando um outro órgão de Estado – uma empresa estatal. Com a privatização, a situação mudou. Tornou-se necessário regular empresas privatizadas para lhes garantir uma rentabilidade adequada e para proteger os consumidores.

Não obstante, a atuação do poder público na área regulatória passou a ser também objeto de atividades cujo exercício é muitas vezes atribuído aos setores público e privado, bem como a múltiplos atores, exigindo uma forma de articulação institucional mais ágil e eficaz. Dessa maneira, desponta o interesse em regular atividades de relevância social, ampliando-se o escopo da atividade regulatória para além do setor de infra-estrutura, principalmente quando os agentes não são ainda capazes de disciplinar suas condutas pautando-se no equilíbrio entre interesses público e privado².

Muito embora a esfera econômica seja um espaço importante, ela somente pode ser colocada com êxito na prática caso outras dimensões como o embasamento legal do modelo, a estrutura institucional das agências, a ampla participação da sociedade civil organizada, entre outras, sejam levados

em consideração (Peci e Bianor, 2000, p. 2). Assim, a noção da intervenção estatal também no âmbito das relações sociais não foi colocada no seu devido destaque, mormente em se tratando do patamar de relevância dado na própria Constituição aos chamados “direitos sociais”, entre os quais a educação, saúde e previdência (Constituição, art. 6º, *caput*).

Todos esses aspectos revelam que a independência decisória e financeira é fundamental para as agências regulatórias. No caso do Brasil, elas foram legalmente estabelecidas na forma de autarquias especiais e com a previsão de que receitas compostas, basicamente, por recursos próprios. Nesse desenho institucional, as agências ficam dispensadas de subordinação hierárquica, embora sejam vinculadas aos ministérios setoriais, e ganham agilidade operacional. A independência ficou mais assegurada pelo fato de que o regime regulatório foi estabelecido sob forma de leis, tornando difícil a sua alteração sem que um debate ocorra no Congresso (Pires e Goldstein, 2001).

Além de contar com fontes de recursos próprios para reduzir sua dependência de verbas orçamentárias politicamente dirigidas, Villela e Maciel (1999, p. 17) listam mais algumas condições para que as agências tenham de fato independência. São elas:

(a) que os reguladores tenham mandatos, para que sejam extintas ou limitadas as pressões políticas;

(b) que os reguladores sirvam por prazos fixos;

(c) que os reguladores tenham competência profissional ou outras qualificações e que sua nomeação envolva os poderes Executivo e Legislativo;

(d) que os mandatos dos reguladores não sejam coincidentes, para que se reduza a relação com um governo em particular;

(e) que as agências sejam isentas das escalas salariais dos servidores públicos, atraindo profissionais mais qualificados;

(f) que se estipulem padrões elevados de transparência nos atos regulatórios.

Mesmo com independência em relação a pressões políticas, não há garantias de que os reguladores atuarão com isenção em processos envolvendo empresas reguladas e consumidores. Há os que defendem que isso ocorre porque as empresas reguladas podem capturar o regulador e levá-lo a agir em seu interesse (Teoria da Captura)³. A resultante do desenvolvimento e integração destes dois conceitos – grupos de interesse e *rent-seeking* – foi que o Estado deixou de ser visto, no papel de agente regulador, como uma entidade cuja atuação econômica estava fundamentalmente voltada para o bem público.

Segundo Salgado (2003, p. 6), grupos compactos e bem organizados tendem a se beneficiar mais da regulação que grupos amplos e difusos. Os grupos de produtores geralmente são mais bem organizados que o conjunto dos consumidores e por isso se beneficiam mais da regulação. Ainda segundo a mesma autora, a Teoria da Captura dá ênfase aos resultados do processo e não aos procedimentos. A maneira pela qual as firmas capturam os reguladores não é levada em consideração.

Salgado (2003, p. 7) também discute a Teoria da Escolha Pública, segundo a qual é um erro supor que as políticas públicas são conduzidas por motivações alheias ao interesse pessoal dos envolvidos – políticos e burocratas – e em nome de alguma entidade abstrata chamada de “interesse público”. Para o caso em discussão, isso significa que os reguladores podem agir em interesse próprio.

Por outro lado, os agentes reguladores não são eleitos, o que torna a discussão da independência particularmente relevante relativamente ao debate democrático. Nesse sentido, os formatos de regulação praticados no Brasil e em outros países europeus têm apresentado falhas, especialmente no que tange à insuficiente responsabilização política das agências regulatórias independentes (Melo, 2001, p. 55). Assim, a questão do controle democrático dessas agências

passou a ocupar papel relevante na agenda de debates no âmbito do governo e do Congresso Nacional, uma vez que as relações entre representação e responsabilização são essenciais para o desenlace da temática da independência de agências.

Para manter o equilíbrio entre a autonomia dos reguladores e sua responsabilização, Villela e Maciel (1999, p. 17) propõem as seguintes medidas:

(a) demitir o regulador em caso de irregularidade comprovada;

(b) estipular claramente os deveres na lei;

(c) estipular elevados padrões de transparência nos procedimentos regulatórios;

(d) estipular exigências rigorosas na feitura de relatórios, inclusive um relatório anual;

(e) estipular escrutínio legislativo das propostas orçamentárias da agência.

Embora não eliminem o risco de que os reguladores ajam em interesse próprio ou sejam capturados pelas empresas reguladoras, os itens apontados por Villela e Maciel (1999) são importantes para reduzi-lo. Por isso seria interesse observá-los em uma legislação.

3. PEC nº 81, de 2003

Cada agência foi criada por uma lei específica, não havendo, até o momento, uma Lei Geral das agências reguladoras. O modelo de agências se ressentia de um arcabouço jurídico-institucional, dispondo somente de normas infraconstitucionais avulsas e tópicas. A regulação da atividade econômica é mencionada em apenas três dispositivos constitucionais: (i) no inciso XI do art. 21, relativo às telecomunicações; (ii) no inciso III, § 2º, do art. 177, que trata do monopólio do petróleo; e (iii) no art. 174, que atribui ao Estado o papel de regulador da atividade econômica.

A PEC nº 81, de 2003, de autoria do Senador Tasso Jereissati, não contraria quaisquer dos citados dispositivos. Ao contrário, tende a ocupar uma lacuna no ordenamen-

to jurídico-constitucional referente à regulação da atividade econômica, amoldando-se perfeitamente ao atual sistema constitucional. A proposta pretende, em síntese, constitucionalizar os princípios da atividade reguladora, muitos dos quais já presentes nas diversas leis que criaram as agências reguladoras. O espírito que norteia a PEC nº 81, de 2003, é o da “blindagem” da independência das agências reguladoras, tornando inconstitucionais quaisquer tentativas de reduzi-la.

A necessidade de uma Lei Geral das Agências Reguladoras continua a existir e, aliás, é prevista na própria PEC nº 81, de 2003. Esta terá por finalidade estabelecer suas regras de composição e funcionamento, respeitando e concretizando os princípios constitucionais.

Entre os princípios que estão propostos na atividade regulatória (incisos I a XIV do art. 1º da PEC nº 81, de 2003), há a garantia de autonomia para as agências. O inciso VIII garante a independência funcional, decisória, administrativa e financeira das agências. O inciso XI garante a investidura a termo dos dirigentes das agências e a sua estabilidade durante os mandatos. Há também a exigência de capacidade técnica e reputação ilibada para os dirigentes das agências reguladoras (inciso XII).

Entretanto, com base nos argumentos defendidos no arcabouço das teorias da captura e da escolha pública, expostas na seção anterior, uma excessiva independência das agências, garantida até mesmo no texto constitucional, poderia ser considerada negativa. Caso as agências atuem em interesse próprio ou sejam capturadas pelas empresas reguladas, o Poder Executivo pode ficar sem instrumentos para corrigir essas distorções. O mesmo raciocínio vale para o caso em que as agências reguladoras não se alinharem aos objetivos de políticas públicas definidos pelos ministérios setoriais. Esses dois casos podem ser agravados caso a estabilidade dos dirigentes das agências seja incontestável.

Nesse sentido, alguns dos princípios apresentados para a atividade regulatória (incisos I a XIV do art. 1º da PEC nº 81, de 2003) reduzem o risco de que uma excessiva independência ocorra. O inciso I, por exemplo, estabelece que a proteção do interesse público deve ser observada. O inciso IV, por sua vez, determina que deva haver a prestação de contas. Há ainda a determinação de que a regulação garanta a universalização, a continuidade e a qualidade dos serviços (inciso VI). De acordo com o inciso VII, a regulação deve respeitar os preceitos de imparcialidade, transparência e publicidade. A forma de decisão nas agências também é tratada nos incisos IX e X, devendo ser colegiada em agências reguladoras e monocrática, mas recorrível a colegiado, em agências executivas, o que lhe dá maior transparência e publicidade. Assim sendo, legislação infraconstitucional que tratar do tema poderia “limitar” a independência das agências para que eventuais problemas de influência excessiva de grupos de interesse sejam evitados⁴.

Também se nota no texto da PEC nº 81, de 2003, a preocupação em inserir dispositivos que preservem a estabilidade do ambiente regulatório. Entre eles, pode-se citar o inciso V do art. 1º, que prevê a mínima intervenção das agências na atividade empresarial, e os incisos XIII e XIV, que estabelecem, respectivamente, a estabilidade e a previsibilidade das regras e a vinculação da atividade reguladora aos regulamentos, contratos e pactos.

Entre os princípios que regerão a atividade regulatória, caso a PEC nº 81, de 2003, seja aprovada, estão alguns de caráter mais geral, como a defesa do consumidor e da concorrência (inciso II) e a promoção da livre iniciativa (inciso III). No entanto, é necessário chamar a atenção para o fato de que, no caso da defesa da concorrência, há um tratamento diferenciado para parte dos setores regulados.

As agências reguladoras instauram os processos e instruem atos de concentração

e processos relativos a condutas potencialmente anticompetitivas e os encaminham para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) julgar. Para os demais setores da economia, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência, incumbindo-lhes a análise dos atos de concentração e a instauração e instrução de averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica, sendo o CADE a instância julgadora.

No tocante à inclusão de matéria diversa ao tema da regulação econômica no texto da PEC nº 81, de 2003, há, como foi discutido anteriormente, alguns dispositivos de ordem geral (incisos II e III do art. 1º), que já constam nos incisos II, IV e V do art. 170 da Constituição Federal, que estabelece os princípios da ordem econômica. Eles dizem respeito à defesa do consumidor e da concorrência e à promoção da livre iniciativa.

Mesmo levando-se em conta as vantagens proporcionadas pelos dispositivos, bem como seu conteúdo de caráter genérico, o art. 174-A proposto pela PEC acaba fazendo parte dos Princípios Gerais da Atividade Econômica (Capítulo I, Título VII da Constituição), o que nos remete novamente à questão da generalização da temática das agências regulatórias em torno dos aspectos econômicos, ou melhor dizendo, em relação à clareza do desenho institucional adotado.

Isso, se verificado de maneira rigorosa, poderia implicar incoerência com as demais atividades exercidas por agências cujas funções fossem, além da fiscalização e normatização, a aplicação e a coordenação de políticas públicas referentes à Ordem Social da Constituição, contrariando a intenção do legislador. Dessa forma, os princípios não seriam estendidos a todas as agências.

É o caso, por exemplo, da ANA, da ANS e da Anvisa, que exercem, na visão de

Salgado (2003, p. 34), funções típicas de uma agência executiva, que, “ao mesmo tempo que fiscaliza, em perspectiva regulatória, o funcionamento dos mercados que compõem sua área de atuação, executa diretrizes de governo”. Essa diferenciação é interessante, pois demarca o que seria uma típica agência reguladora, que cuida de áreas tipicamente do universo econômico e que deve aplicar a lei na forma estabelecida pelo Poder Legislativo, como é o caso da Aneel, ANP e Anatel.

Portanto, dois raciocínios podem ser evidenciados:

a) o efeito da constitucionalização dos princípios busca justamente descaracterizar essa classificação técnica entre as agências, tipificando-as todas como regulatórias, com mais ou menos viés de atuação em mercados (mesmo a ANA e a Anvisa também cuidam da regulação de preços de serviços e de produtos);

b) os princípios da regulação elencados na PEC não se aplicariam à atuação das agências executivas, ou de governo, no campo social.

4. Projeto de Lei nº 3.337, de 2004

Em março de 2003, foi criado, por determinação do Presidente da República, um Grupo Interministerial de Trabalho para (i) analisar o arranjo institucional regulatório no âmbito federal; (ii) avaliar o papel das agências reguladoras; e (iii) propor medidas corretivas ao modelo adotado.

A partir das propostas do referido Grupo de Trabalho, o Poder Executivo iniciou, em setembro de 2003, consulta pública acerca de dois anteprojetos de lei referentes ao tema. O primeiro deles dispunha sobre a gestão, organização, controle social e competências das agências reguladoras federais, abrangendo todas as “autarquias especiais”, caracterizadas como tal em suas leis instituidoras – Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência

Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional do Cinema (Ancine). O segundo anteprojeto tratava de alterações de dispositivos das leis de regência de cada uma das agências de infra-estrutura: Aneel, Anatel, ANP, ANTT e ANTAQ.

Os dois anteprojetos de lei foram consolidados no Projeto de Lei (PL) nº 3.337, de 2004, enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em abril do mesmo ano. Essa proposição legislativa traz várias alterações de vulto em relação à legislação vigente. Destacam-se as seguintes mudanças:

I – a transferência do poder de concessão das agências reguladoras para o Poder Executivo, ou seja, para os Ministérios setoriais;

II – a alteração e a uniformização dos mandatos dos diretores das agências (tanto os mandatos como as formas de escolha dos dirigentes passam a ser os mesmos para todas as agências);

III – a ampliação das hipóteses de atos das agências reguladoras nos quais caberia submissão à consulta pública antes de sua adoção;

IV – assegura às associações de proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar até três especialistas no objeto da consulta pública para acompanhar o processo e lhe assessorar, sendo esta a quarta mudança;

V – a introdução do Contrato de Gestão entre as agências e os ministérios setoriais;

VI – introdução da obrigatoriedade da figura do Ouvidor, que passa a existir em todas as agências, com a ampliação e o fortalecimento do seu poder, sendo enfatizado o seu papel de “representante dos usuários”;

VII – a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda e a Secretaria de Direito Econô-

mico (SDE) do Ministério da Justiça passam a instruir atos de concentração e processos relativos a condutas anticompetitivas;

VIII – são estabelecidas regras para a interação entre as agências reguladoras federais e os órgãos de regulação estaduais e municipais.

Constituída uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados, onde a proposição ainda tramita, com o objetivo de apreciar o Projeto do Poder Executivo, foi designado Relator da matéria o Deputado Leonardo Picciani (PMDB/RJ), cujo parecer propôs a apresentação de Substitutivo, o qual não apresenta grandes diferenças com o Projeto de Lei do Executivo.

Como metodologia de análise adotar-se-á como base o texto do Substitutivo, mediante o qual serão destacados os pontos em que houver diferenças importantes em relação ao projeto apresentado pelo governo. Será examinado o mérito das nove alterações mais importantes ali contidas⁵.

Antes, porém, de iniciar os comentários sobre as modificações acima descritas, é interessante notar um detalhe em ambas as minutas. A técnica de redação utilizada no art. 1º fixa quais são as agências reguladoras, não por meio de um conceito, o qual poderia ser aplicado a qualquer outra agência que viesse a ser criada. Ao contrário, o texto é enunciativo, pontuando uma a uma as agências hoje constituídas, sem fazer qualquer ressalva a futuras agências.

Tal aspecto pode ser revelador, na medida em que pode denotar ou intenção do governo em impedir o prosseguimento do modelo institucional adotado ou uma falha de percepção. Desse modo, entende-se mais conveniente e razoável que a própria lei, por uma exigência de clareza e segurança, deve, muitas vezes, formular definições explícitas e estipulativas para sua correta interpretação e aplicação.

4.1. Transferência de atribuições

De acordo com a nova regra proposta no Substitutivo, a concessão e a expedição de

normas para outorgas de exploração de serviços serão atribuições dos Ministérios setoriais. Estes também editarão os atos de outorga e de extinção de direito de exploração e celebração de contratos de concessão de serviços. Os Ministérios setoriais poderão delegar essa tarefa para as agências reguladoras. Pela regra atual, essa é uma atribuição das agências.

Segundo a exposição de motivos, uma das principais distorções do papel das agências detectadas foi o seu exercício de competências de governo, como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos. Nesse sentido fica claro que, com a nova regra, há o objetivo de explicitar a divisão de trabalho entre as agências reguladoras e os Ministérios setoriais. Aquelas apenas implementariam as políticas públicas definidas pela lei e pelo Poder Executivo.

A nova regra não representa uma ruptura com o modelo de Estado adotado no Brasil nos anos 90, mas estabelece importantes modificações. Volta a ser o Poder Executivo o ente que formula políticas públicas e outorga concessões para que os serviços de utilidade pública sejam prestados por empresas privadas, tarefas que ficavam a cargo das agências reguladoras. Isso vai ao encontro de críticas feitas à independência das agências reguladoras: (i) a coerência de políticas no conjunto do governo pode ser reduzida, dado que elas são “desenhadas” pelo Poder Executivo e implementadas por um órgão independente deste; (ii) a agência pode se tornar tão forte que venha a se comportar como um poder quase independente dentro do Estado; (iii) as agências replicariam um “Estado dentro do Estado”, com funções legislativas, executivas e judiciárias.

Devem-se questionar, então, quais são os riscos de uma nova regra que reduz a independência e o escopo de atuação das agências reguladoras. Relembrando Salgado (2003), essa iniciativa inspira-se no conceito de agências de atuação executiva, na me-

dida em que coloca a autarquia na condição de executora de políticas traçadas mediante diretrizes ministeriais. Mais adiante, a introdução da figura do contrato de gestão fortalecerá essa noção.

4.1.1. *Uso de critérios subjetivos políticos de outorga*

O critério de escolha do concessionário deve ser técnico, reduzindo-se ao máximo a chance de outorga a empresas menos eficientes. A justificativa para essa proposição reside no fato de que o consumidor pode ser prejudicado pela escolha do prestador de serviço. Se isso ocorrer, o objetivo mor da regulação econômica – encontrar o ponto ótimo em que consumidores são protegidos e em que as firmas têm um lucro razoável – será contrariado. É necessário manter mecanismos impessoais como o instrumento essencial de políticas públicas quando se trata da concessão de serviços públicos.

O Substitutivo apresentado ao Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, não altera o princípio de conceder a prestação de serviços às firmas que ofereçam menor tarifa, maior oferta pela outorga, melhor qualidade dos serviços e melhor atendimento da demanda. Isso mitiga o risco apontado acima, mas não o elimina. Isso ocorre porque o texto determina que o Poder Executivo (o Poder Concedente) estabelecerá as diretrizes sob as quais o processo de licitação será levado a cabo. É necessário ressaltar ainda que as agências reguladoras somente disciplinarão e operacionalizarão as licitações quando essa prerrogativa lhes for concedida pelo Poder Executivo.

Nada garante que as agências serão isentas ao fazer as outorgas. Pode ser que elas, uma vez capturadas pelos interesses das firmas reguladas, usem critérios subjetivos e políticos. A “solução” para o problema poderia ser a mudança do texto, introduzindo um mecanismo que garanta que as agências assessorarão os Ministérios setoriais nos processos de licitação. Isso seria útil também porque elas acumularam conhecimen-

to acerca desses processos e do funcionamento dos mercados objeto de regulação desde a sua criação.

4.1.2. *Perda de estabilidade regulatória*

Poderá ocorrer um *trade-off*: pode-se perder coerência das políticas públicas com a manutenção da atual independência das agências, mas ganha-se compromisso (*commitment*) com a manutenção de uma estabilidade mínima para a política regulatória. Esta é fundamental para que as empresas reguladas possam fazer seus investimentos. O distanciamento das agências em relação ao Executivo, que, segundo os críticos de sua independência, pode levar à negligência com o Executivo ou o Legislativo, é uma garantia de estabilidade do aparato regulatório, evitando uma percepção de que pode haver expropriação regulatória (mudança súbita das regras) por parte do Poder Executivo. O objetivo da independência, peça fundamental do modelo de agências introduzido na década de 90, era garantir às empresas que não haveria expropriação regulatória, o que estimularia o investimento.

Note-se que, nos argumentos favoráveis à independência das agências e à manutenção de suas prerrogativas, existem hipóteses implícitas de que a estabilidade das regras é fundamental para o investimento e de que as agências reguladoras são as suas únicas guardiãs. A estabilidade é importante, mas também deve ser considerado que a situação macroeconômica do País é de suma importância para que investimentos sejam levados a cabo. É difícil imaginar que empresas façam investimentos em cenários recessivos, mesmo com todas as garantias de que haverá estabilidade regulatória. Deve-se também considerar que não há certeza de que o Poder Executivo desrespeitará as regras estabelecidas e praticará a expropriação regulatória.

4.2. *Mandatos*

Outra mudança contida no Substitutivo diz respeito aos mandatos dos diretores das

agências reguladoras. Atualmente não há uma regra única para todas elas. Para a Anatel, os mandatos são de cinco anos, sem recondução. Nos casos da Anvisa e da ANS, os mandatos são de três anos, permitida uma única recondução por igual período. Para a ANP, a ANA, a ANTT e a ANTAQ, os mandatos são de quatro anos, admitida uma recondução por igual período. Os mandatos na Aneel e na Ancine são de quatro anos, vedada a recondução.

De acordo com o texto do Substitutivo, os mandatos dos diretores de todas as agências passarão a ser de quatro anos, vedada a recondução. O texto do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, admitia uma única recondução por igual período. O dispositivo ainda determina que os mandatos se encerrem entre os dias 1º de janeiro e 30 de junho do segundo ano de mandato do Presidente da República.

A regra proposta tem o mérito de padronizar os mandatos dos diretores das agências. No entanto, ela pode ser considerada parcialmente nociva à sua independência, principalmente se for permitida a recondução dos diretores ao cargo para um segundo mandato. Isso se deve ao fato de que os diretores tenderão a não contrariar o Poder Executivo, que terá a prerrogativa de reconduzi-los ao cargo. Em tese, apenas no segundo mandato os diretores agiriam com independência em relação ao Executivo. Note-se que o Substitutivo veda a possibilidade de recondução dos dirigentes das agências. Se seu texto prevalecer, as críticas de perda de independência em um primeiro mandato estarão afastadas. No entanto, como não se sabe qual será a redação definitiva, seria recomendável evidenciar as críticas ao texto do Projeto de Lei.

É necessário observar que a nova regra torna mais difícil a demissão dos dirigentes das agências, garantindo-lhes estabilidade por quatro anos e limitando a perda dos mandatos somente aos casos de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar. Esse

dispositivo não anula a redução da independência dos dirigentes se supusermos que eles desejarão a recondução a um segundo mandato.

A análise acima trata da independência somente em relação ao Poder Executivo. No entanto, é desejável que as agências também tenham independência em relação às empresas reguladas. Nesse sentido, cabe observar que a redução da independência em relação ao governo pode ser um contrapeso à possibilidade de captura das agências por parte das firmas reguladas. Haveria, pois, maior equilíbrio, já que os dirigentes das agências teriam que prestar contas ao Executivo, as firmas reguladas teriam que influenciar não somente a agência, mas também os Ministérios setoriais.

A nova regra também estabelece a sincronização dos mandatos dos dirigentes das agências ao determinar que eles se encerrem entre os dias 1º de janeiro e 30 de junho do segundo ano de mandato do Presidente da República. Esse dispositivo se mostra inoportuno ao levar à perda de parte da memória da hierarquia superior do órgão, o que comprometeria uma mínima estabilidade das políticas regulatórias e a sua qualidade. Seria desejável manter na diretoria pessoas que conhecem bem os problemas que tiveram origem no período anterior, e que ainda são objeto de análise pelas agências.

4.3. Consulta pública

Uma terceira mudança diz respeito à consulta pública, à qual são submetidos, de acordo com a regra atual, apenas os atos normativos. De acordo com o texto do Substitutivo, serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelos Conselhos Diretores das agências, os pedidos de revisão de tarifas e as minutas e propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados⁶. O período de consulta pública iniciará sete dias após a publicação de despa-

cho motivado no Diário Oficial e terá a duração mínima de trinta dias.

O texto amplia os casos em que atos das agências reguladoras devem ser submetidos à consulta pública, o que aumenta a sua transparência. Nesse sentido, a medida contribui para que a regulação seja efetiva e encontre o equilíbrio entre a proteção aos consumidores e a garantia de uma taxa de retorno adequada às empresas reguladas.

O ganho de transparência, no entanto, não ocorre sem custos. O dispositivo poderia trazer morosidade às decisões gerenciais das agências. Firmas, consumidores e/ou outras instituições que se sentirem prejudicados por alguma ação das agências podem requerer a sua submissão à consulta para adiar decisões.

A mudança sugerida pelo Relator no Substitutivo parece resolver o problema na medida em que, por um lado, restringe as matérias que serão objeto de consulta pública e, por outro, a estende para os pedidos de revisão tarifária. Este último ponto é extremamente importante para garantir a transparência das agências a respeito de um assunto que interessa diretamente aos consumidores: os valores das tarifas. Ao tornar público o processo de alteração dos preços cobrados pelos serviços, diminui-se o risco de que o regulador seja benevolente com o regulado.

O prazo mínimo de trinta dias pode ser considerado muito longo para a duração da consulta pública, podendo comprometer a agilidade das agências no processo de tomada de decisões. Essa observação é válida para o caso da aprovação do texto original do Projeto de Lei. Caso seja considerado o texto do Substitutivo, que prevê a consulta pública apenas para revisões tarifárias e para alterações de atos normativos, o prazo não é demasiado longo. Trata-se de questões que devem ser analisadas minuciosamente pela sociedade, dado que seus interesses serão afetados. De todo modo, o preço a pagar pela maior transparência é a maior morosidade das decisões.

4.4. Contratação de especialistas

O PL nº 3.337, de 2004, determina ainda a indicação de especialistas no objeto da consulta pública, sendo esta a quarta alteração importante, já que não há, na legislação em vigor, regra sobre esse tema. Segundo o texto do Substitutivo, é assegurado a Associações constituídas há pelo menos três anos, nos termos da lei civil, que incluam em suas finalidades a proteção ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, à defesa do meio ambiente ou à defesa dos recursos hídricos, cadastradas previamente na agência reguladora, o direito de receber o apoio técnico de até três especialistas com notórios conhecimentos da matéria objeto da consulta pública, que acompanharão o processo e darão assessoramento qualificado às entidades e seus associados.

De acordo com o Projeto de Lei, é assegurado às associações indicar os três especialistas às agências para acompanhar o processo de consulta pública, sendo que as agências devem arcar com as despesas correntes, observadas as disponibilidades orçamentárias, os critérios, limites e requisitos fixados em regulamento e o disposto no art. 25, inciso II, e no art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993.

Há autores que afirmam que a assessoria de especialistas não deveria ser custeada pelas agências, dado o difícil quadro fiscal do Estado brasileiro. No entanto, é preciso levar em consideração que, caso o financiamento fique a cargo das próprias associações, somente aquelas com mais recursos poderão acompanhar os processos. Haverá uma desigualdade no tratamento das associações e uma menor transparência.

O Substitutivo corrige parcialmente esse problema. Ele não exime as agências da responsabilidade financeira. Segundo o seu texto, cabe às agências contratar o apoio técnico depois de ouvir as associações. No entanto, o Substitutivo determina ainda que a contratação deva ser feita preferencialmente junto a universidades, o que poderia re-

duzir o seu custo. Segundo o Voto do Relator, a sugestão de que a contratação seja feita junto a universidades tem ainda o mérito de evitar questionamentos éticos e legais que poderiam ser gerados pela contratação de especialistas por indicação de terceiros – as associações. Assim, uma alteração possível poderia ser a de que a contratação de especialistas ligados a empresas ou outras instituições somente deveria ser permitida quando as universidades ou qualquer instituição pública de ciência e tecnologia não possuísem pessoal para lidar com o objeto da consulta pública.

A participação das universidades e das instituições públicas de ciência e tecnologia contribuiria ainda para evitar que entidades privadas patrocinadas direta ou indiretamente por empresas reguladas passassem a ter representantes permanentes com acesso pleno aos processos conduzidos pelas agências, o que poderia gerar transtorno à manipulação dos autos, podendo, inclusive, levar ao vazamento de informações confidenciais das empresas e dos processos.

4.5. Contrato de gestão e desempenho

Segundo a proposição, a Agência Reguladora deverá firmá-lo com o Ministério a que estiver vinculada, nos termos do § 8º do art. 37 da Constituição Federal, negociado e celebrado entre a Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor e o titular do respectivo Ministério.

O próprio Projeto de Lei é claro quanto ao objetivo da adoção do contrato de gestão: aperfeiçoar as relações de cooperação da agência reguladora com o poder público, em particular no cumprimento de políticas públicas definidas em lei. Ao determinar que haja a compatibilização entre as ações das agências e as políticas públicas definidas em lei, determina-se um padrão mais objetivo para a avaliação do desempenho das agências a ser definido em audiências no Congresso. As agências não terão de adaptar suas ações a políticas públicas e a pro-

gramas governamentais que não dependam de alterações da Lei e dos contratos de concessão.

O Substitutivo também reforça a necessidade de aderência do contrato de gestão à lei ao determinar que ele seja firmado anualmente, no prazo de noventa dias após a publicação da lei orçamentária anual (LOA). Ao associar o contrato à LOA, fica garantida a implementação do conjunto de políticas setoriais aprovadas pelo Congresso Nacional. O desempenho da agência será avaliado tendo como base um plano de trabalho compatível com o disposto na lei orçamentária.

Essas garantias são necessárias devido à natureza de longo prazo e de “custos afundados” (*sunk costs*) dos investimentos em serviços de infra-estrutura, bem como a uma adaptação lenta às novas políticas, de tal modo que se evitem expropriações regulatórias dos investidores. Nesse sentido, é desejável que a agência, mesmo com a entrada de um governo com novas diretrizes, continue usando, por algum tempo, pelo menos parte das diretrizes estabelecidas no programa de governo anterior.

Assim, para prevenir que as mudanças de governo impliquem mudanças bruscas nas ações das agências, os contratos de gestão deveriam ter como base a aderência das atividades das agências a uma diretriz estável. Em vez de avaliar se as agências estão agindo de acordo com políticas públicas definidas em lei, dever-se-ia avaliar se elas agem de acordo com as próprias leis que as criaram.

Contudo, mesmo a aderência à lei não suprimiria os problemas que poderiam colocar em risco a qualidade da regulação. Em primeiro lugar, é difícil traduzir comandos legais em metas objetivas, uma vez que nelas reside a base para empreender avaliações.

Há também o problema de assimetria de informações entre o Ministério setorial e o regulador. Aquele pode não saber quais as informações que este possuía quando tomou as suas decisões. Quando o Ministério tiver

acesso às informações, pode ser que estas já tenham mudado em função da própria ação do regulador.

Além do mais, podem ocorrer choques exógenos entre a decisão do regulador, baseada em informações *ex ante*, e a avaliação do Ministério, feita *ex post*. Esses choques devem ser levados em conta quando as agências forem avaliadas, o que torna difícil apreciar suas decisões. Por conseguinte, a avaliação envolve elementos de subjetividade, o que pode transformar esse processo em um instrumento indesejável de influência política do Executivo.

Ainda assim, fica evidente que o Poder Executivo julga que as diretrizes das políticas setoriais devam ser definidas pelo governo eleito. A legislação atual não esclarece se a definição das políticas setoriais foi mesmo transferida para as agências reguladoras. Os textos legais que tratam do assunto (a Lei Geral de Telecomunicações, por exemplo) se referem às obrigações do “poder público”, sem especificar se este é a agência ou o Ministério. Nesse sentido, o objetivo do Projeto de Lei é muito claro. A Exposição de Motivos que o acompanha afirma que seu propósito é estabelecer a fronteira entre formulação de política setorial e regulação econômica, sendo que aquela prerrogativa ficará com os Ministérios. O contrato seria uma forma de garantir que as agências implementem as políticas formuladas pelo Poder Executivo.

Ademais, não há garantias de que os dirigentes das agências não agirão de acordo com seus próprios interesses, contrariando não somente as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, mas também os objetivos da regulação econômica (preços e margens de lucro razoáveis). Por isso é útil ter algum mecanismo que os faça prestar contas de suas ações. O texto do PL nº 3.337, de 2004, é bastante claro quanto a esse objetivo quando dispõe que o contrato de gestão deverá aperfeiçoar o acompanhamento da gestão das agências reguladoras, promovendo maior transparência e controle social.

O Substitutivo garante maior controle social sobre as agências e sua maior transparência, mas também traz algumas alterações que reduzem o risco de ingerência do Poder Executivo. Em primeiro lugar, o Substitutivo delimita melhor o escopo do contrato de gestão (§§ 1º e 2º do art. 13), destacando que as metas de desempenho administrativo e operacional dizem respeito apenas aos aspectos organizacionais da agência e às ações relacionadas à promoção: (i) da qualidade dos serviços prestados pela agência; (ii) do fomento à pesquisa no setor regulado; e (iii) da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência. Ademais, as medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas e obrigações pactuadas no contrato de gestão não interferirão na autonomia das agências, em seus aspectos regulatórios e nem terão caráter disciplinar.

Foi também adotada no Substitutivo uma importante modificação na Seção I – Da Obrigação de Apresentar Relatório Anual de Atividades – do Projeto de Lei. O Relator atribuiu ao Poder Legislativo um controle mais efetivo sobre as atividades das agências, incluindo um dispositivo (art. 10) segundo o qual o controle externo das agências reguladoras será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU). Esse controle será especialmente usado para verificar a compatibilidade das ações adotadas pelas agências com as políticas definidas para os setores regulados.

A necessidade de um maior controle social sobre as agências é defendida por alguns autores, mesmo que implique uma possibilidade de perda de autonomia regulatória. Pode-se dizer que o Substitutivo tem o mérito de preservar o controle social das agências e aumentar a transparência de suas ações – ao determinar que elas prestem contas também ao Congresso Nacional – e reduzir o risco de que o Poder Executivo faça ingerências no que concerne às atividades de regulação das agências.

Finalmente, como já se verificou, os contratos de gestão firmados entre as agências e o governo são é uma maneira de aproximá-las do modelo de agência executora de políticas públicas. Em última instância, pode-se afirmar que o estabelecimento do contrato de gestão qualifica as agências reguladoras em agências executivas, ou seja, ao instituto criado pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Agências executivas não mais são que autarquias ou fundações pré-existentes, diplomadas por intermédio de um Decreto do Poder Executivo, que celebrem contrato de gestão com a Administração Direta. No entanto, diferentemente da concepção dada originalmente ao contrato de gestão, a proposta do PL nº 3.337, de 2004, e Substitutivo, concebe esse instrumento menos como metas de desempenho e, como se observou, mais como instrumento de controle (social e político). A ANS e a Anvisa já possuem contratos de gestão firmados do com o Ministério da Saúde, demonstrando estarem inseridas no modelo que se pretende estender às demais agências⁷.

4.6. Ouvidorias

Uma sexta mudança importante é o fortalecimento institucional das Ouvidorias nas agências reguladoras. A regra atual determina apenas que o Ouvidor seja nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução, com acesso a todos os assuntos da agência. De acordo com o Substitutivo, haverá, em cada Agência Reguladora, um Ouvidor que atuará junto ao Conselho Diretor sem subordinação hierárquica e exercerá suas atribuições, sem acumulação com outras funções, com mandato de quatro anos, vedada a recondução. O Ouvidor terá acesso a todos os processos da agência e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente e quando julgar oportuno, relatórios sobre a atuação da agência. São atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade dos serviços prestados pela agência e acompanhar o processo

interno de apuração de denúncias e reclamações dos interessados contra a atuação dela ou contra a atuação dos entes regulados.

O texto fortalece a posição do Ouvidor dentro das agências e o seu papel de representante dos usuários. Em adição à regra atual, o Ouvidor contará com uma estrutura administrativa, não terá subordinação hierárquica em relação às diretorias, terá acesso pleno aos processos das agências e atribuições específicas. A transparência das agências e o controle social sobre elas serão beneficiados com a medida.

Contra o fortalecimento do papel do Ouvidor, pode-se argumentar que, sendo ele indicado pelo Poder Executivo, este poderia usá-lo para cercear as agências reguladoras. É duvidoso que isso ocorra, dado que o mesmo critério de escolha dos diretores será usado para escolher o Ouvidor. A influência poderia ocorrer diretamente por meio dos diretores nomeados pelo Executivo. Diante disso, pode-se dizer que a independência das agências não é afetada.

4.7. Defesa da concorrência

O PL nº 3.337, de 2004, padroniza as regras para todas as agências quanto ao quesito concorrência⁸. Os órgãos de defesa da concorrência serão responsáveis pela aplicação da legislação pertinente, incumbindo-lhes a análise dos atos de concentração e a instauração e instrução de averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica. Para executar essa tarefa, os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos para subsidiar a instrução e análise dos atos de concentração e processos administrativos. O CADE será a instância julgadora desses processos.

Pode-se criticar a proposta do Projeto de Lei com base no fato de que o processo de defesa da concorrência no Brasil precisa percorrer um longo caminho (SDE e SEAE) até ser julgado pelo CADE, sendo, portanto, moroso. Argumenta-se também que a lenti-

dão pode ser explicada pela estrutura deficiente dos órgãos que atuam na defesa da concorrência. Por isso seria um erro transferir os processos para esses órgãos. Seria melhor deixá-los com as agências, cabendo o julgamento ao CADE. Caso contrário haveria um custo burocrático desnecessário.

É necessário observar ainda que a SEAE e a SDE são órgãos de governo e não independentes como as agências reguladoras. Isso implica que a transferência da instrução dos processos pode torná-los menos independentes de eventuais ingerências do Poder Executivo.

Algumas observações a respeito são ainda pertinentes. Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que a SDE e a SEAE têm mais experiência que as agências reguladoras no que tange ao instrumental de análise da defesa da concorrência, o que poderia contrabalançar o maior custo burocrático e a menor independência mencionados acima.

É preciso lembrar também que as agências não têm total independência e isenção no tocante à instrução de processos de concorrência, dado que estão sujeitas à possibilidade de captura por parte das empresas reguladas. Nesse sentido, envolver os órgãos do Poder Executivo no processo é uma medida positiva. É necessário também observar que a instrução dos processos pelas agências traz o problema de dar aos setores regulados tratamento diferenciado daquele dado aos setores que não são objeto de regulação.

Um aspecto positivo do Projeto de Lei é a introdução da consulta pelas agências à SEAE acerca do eventual impacto negativo de suas normas e regulamentos sobre a concorrência. Apesar de constranger a ação da agência, a medida pode ser interessante porque há uma série de normas e regulamentos com forte interface com a área de defesa da concorrência.

4.8. Colaboração federativa

Preenchendo uma lacuna da legislação atual, o Projeto de Lei nº 3.337, de 2004, prevê a interação das agências com os órgãos

de regulação estaduais e municipais. O texto determina que as agências reguladoras promoverão a articulação de suas atividades com as das agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, promovendo, sempre que possível e a seu critério, a descentralização de suas atividades. Na execução das atividades de regulação, controle e fiscalização objeto de delegação, o órgão regulador estadual, do Distrito Federal ou municipal que receber a delegação observará as pertinentes normas legais e regulamentares federais. Os atos de caráter normativo editados pelo órgão regulador estadual ou municipal que receber a delegação deverão harmonizar-se com as normas expedidas pela agência reguladora.

A medida é positiva porque as agências reguladoras estaduais e municipais – que já são cerca de vinte em todo o Brasil – têm capacidade técnica suficiente para executar e fiscalizar o cumprimento de normas definidas pelas agências reguladoras federais. No caso de um país com dimensões continentais e carente de recursos humanos, técnicos e financeiros como o Brasil, é desejável que haja a descentralização e a transferência de responsabilidades para outros entes da Federação. Com a regra atual, tentativas de descentralização poderiam ser contestadas judicialmente pelas empresas ou outras instituições interessadas.

O texto do Substitutivo deixa claro que somente as atividades de fiscalização podem ser delegadas. Essa medida é salutar porque, se Estados e Municípios adquirissem a capacidade de estabelecer seus próprios marcos regulatórios, poderiam surgir conflitos entre estes e o marco federal.

5. Conclusão

A figura mitológica de Ulisses é bastante utilizada como metáfora da escolha racional de atores políticos em favor de arranjos institucionais que lhes tragam benefícios

futuros. Tal como Ulisses, que se amarrou ao mastro do navio para não ser seduzido pelo canto das sereias, governos racionais podem escolher limitações ao exercício de sua vontade, recorrendo à delegação por meio de legislação que exige folgada maioria para ser alterada. Segundo Melo (2001, p. 63), “essas estratégias podem tomar a forma de transferência do poder decisório a um agente externo”. Nesse sentido, pode-se encaixar o modelo de regulação por intermédio de agências reguladoras como arranjo institucional mais eficiente e a moldura legal como limitação auto-imposta pelo governo.

A adoção do modelo de regulação realizado por agências independentes é instrumento de delegação recente no Brasil. Sendo assim, é natural que ele apresente falhas, como a ausência de uma lei orgânica, por exemplo. Não há um tratamento homogêneo para agências que regulam e fiscalizam serviços cuja importância para a sociedade é difícil de diferenciar. Além disso, existem muitos problemas acerca da responsabilidade perante o consumidor/eleitor e os mecanismos decisórios que envolvem complexo aparato técnico.

Assim, a busca por um certo grau de delegação torna-se um imperativo nas sociedades modernas complexas e o problema da responsabilização passa a ser duplo: de responsabilização dos políticos e governantes pelos cidadãos e de responsabilização dos burocratas em relação aos políticos eleitos. Existe, no entanto, uma relação dicotômica entre esses elementos, na medida em que delegação produz um déficit de responsabilização, um *trade-off* (Melo, 2001, p. 59). Daí a questão da independência se transformar em elemento crucial na arena política.

Esse contexto torna fértil o terreno das iniciativas legislativas, tanto do Poder Executivo, quanto do Legislativo, suscitando debates importantes.

Observou-se que a PEC nº 81, de 2003, é positiva ao introduzir princípios para a atuação das agências reguladoras. A análise desses princípios, contidos nos incisos I a

XIV e no parágrafo único do art. 174-A, mostra que eles poderão fortalecer as garantias de independência das agências e a transparência das decisões por elas tomadas, inclusive com a determinação da instituição de um mecanismo de controle externo. Há também a adoção de limites e parâmetros para a atividade reguladora, o que tende a tornar o ambiente regulatório mais estável. Não obstante, impõe uma característica não evidenciada em todas as agências: a atuação em aspectos econômicos da sociedade, seja na produção de bens, na oferta de serviços ou na viabilização da infra-estrutura. Três agências possuem características diferenciadas, pois também cuidam da articulação de políticas públicas de saúde (ANS e Anvisa) e do equilíbrio de recursos não renováveis (ANA). Dessa maneira, a proposição pode estar atingindo apenas parcialmente a realidade regulatória brasileira.

Relativamente ao PL nº 3.337, de 2003, e seu respectivo Substitutivo, ambos são positivos ao homogeneizar, entre outros, itens como a nomeação e o mandato dos dirigentes, o processo decisório, o escopo de atuação das agências, a necessidade de consultas públicas e o papel da ouvidoria. Ao enquadrar todos esses pontos em uma mesma lei, crescem o controle social e o grau de transparência dos órgãos reguladores, objetivos desejáveis. Evidencia-se que o referido Projeto de Lei pretende ser uma Lei Orgânica, ou Geral, das agências reguladoras.

Alguns autores afirmam que o PL nº 3.337, de 2004, e o Substitutivo apresentado trazem riscos à qualidade da regulação porque contêm dispositivos que reduzem a independência das agências em relação ao Poder Executivo, havendo então riscos de não serem observados critérios técnicos nos leilões de concessão de serviços e de ocorrer expropriação regulatória. Nesse caso, tanto os consumidores quanto as firmas poderiam ser prejudicados. Já outros autores afirmam que esses riscos são um preço a pagar para se ter um maior controle social sobre as agências reguladoras.

Inegável também é ressaltar que o PL nº 3.337, de 2004, pelo nível de detalhamento, apresentou elementos mais evidentes em relação à preocupação com o excesso de independência das agências reguladoras, inspirado em vários princípios das escolas da Teoria da Escolha Pública e da Teoria da Captura, bem como na Reforma Administrativa, que introduziu para a matriz institucional do Estado a figura das agências executivas e dos contratos de gestão. Finalmente, esse projeto não apresenta, em princípio, conflitos insanáveis em relação à PEC nº 81, de 2003, mas deve-se ressaltar que a PEC prevê que o art. 174-A seja regulamentado por Lei Complementar. Assim, o PL nº 3.337, de 2004, poderá ser considerado injurídico, caso a PEC seja promulgada antes dele, por estar tramitando como lei ordinária.

Notas

¹ Mesmo em países com forte experiência em regulação, como os Estados Unidos, problemas e deficiências ainda existem, merecendo constantes revisões e ajustes.

² Exemplo dessa atuação é a criação da Anvisa e da ANA, a qual foi delegada a tarefa de regular as atividades concernentes à saúde.

³ As primeiras versões da Teoria da Captura apresentavam, contudo, uma grave deficiência: a simetria em relação às teorias do regulador benevolente. Se antes o agente regulador era visto como essencialmente voltado para o bem-estar social, agora ele passava a ser visto como órgão que apenas sancionava passivamente os interesses privados das empresas reguladas. Obviamente, como o processo regulatório é bastante complexo, envolvendo vários grupos de interesse, não foi difícil encontrar evidências empíricas que contrariassem essa interpretação mais superficial do processo de captura.

⁴ Duas observações devem ser feitas sobre a perda do mandato dos dirigentes das agências: (i) a própria Constituição Federal prevê, no art. 37, § 4º, a perda de função pública, por decisão judicial, quando forem cometidos atos de improbidade (cor-

rupção); (ii) há a possibilidade de prevê-la expressamente na Constituição, dando a seguinte redação ao parágrafo único do art. 174-A: “Lei Complementar regulamentará o disposto neste artigo, inclusive quanto ao controle externo das agências reguladoras e às hipóteses de perda de mandato”.

⁵ Há outras alterações que não são tratadas neste trabalho porque, via de regra, visam à adequação da legislação vigente ao texto do Projeto de Lei nº 3.337, de 2004.

⁶ O texto do Projeto de Lei prevê a consulta pública em todas as decisões das agências. O Relator o considerou inapropriado, uma vez que a agilidade gerencial das agências poderia ser comprometida. Por outro lado, o Relator acrescentou um tipo de decisão específica que deverá ser objeto de consulta pública: os pedidos de revisão de tarifas.

⁷ Cabe uma ressalva: a lei que criou a Aneel (Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996), em seu art. 7º, prevê que a administração da agência seria objeto de contrato de gestão com o Poder Executivo. Entretanto, até o momento, tal contrato ainda não foi implementado.

⁸ Secretaria de Direito Econômico (SDE), Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (SEAE) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Bibliografia

MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. vol.16, nº.46, p.56-68, jun.(2001).

PECI, Alketa e BIANOR, Scelza Cavalcanti. Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estaduais. *Revista de Administração Pública* 34(5):99-118 – set/out (2000).

PIRES, J. C. L. e GOLDSTEIN, A. Agências Reguladoras Brasileiras: avaliação e desafios. *Revista do BNDES*, V. 8, N. 16, Rio de Janeiro (2001).

SALGADO, L. H. Agências Regulatórias na Experiência Brasileira: um panorama do atual desenho institucional. IPEA, *Texto para Discussão* nº 941, Rio de Janeiro (2003).

VILLELA, A. V. e MACIEL, C. S. A Regulação do Setor de Infra-Estrutura Econômica: uma comparação internacional. IPEA, *Texto para Discussão* nº 684, Brasília (1999).

Política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento

Subsídios para a análise do projeto de lei de diretrizes orçamentárias para 2004

Luiz Fernando de Mello Perezino

Sumário

1. Introdução. 2. LDO e política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. 3. O tratamento do tema pelo Poder Legislativo. 4. Participação das agências no sistema financeiro nacional. 5. BNDES e FAT. 6. Empréstimos e financiamentos concedidos. 7. O tratamento do tema pelo Poder Executivo. 8. Conclusão.

1. Introdução

O tema referente à “política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento” é, ainda, um dos que menos evoluíram em produção legislativa apta a auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização dos recursos aplicados pelas Agências Financeiras Oficiais de Fomento (AFOF). O conteúdo prático dos dispositivos insertos anualmente nas leis de diretrizes orçamentárias (LDO) pouco tem contribuído para o aperfeiçoamento legislativo do assunto. De um lado, o Poder Executivo atuou, nos últimos exercícios financeiros, de forma burocrática, com textos de eficácia quase nula, quando do envio do projeto de lei anual de diretrizes orçamentárias. De outro, o Poder Legislativo praticamente tem ratificado o texto original, resultando que recursos vultosos carecem de um controle social mais rígido, ou, pelo menos, mais transparente¹.

Iniciativas isoladas, por intermédio da LDO/2003, contribuíram significativamente para alterar esse cenário, exigindo que as Agências publiquem relatórios com maior visibilidade de suas aplicações financeiras

Luiz Fernando de Mello Perezino é Consultor de Orçamentos do Senado Federal.

ras. Somente a partir do exercício financeiro vigente é que podemos saber exatamente qual o valor dos financiamentos efetivamente concedidos pelas Agências para as unidades federadas. Há um longo caminho a ser percorrido, visando o aperfeiçoamento da LDO em cooperar na fiscalização e distribuição regional da alocação de vultosos recursos provenientes, em grande parte, de exações fiscais: impostos e contribuições.

2. LDO e política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento

Os instrumentos de planejamento consagrados no Texto Constitucional permitem as condições necessárias para uma regular e eficaz fiscalização dos gastos públicos pelo Parlamento. Com efeito, a concepção de um plano plurianual, uma lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e uma lei orçamentária anual (LOA), todos compatíveis entre si, proporcionam o objetivo de integrar plano com orçamento, aferindo os resultados programados. Nesse ambiente, estão inseridas as aplicações das agências de fomento. O Texto Constitucional outorga competência à LDO para dispor sobre “a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”. Esta lei tem suprido o limite normativo concernente à lei orçamentária anual, devido ao princípio da exclusividade. Também tem preenchido as lacunas da legislação orçamentária em face da inexistência de legislação complementar, consoante previsão constitucional. Desse modo, uma primeira dificuldade seria delimitar o que pode o Parlamento legislar, no âmbito das diretrizes orçamentárias, sobre as políticas de aplicação dessas agências. Por outro lado, independentemente dos questionamentos, é inequívoco que a fiscalização das aplicações dos recursos públicos está protegida por diversos princípios consagrados na Constituição. Assim, vislumbram-se amplas possibilidades de utilização de legislação orçamentária provisória para aperfeiçoar a transparência nas aplicações das Instituições Financeiras Públicas de Fomento².

3. O tratamento do tema pelo Poder Legislativo

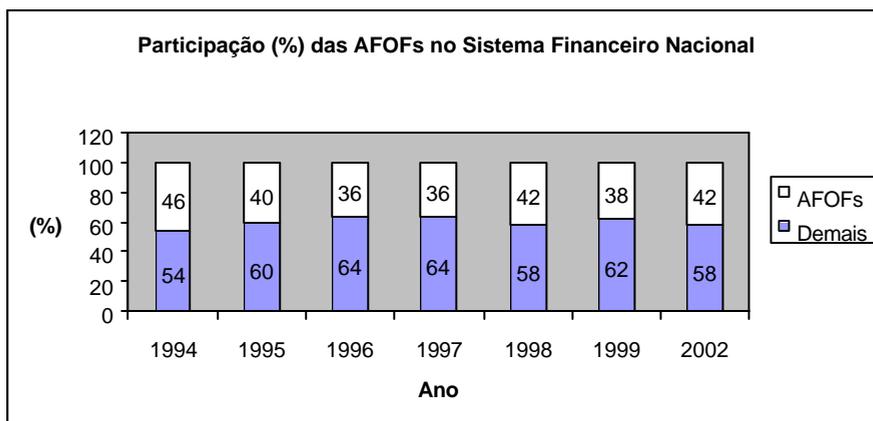
A discussão anual da política de aplicação dos recursos das AFOFs, no âmbito das diretrizes orçamentárias, não tem despertado a atenção especial do Parlamento. Essa assertiva reflete o modo de atuação política concernente às matérias orçamentárias. A preocupação dominante é manter o poder de emendar o orçamento, ao menos nos moldes do exercício anterior. Isso significa lutar pela irrisória participação política individual, refletida nas emendas individuais. No plano estadual, essa luta reflete a participação política na elaboração das emendas coletivas, especialmente as de bancada. Estas têm demonstrado ser uma ampliação das demandas individuais, fracionadas em grupos de representantes proporcionais ao número possível dessas emendas coletivas.

À luz deste corolário, resulta que alguns temas pertinentes ao domínio das leis de diretrizes orçamentárias não evoluíram porque estão muito distantes do que efetivamente é discutido quando da tramitação da proposta orçamentária. Esse cenário inibe algumas questões relevantes de caráter nacional, como as aplicações das AFOFs, não obstante o conjunto de suas ações ter entre suas funções a redução das desigualdades inter-regionais, em analogia ao art. 165, § 7º, da CF³.

4. Participação das agências no sistema financeiro nacional

A perpetuação das discussões orçamentárias conforme explanado impede avanços na parte normativa alusiva às AFOFs. Esse fato não condiz com a enorme quantidade de recursos movimentados pelas agências.

Uma comparação interessante para atestar a dimensão das Instituições Públicas de Fomento é a visualização do conjunto dos ativos das AFOFs com os ativos totais das demais instituições do sistema financeiro nacional.



Fonte: Ministério da Fazenda (até 1999); Bacen – 2002

O quadro demonstra que a participação do Estado no sistema financeiro nacional é bastante significativa, mantendo-se ao redor de 40% nos últimos anos.

A Tabela I explana o *ranking*, segundo os ativos totais, das Instituições Financeiras Oficiais de Fomento no âmbito de todo o sistema financeiro nacional. O Banco do Brasil é o maior Banco da América Latina, com ativos totais de R\$ 194,4 bilhões. São ativos semelhantes em grandeza aos do Ban-

co Interamericano de Desenvolvimento – BID, que, em 31.12.2001, registrou US\$ 58,5 bilhões em ativo total. Em seguida estão classificados o BNDES e a CEF. Essas Instituições aplicam recursos dos maiores fundos vigentes: Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), respectivamente. As três maiores agências oficiais de fomento – BB, BNDES e CEF – detêm 96% dos ativos totais do conjunto das AFOFs.

Tabela I
Ranking dos Maiores Bancos por Ativos Totais

		R\$ mil
Ranking	Agências de Fomento (AFOFs)	Ativos Totais
1	BB	194.473.351
2	BNDES	150.989.064
3	CEF	122.257.797
19	BNB	10.944.670
26	BASA	4.382.283
46	BESC	2.034.785
59	BEC	1.020.859
69	BEM	728.088
Total das AFOFs (a)		486.830.897
Total do Sistema Bancário (b)		1.167.961.743
(%) de participação das Afofs no Total do Sistema Financeiro Nacional (a)/(b)		42%

Fonte: Bacen – Elaboração: CONORF/SF

5. BNDES e FAT

Entre as AFOFs, a atuação do BNDES requer atenção especial na fiscalização, visto ser a principal fonte de recursos para suas aplicações originária de contribuições sociais (PIS/PASEP). Cerca de metade do seu passivo corresponde aos valores repassados anualmente pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, nos termos do art. 239 da Constituição. Trata-se de empréstimos para aplicações em projetos de desenvolvimento econômico, cujo montante, em 31.12.2001, somava R\$ 39,6 bilhões, cerca de 62% do total do patrimônio do Fundo. A Tabela II evidencia a composição do patri-

mônio do FAT, revelando que, além dos empréstimos constitucionais ao BNDES, cerca de R\$ 8,4 bilhões foram colocados à disposição desse Banco para outros financiamentos sob a denominação de depósitos especiais. Desse modo, 75% dos recursos do FAT estão aplicados no BNDES.

A análise sob a ótica do Balanço Patrimonial do BNDES realizado em 31.12.2001 revela que, dos R\$ 112.753 bilhões que constituem o passivo total, 61% (R\$ 69,1 bilhões) são recursos do PIS/PASEP e do FAT. As transferências anuais ao BNDES provenientes do FAT, após transitarem uma única vez no orçamento da União, passam a constituir parte do passivo do Banco, sobre o qual

Tabela II
Patrimônio do FAT

Programa	Ano (R\$ Bilhões)		(%)
	2000	2001	
BNDES – Art. 239 da CF	36.751	39.625	75
BNDES – Depósitos Especiais	8.186	8.465	
Outros	14.420	15.934	25
Total do Patrimônio	59.357	64.024	100

Fonte: Informações Complementares ao Projeto de Lei Orçamentária para 2003.

inexistem mecanismos institucionalizados de avaliação e controle de resultados.

6. Empréstimos e financiamentos concedidos

Vejamos agora o montante consolidado dos desembolsos realizados e estimados a

partir do ano de 2000. Para o exercício vigente, estão estimadas aplicações no montante de R\$ 225,6 bilhões. Esse valor é fortemente influenciado pela carteira de empréstimos e financiamentos do Banco do Brasil, com previsão de desembolsos no valor de R\$ 175,8 bilhões, consoante pode ser confirmado nas Tabelas III e IV.

Tabela III
Demonstrativo dos Empréstimos Efetivos

FONTE DE RECURSOS	2000	2001	2002	Valores em R\$ mil
	Realizado	Realizado	Exec.Provável	2003 Estimativa
Recursos Próprios	102.401.319	141.430.317	172.827.056	190.168.958
Recursos Tesouro Nacional	7.849.463	6.077.053	6.393.369	7.967.404
Recursos Outras Fontes	16.228.952	23.612.387	25.673.319	27.553.957
TOTAL	126.479.734	171.119.758	204.893.743	225.690.320

Fonte: Informações Complementares ao Projeto de Lei Orçamentária para 2003.

Tabela IV
Demonstrativo dos Empréstimos Efetivos
segundo as Agências de Fomento

AFOFs	Valores em R\$ mil			
	2000 Realizado	2001 Realizado	2002 Exec.Provável	2003 Estimativa
Banco do Brasil	92.987.156	129.486.569	154.871.441	175.865.566
BNDES	21.126.974	24.214.374	26.988.650	26.489.012
Caixa Econômica Federal	7.541.451	13.739.754	18.854.198	16.727.316
Banco do Nordeste	2.605.548	1.810.309	2.300.000	3.700.000
Banco do Amazônia	1.374.712	921.000	774.366	1.531.088
Demais AFOFs	843.894	947.751	1.105.089	1.377.337
TOTAL	126.479.734	171.119.758	204.893.743	225.690.320

Fonte: Informações Complementares ao Projeto de Lei Orçamentária para 2003.

A maior parte das aplicações são provenientes de recursos próprios das instituições. O Banco do Brasil, por exemplo, estima aplicar R\$ 169 bilhões de recursos próprios. Mas, no caso do BNDES, a maior fonte de recursos foi originada da Contribuição para o PIS/PASEP. Nesse caso, é plausível a assertiva de que a fiscalização de suas aplicações, estimadas em R\$ 26,4 bilhões

para este exercício, mereça atenção especial por parte do Poder Legislativo. *Esse valor representa mais de 4 vezes o total de investimentos adicionados na proposta orçamentária encaminhada pelo Poder Executivo. Como explicita a Tabela V, foram acrescentados R\$ 6,3 bilhões em investimentos, após ultimada a tramitação do Projeto de Lei Orçamentária.*

Tabela V
Lei Orçamentária para 2003

Grupo de Despesas	R\$ Milhões		
	Projeto de Lei	Substitutivo	Diferença
Pessoal	76.893	77.046	153
Juros	93.644	93.644	0
Outras Despesas Correntes	213.302	223.894	10.592
Investimentos	7.350	13.694	6.344
Inversões Financeiras	23.054	24.366	1.312
Amortizações	582.315	582.315	0
Reserva de Contingência	12.973	21.096	8.123
Total	1.009.531	1.036.055	26.524

Fonte: Conorf/SF

Todas as Tabelas apresentadas tiveram o escopo de demonstrar, sob diversos ângulos, os significativos montantes movimentados pelas agências oficiais. Nada que desabone o Estado estar inserto nas atividades de fomento. A questão é que o Congresso tem permanecido totalmente à mar-

gem da orientação e fiscalização das aplicações dos recursos financeiros das agências oficiais de fomento.

Quando se confrontam os valores aprovados no Orçamento da União, provenientes das emendas parlamentares, com os recursos administrados pelas AFOFs, perce-

be-se a diminuta participação legislativa na aplicação de parte significativa de recursos sob a responsabilidade do Estado. O esforço e a mobilização da sociedade, concentrados no orçamento, não é proporcional à relevante parcela de recursos disponíveis para aplicações em programas de desenvolvimento à disposição das agências oficiais. Basta somente comparar o que o Congresso Nacional efetivamente interfere na proposta orçamentária encaminhada pelo Poder Executivo com os recursos administrados pelas AFOFs.

Produzimos alguns quadros com o objetivo de visualizar as aplicações consolidadas das AFOFs e as aplicações do BNDES no período compreendido entre 1995 e 2001, consoante os seguintes anexos:

I – Aplicações Consolidadas das Agências de Fomento – Distribuição por Região;

II – Aplicações Consolidadas das Agências de Fomento – Distribuição *Per capita*;

III – Aplicações Consolidadas das Agências de Fomento – Distribuição por UF;

IV – Aplicações do BNDES no período compreendido entre 1995 e 2001 – Distribuição *Per capita*;

7. O tratamento do tema pelo Executivo

O Poder Executivo também não tem demonstrado efetivo controle sobre as aplicações das AFOFs. Uma tentativa visando coordenar a atuação das Agências foi a criação de um Comitê de Coordenação Gerencial das Instituições Financeiras Públicas Federais – COMIF, órgão de representação da União como acionista controlador das instituições financeiras públicas federais, nos termos e para os fins do Decreto de 30 de novembro de 1993, criado no âmbito do Ministério da Fazenda. O Ministério contratou uma Consultoria privada em 1999 para diagnosticar e colher sugestões, na forma de audiência pública, com apoio no “Relatório de Alternativas para a Reorientação Estratégica do Conjunto das Instituições Financeiras Públicas Federais (IFPFs)”.

O Relatório confirma a tese aqui sustentada de que tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo estão afastados do efetivo controle na aplicação dos recursos das AFOFs. Algumas conclusões merecem destaque, e são expostas a seguir:

a) não há uma separação clara entre responsabilidades e recursos do Tesouro e as responsabilidades e recursos dessas instituições. Os custos relacionados à execução das políticas públicas não são claramente identificados, sendo subsidiados sem o necessário grau de visibilidade, prejudicando a transparência das ações;

b) o inter-relacionamento das atividades comerciais com a execução das políticas públicas gera subsídios cruzados entre captação, alocação de recursos, riscos, receitas e custos operacionais, que tornam pouco evidentes a eficácia de atuação das AFOFs;

c) o conjunto atual das AFOFs apresenta ineficiência estrutural no equilíbrio entre o nível de despesas e receitas operacionais. Este indicador é consistentemente superior ao observado no setor privado, sendo que a constituição de um nível de provisionamento para perdas de crédito comparável ao do resto do sistema financeiro sensibilizaria ainda mais esse quadro;

d) deficiências no planejamento individual e inexistência de planejamento conjunto das Instituições.

8. Conclusão

A atuação do Poder Legislativo no tema em análise tem sido insuficiente para produzir mecanismos capazes de permitir a transparência da gestão dos recursos sob a responsabilidade das AFOFs. A Lei de Diretrizes Orçamentárias vigente modificou um pouco esse cenário, possibilitando a produção de informações capazes de dimensionar, ao menos, os desembolsos efetivos das agências de fomento, por região e unidade da federação. Tais informações não eram acessíveis em anos pretéritos.

Visando aperfeiçoar as instruções pertinentes aos relatórios exigidos nas informações complementares ao projeto de lei orçamentária, julgamos de grande utilidade inserir no rol das prescrições a elaboração dos

quadros de aplicação também pelo porte do tomador do empréstimo, conforme a seguinte nomenclatura, já utilizada pelo BNDES: Micro e Pequena Empresa e Pessoa Física, Média Empresa e Grande Empresa.

Anexos

Anexo I Aplicações Consolidadas das Agências de Fomento Distribuição por Região

Região	R\$ mil							
	2000		2001		2002		2003	
	Realizado	%	Realizado	%	Exec.Provável	%	Estimativa	%
Centro-Oeste	14.913.074	11,8	18.615.082	10,9	20.183.239	9,9	22.212.300	9,8
Norte	6.030.591	4,8	7.575.956	4,4	8.677.336	4,2	10.288.345	4,6
Nordeste	22.338.008	17,7	27.132.690	15,9	29.494.973	14,4	34.418.393	15,2
Sudeste	55.494.022	43,8	80.990.717	47,3	104.535.510	51	112.512.141	49,9
Sul	27.704.040	21,9	36.805.313	21,5	42.002.686	20,5	46.259.140	20,5
Total	126.479.734	100	171.119.758	100	204.893.743	100	225.690.320	100

Fonte: Informações Complementares – Projeto de Lei Orçamentária para 2003.

O anexo seguinte apresenta um comparativo da distribuição *per capita* consolidada e por Região.

Anexo II Aplicações Consolidadas das Agências de Fomento Distribuição Per Capita

Região	Realizado 2000	Realizado 2001	Exec. Provável 2002	Estimativa 2003
Centro-Oeste	1.282	1.600	1.734	1.909
Norte	467	587	673	798
Nordeste	468	568	618	721
Sudeste	766	1.118	1.444	1.554
Sul	1.103	1.466	1.673	1.842
Total	745	1.008	1.207	1.329

Fonte: Informações Complementares – Projeto de Lei Orçamentária para 2003.

Anexo III
Aplicações Consolidadas das Agências de Fomento
Distribuição por UF

UF	R\$ mil				Distribuição <i>Per-capita(2003)</i>
	2000 Realizado	2001 Realizado	2002 Exec.Provável	2003 Estimativa	
MA	1.632.873	2.179.258	2.007.638	2.270.528	402
AM	752.179	938.271	1.224.328	1.339.626	476
SE	693.334	761.869	856.420	988.672	554
AL	1.210.165	1.367.072	1.562.399	1.766.893	626
PI	1.226.603	1.398.879	1.571.896	1.869.166	657
PB	1.664.867	2.056.988	2.028.723	2.340.428	680
CE	3.352.165	3.918.783	4.278.808	5.145.069	692
PA	2.344.665	3.214.417	3.803.148	4.344.130	702
PE	3.132.185	4.176.087	4.973.581	5.945.555	751
BA	7.600.674	9.110.129	9.797.446	11.233.448	859
AC	316.686	422.768	482.114	546.055	979
AP	223.346	323.164	321.948	468.882	983
RN	1.825.141	2.163.625	2.418.063	2.858.634	1.029
RO	915.801	1.165.636	1.270.752	1.601.614	1.161
ES	2.610.440	3.782.749	4.114.175	3.716.240	1.200
MG	12.921.847	17.296.201	19.730.057	21.705.224	1.213
TO	1.229.552	1.136.083	1.132.631	1.518.271	1.312
RJ	10.040.392	14.569.879	16.828.399	19.763.059	1.373
RR	248.362	375.618	442.415	469.768	1.448
GO	4.361.062	6.062.039	6.830.997	7.416.566	1.482
MS	2.093.788	2.636.164	2.994.187	3.211.649	1.546
PR	9.053.837	12.010.926	13.610.201	15.188.863	1.588
SP	29.921.343	45.341.887	63.862.878	67.327.618	1.818
RS	11.712.878	15.369.309	18.361.924	20.125.831	1.975
SC	6.937.325	9.425.078	10.030.561	10.944.446	2.043
MT	3.027.036	4.153.232	4.926.558	5.278.086	2.108
DF	5.431.188	5.763.646	5.431.497	6.305.998	3.074
TOTAL	126.479.734	171.119.758	204.893.743	225.690.320	1.329

Fonte: Informações Complementares – Projeto de Lei Orçamentária para 2003.

Anexo IV
Financiamentos do BNDES segundo Critério Populacional
Período 1995 a 2001

UF	(Valores R\$ Mil)			
	Valor 1995 a 2000	Valor 2001	Total	Total Per-capita
RR	7.492	6.419	13.911	43
AP	21.550	19.697	41.247	86
AC	45.242	6.040	51.283	92
PI	280.162	67.447	347.609	122
AL	289.169	66.475	355.644	126
RO	200.001	42.545	242.545	176
MA	658.916	418.523	1.077.439	191
RN	438.362	95.421	533.783	192
PB	388.106	279.823	667.929	194
PE	1.279.247	284.169	1.563.416	197
AM	545.169	119.767	664.936	236
CE	1.772.364	422.479	2.194.843	295
PA	1.517.737	544.437	2.062.174	333
TO	438.114	120.790	558.904	483
SE	857.671	47.859	905.530	507
BA	5.089.236	1.652.028	6.741.264	516
GO	2.591.671	412.247	3.003.918	600
MG	9.361.656	1.730.221	11.091.878	620
MS	1.139.139	168.049	1.307.188	629
PR	6.307.025	1.586.154	7.893.179	825
RS	7.309.131	1.702.833	9.011.964	885
MT	1.806.050	451.822	2.257.872	902
ES	1.913.144	1.038.474	2.951.618	953
RJ	11.743.054	2.466.816	14.209.870	987
SP	31.608.195	9.258.231	40.866.426	1.104
DF	1.838.525	671.281	2.509.805	1.224
SC	5.309.814	1.536.477	6.846.291	1.278
TOTAL	94.755.943	25.216.525	119.972.468	707

Fonte: BNDES

Notas

¹ As prescrições pertinentes ao capítulo reservado à “Política de Aplicação das Agências Financeiras Oficiais de Fomento” são em resumo:

– um artigo reservado às prioridades que as agências devem observar, respeitadas suas especificidades, cuja amplitude genérica anula qualquer possibilidade de coerção. Exemplo: a) O BNDES tem como uma de suas prioridades, “o desenvolvimento das micro, pequenas e médias empresas, direta e indiretamente, com recursos próprios ou repassados, como forma de ampliar a oferta de postos de trabalho e fortalecer sua capacidade de exportação”. b) A CEF tem como prioridade reduzir o déficit habitacional, etc;

– vedação de empréstimos para quem estiver inadimplente com a União, seus órgãos e entidades da administração direta e indireta e com o FGTS;

– vedação para que os encargos dos empréstimos e financiamentos não sejam inferiores aos respectivos custos de administração e captação, ressalvados os casos previstos em lei;

– o Relatório de execução bimestral, a que se refere o art. 165, § 3º, da CF, demonstrará, também, os empréstimos e financiamentos concedidos pelas agências financeiras oficiais de fomento.

² Segundo GIACOMONI (1998, p. 267):

“...O eficaz tratamento desse tema na LDO depende da compreensão, a mais precisa possível, sobre a margem de ação que esse normativo pode ter no disciplinamento de temática coberta por legislação ordinária e por inúmeros regulamentos técnicos-operacionais. Sendo vedado à LDO alterar a legislação substantiva, assim como violar a lógica que preside as políticas operacionais das agências de fomento, cabe utilizar o instrumento como demonstração transparente da ação pública nessa área e com base para o seu efetivo controle”.

³ Art. 165, § 7º – “Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional”.

Bibliografia

GIACOMONI, J. A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, p. 265-280, jan./mar. 1998.