

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Janeiro-Março/2011 – Ano 48 – Nº 189



Moacir Andrade, "Amazonas", 1973. Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • nº 189
Janeiro/março – 2011

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

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) 3303-3575, -3576 e -3579
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

REVISÃO DE ORIGINALS: Angelina Almeida Silva, Cláudia Moema de Medeiros Lemos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Fabrícia da Silva Costa Feitosa, Larissa Nogueira Bello

REVISÃO DE PROVAS: Nathália M. B. Benthner Narciso e Maria José de Lima Franco

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Jussara Cristina Shintaku

CAPA: Rejane Campos Lima Rodrigues

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.
Pidesse 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. Trimestral.

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

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

CDD 340.05
CDU 34(05)



"Amazonas", de Moacir Andrade, técnica acrílica sobre tela de 1,28 x 0,97m de 1973.

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília · ano 48 · nº 189 · janeiro/março · 2011

Paulo José Leite Farias	<i>Carta de colaborador</i> 7
Fabio Costa Morosini	Teoria da competição regulatória. O caso da regulação ambiental 9
Fabrizio Bertini Pasquot Polido	Aplicação efetiva das normas de proteção da propriedade intelectual no sistema multilateral do comércio. Perfis da relação intrusiva entre o Acordo TRIPS/OMC e os direitos domésticos 23
Jorge Barrientos-Parra	A violação dos direitos fundamentais na sociedade técnica 55
Adriano Sant' Ana Pedra	A inelegibilidade do analfabeto segundo uma perspectiva concretista 69
Mônica Sette Lopes	O feminino e o trabalho doméstico. Paradoxos da complexidade 81
Carlo José Napolitano	A regulação da propriedade imaterial na Constituinte de 87/88. Direito à comunicação, direitos fundamentais e econômicos 95
Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho	Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional 105
Gustavo César Machado Cabral	Federalismo, autoridade e desenvolvimento no Estado Novo 133
Venceslau Tavares Costa Filho	A morte e a morte da concepção sistemática do Direito Privado. Abertura hermenêutica, tópica e cláusulas gerais 147
Marlon Tomazette	Os desafios impostos pela globalização econômica 157
Marco Bruno Miranda Clementino	Enquadramento jurídico do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa no direito brasileiro 171
Ceres Fernanda Corrêa e Eduardo Biacchi Gomes	O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Uma análise a partir do caso das <i>papeleiras</i> 177

Marco Aurélio Gumieri Valério e José Fernando dos Santos Campos	Títulos de crédito eletrônico. A tecnologia a serviço do direito cambial 189
Paulo Roberto Barbosa Ramos e Jorge Luís Ribeiro Filho	O ideal de justiça política e constituição em John Rawls. Análise dos pontos principais da “teoria da justiça como equidade” 211
Jeferson Dytz Marin e Ailor Carlos Brandelli	Orçamento, políticas ambientais e a atuação do Tribunal de Contas 227
Michael César Silva e Roberto Henrique Pôrto Nogueira	Direito à informação qualificada na relação médico-paciente. Estudo das implicações da diferença entre Certificado de Pós-Graduação <i>Lato Sensu</i> e Título de Especialista em Dermatologia 243
João Carlos Medeiros de Aragão	Choque entre direitos fundamentais. Consenso ou controvérsia? 259
Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira	O foro constitucional para julgamento criminal de magistrados aposentados 269
Wilton Santos Souza	Política de cotas para pessoas com deficiência. Mitigação ao princípio da isonomia? 277

Carta de colaborador

Em 18 de fevereiro de 2011.

À Excelentíssima Dra. Anna Maria de Lucena Rodrigues
Diretora da Subsecretaria de Edições Técnicas

Assunto: Incorreções no artigo “MPDFT PASSADO, PRESENTE E FUTURO: Evolução de garantidor da lei (Promotor Júpiter) para protetor do interesse público primário (Promotor Hércules e Hermes)” em razão de erros de citação cometidos pelo autor.

Verifiquei, recentemente, erros de citação em relação à obra “O controle dos planos de estabilização monetária pelo Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008” da Dra Carolina Duran-Ferreira.

Não obstante a referida obra já seja citada na bibliografia e em notas de rodapé, constatei que, por engano, mandei para a Revista de Informação Legislativa uma versão não revisada, com omissão das devidas aspas e notas bibliográficas nas páginas 31 a 35 e 41 do trabalho publicado na Revista de Informação Legislativa, ano 47, n. 186.

Assim, reconheço que houve equívoco da minha parte nos trechos já referidos do trabalho. Isento, nesta oportunidade, qualquer erro de publicação da editoração e formatação da Revista de Informação Legislativa.

Peço desculpas pelo transtorno involuntário causado! Destaco que busquei contato com a autora por e-mail.

Destaco, também, dadas as peculiaridades do caso e ao conhecimento do erro, que deve ser disponibilizada a versão correta já enviada a essa revista.

Sem mais para o momento, subscrevo-me, colocando-me à disposição para qualquer esclarecimento que se fizer necessário.

Atenciosamente,

Paulo José Leite Farias

Teoria da competição regulatória

O caso da regulação ambiental

Fabio Costa Morosini

Sumário

Introdução. I. A economia da teoria da competição regulatória. II. Implicações legais da teoria da competição regulatória para o meio ambiente. A. Pensamento de primeira geração: a regulação ambiental estadual diminui o bem-estar social. B. Pensamento de segunda geração: a regulação ambiental estadual aumenta o bem-estar social. C. Pensamento de terceira geração: regulação ambiental multinivelada. Conclusão.

Introdução

A teoria da competição regulatória afirma que há ganhos de bem-estar significativos a serem obtidos a partir da permissão da proliferação de padrões diversos a serem adotados pelas diferentes autoridades governamentais. Este artigo revisa a mais relevante literatura sobre a teoria da competição regulatória tanto pela perspectiva econômica quanto pela jurídica. A primeira parte do artigo explica os elementos de fundação da citada teoria em termos econômicos. Uma escola de pensamento defende que competição interjurisdicional é uma força beneficente que, similarmente à sua função no mercado de bens privados, compele os agentes públicos a tomarem decisões eficientes. Por outro lado, outros argumentam que as condições sob as quais a competição interjurisdicional produz um equilíbrio considerado ótimo de Pareto são bastante limitadas.

Fabio Costa Morosini é Ph.D., LL.M. (University of Texas at Austin); LL.M. (menção honrosa) (Université de Paris 1/ Institute d'Études Politiques de Paris). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisador do CNPq.

A segunda parte deste artigo examina a teoria da competição regulatória no Direito, especialmente na regulação ambiental. Começa-se pela explicação do raciocínio por trás do pensamento de primeira geração sobre a regulação ambiental, que argumenta que a competição interjurisdicional diminui o bem-estar social. Em seguida, abordam-se os argumentos da segunda geração de pensamento sobre a regulação ambiental, a qual defende que a competição interjurisdicional produz a tomada de decisões ambientais eficientes e eleva o bem-estar social. Finalmente, a terceira geração de pensamento sobre a regulação ambiental emerge e quebra com as conclusões unidirecionais sobre o nível governamental adequado para políticas ambientais.

I. A economia da teoria da competição regulatória

Duas visões contrastantes acerca da competição interjurisdicional dividem a literatura sobre as finanças públicas locais Tiebout.¹ O original trabalho de Charles Tiebout (1956)² sustenta que a competição interjurisdicional é uma força beneficente que, similarmente à sua função no mercado de bens privados, compele os agentes públicos a tomarem decisões eficientes Oates & Schwab (1988). O modelo econômico de Tiebout (1956, p. 419) para gastos públicos supõe que os consumidores-eleitores sejam plenamente móveis e se moverão para a comunidade que melhor satisfizer seus padrões de preferência. Nesse modelo, as diferenças entre residentes em relação às preferências sobre qualidade ambiental não são levadas em consideração, porque a mi-

gração (“votar com os pés”) deve eliminar tais diferenças, dando origem a jurisdições definidas pelas preferências daqueles que as constituem em relação a padrões ambientais e outros bens públicos (WILSON, 1996). O modelo de Tiebout também supõe que os consumidores-eleitores sejam plenamente informados sobre os padrões de receitas e despesas, que consumidores-eleitores sejam livres para viver em uma variedade de comunidades, sem quaisquer restrições em razão de oportunidades de emprego, e se presume que todos vivam de uma renda de dividendos. Sob tal modelo, os serviços públicos fornecidos não demonstram economias ou deseconomias externas entre comunidades, e há um tamanho de comunidade ótimo para cada padrão de serviços comunitários, enquanto os residentes mais velhos da comunidade determinam os serviços comunitários, e o número de residentes para os quais os serviços podem ser fornecidos ao mais baixo custo médio define a otimização. Por fim, o modelo supõe que as comunidades abaixo do tamanho ótimo busquem atrair novos consumidores-eleitores para diminuir o custo médio do fornecimento de serviços.

Sob o modelo econômico de Tiebout, mobilidade perfeita é presumida, e ela é sujeita às preferências dos consumidores-eleitores, os quais vão mover-se de comunidades com tamanho maior do que o ótimo para comunidades com tamanho menor do que o ótimo. Seu modelo sugere que cada comunidade tenha um padrão de receita e despesa que reflita os desejos de seus residentes (Idem, p. 420). O modelo de Tiebout também presume que os governos locais não se adaptem às preferências dos consumidores-eleitores; pelo contrário, os governos locais que atraem o número ótimo de residentes são vistos como sendo adotados pelo sistema econômico (Ibidem). Finalmente, o modelo de Tiebout compara os preços no mercado privado com os impostos na comunidade.³

¹ Ver também Oates; Schwab, (1988) (defendendo que escolhas locais sob a regra da maioria simples serão socialmente ótimas para jurisdições homogêneas em trabalhadores e que distorções em decisões fiscais locais e em escolhas ambientais locais surgem em casos em que as jurisdições não são homogêneas).

² Ver também Bewley, (1981) (argumentando que as condições sob as quais a competição interjurisdicional produz um equilíbrio considerado ótimo de Pareto são bastante limitadas).

³ “Da mesma forma como um consumidor pode ser visualizado caminhando para um mercado privado para comprar seus bens, os preços dos quais são de-

Tiebout conclui que a competição interjurisdicional é desejável e que a chamada *race to the bottom*⁴ é excluída porque os governos locais têm considerável habilidade para utilizar os instrumentos tributários para efetivamente cobrar pagamentos eficientes em dinheiro das empresas (WILSON, 1996, p. 402).

William Fischel (1975) estendeu o modelo econômico de Tiebout para o debate da proteção ambiental *versus* alocação de empresas, concluindo que a competição interjurisdicional é desejável quando as externalidades forem internalizadas; isto é, quando os poluidores compensarem os residentes locais pelas perdas em qualidade ambiental.⁵

Um influente artigo de autoria de Wallace Oates e Robert Schwab (1988, p. 334) concluiu que a competição interjurisdicional pode ser uma fonte de distorção nas escolhas públicas. Uma parte dessa linha de argumentação sugere que os agentes públicos em competição por novas indústrias baixarão os impostos, e outras fontes de custos para os consumidores-eleitores, a tal ponto que os serviços públicos serão fornecidos em níveis subótimos (OATES, 1972, p. 142-143). Nesse cenário, Oates e Schwab concluem que uma *race to the bottom* provavelmente ocorrerá se o capital for tributado a uma taxa positiva, considerando que a taxa ótima é zero.⁶ Por outro lado, uma *race to the top*⁷

terminados, nós o colocamos na posição de caminhar para uma comunidade onde os preços (impostos) dos serviços comunitários são determinados." *Id.*, p. 422.

⁴ A expressão *race to the bottom*, sem equivalente em língua portuguesa, significa o fenômeno que ocorre quando a competição entre comunidades resulta no progressivo desmantelamento dos padrões de regulação existentes.

⁵ Desde que consumidores-eleitores sejam plenamente móveis e não sejam sensíveis às oportunidades de emprego.

⁶ "Governos enxergarão o capital como sendo sub-fornecido devido à distorção tributária, e eles possuirão incentivos para diminuir a qualidade ambiental para níveis ineficientemente baixos a fim de atrair recursos escassos" (OATES; SCHWAB, 1988, p. 408).

⁷ Ao contrário da *race to the bottom*, a *race to the top* refere-se ao fenômeno que ocorre quando a compe-

tição entre as jurisdições ocasiona fortalecimento das regulações existentes.

é esperada quando o capital é tributado a taxas ineficientemente baixas (WILSON, 1996, p. 394-395).
Esses autores fazem duas contribuições distintas em relação à competição econômica entre jurisdições. Primeiro, "para jurisdições homogêneas em trabalhadores, as escolhas locais sob a regra da maioria simples serão socialmente ótimas; tais jurisdições selecionam uma taxa de tributação zero sobre capital e estabelecem um padrão para qualidade ambiental local tal que a 'disposição para pagar' marginal equivale ao custo social marginal de um ambiente mais limpo" (OATES; SCHWAB, 1988, p. 333) Para esse grupo homogêneo, "competição entre jurisdições conduz, desse modo, a resultados eficientes" (*Idem*, p. 338-339).

Segundo, "nos casos em que as jurisdições não são homogêneas ou, onde, por variadas razões, estabelece-se uma taxa de tributação sobre capital positiva, distorções emergem não só nas decisões fiscais locais, mas também nas escolhas ambientais locais" (*Ibidem*, p. 339). Assim, a investigação de Oates e Schwab aponta para três diferentes fontes de distorções potenciais nas políticas locais. Se a jurisdição competindo por novas indústrias e empregos não possui acesso a instrumentos tributários eficientes, distorções ocorrerão nas decisões fiscais e ambientais. Outra distorção potencial afeta a incompatibilidade das decisões públicas com a vontade dos consumidores-eleitores, isto é, o problema da escolha pública. Por fim, a distorção nas políticas locais provavelmente ocorrerá quando houver conflitos de interesse em uma comunidade heterogênea.

Espera-se que ocorram distorções em decisões ambientais porque, na competição por novos negócios, os estados baixarão os seus padrões ambientais para reduzir os custos de potenciais interessados (OATES; SCHWAB, 1988, p. 334). Esse cenário permitiu que Cumberland (1979) concluísse que "o estabelecimento local de padrões

tição entre as jurisdições ocasiona fortalecimento das regulações existentes.

para a qualidade ambiental estaria sujeito à ‘destruidora competição inter-regional.’” Por consequência, um governo centralizado é necessário para evitar a degradação ambiental originada da regulação local ou estadual (CUMBERLAND, 1979).

Um estudo mais recente conduzido por John Douglas Wilson (1996) examina a literatura teórica sobre a *race to the bottom* em relação aos padrões ambientais. Construída sobre a premissa de que nenhuma corrida pode ocorrer se não houver restrições nos instrumentos tributários e economia livre de distorções e competitiva, ele conclui que as chances de uma *race to the bottom* ocorrer são, no máximo, incertas (WILSON, 1996, p. 394-396). De acordo com a leitura que Wilson faz da literatura sobre as economias públicas locais, *race to the bottom* “não é uma característica genérica do sistema de governos independentes. Modelos sobre tal *race* tendem a ser incompletos, porque eles justamente não conseguem justificar a ausência de meios mais diretos de atrair capital para uma jurisdição, notadamente subsídios diretos ou ao menos taxas reduzidas de tributos sobre capital. Outros modelos dão origem ao problema oposto, NIMBY,⁸ em que os padrões ambientais são ineficazmente restritivos” (Idem, p. 423-424).

A contribuição de Arik Levinson (1996, p. 430) para a questão das regulações ambientais e da alocação de indústrias conclui que, apesar de “evidências anedóticas de que as jurisdições políticas (nacionais ou subnacionais) aprovam leis ambientais com o fim de atrair (ou manter) indústrias, não há evidência de que a indústria responda às diferenças nessas regulações de maneira significativa”. Quanto à relação entre a regulação ambiental internacional e o deslocamento da indústria, Levinson (Idem, p. 435) conclui que a evidência de pesquisa não

sustenta a alegação de que padrões ambientais rigorosos gerem a fuga da indústria, tampouco sustenta que regulações ambientais lenientes criem paraísos de poluição. Tal conclusão é atribuível à sua descoberta de que há uma grande diferença entre o que as empresas dizem que fazem em uma pesquisa e aquilo que elas realmente fazem na prática. Além disso, estudos internacionais sobre regulação internacional e concorrência sofrem com a falta de informação sobre os custos relativos do cumprimento da legislação ambiental, e/ou eles se baseiam em dados agregados. Quanto à relação entre a regulação ambiental dos Estados Unidos e a fuga de indústrias, Levinson coloca que, assim como na experiência internacional relacionada, é difícil encontrar evidência direta de empresas realocando-se dentro do país ou de que a regulação ambiental afete o investimento em um nível estatística e economicamente relevante.⁹ Finalmente, ele oferece três possíveis explicações para a discrepância entre a retórica da fuga industrial causada por padrões ambientais lenientes e a falta de evidência econômica nesse sentido (LEVINSON, 1996, p. 452). Uma explicação é a de que a regulação ambiental de países em desenvolvimento promove investimentos estrangeiros diretos, em vez de barrá-los. Outra é a de que grandes indústrias poluidoras existem em mercados oligopólicos, em que as empresas não são sensíveis a forças concorrenciais como as diferenças em padrões ambientais. Levinson (1996, p. 453) argumenta ainda que:

“Políticos recebem apoio de muitas fontes, inclusive grupos industriais utilizando processos de produção poluidores. Uma maneira conveniente e verossímil de se justificar o tratamento favorável para tais indústrias é argumentar que as regulações

⁸ Sigla para “*Not In My Backyard*” (“não no meu quintal”), expressão do inglês que significa a pessoa que protesta contra o estabelecimento de algo em sua comunidade, mas que não protesta contra o seu estabelecimento em outra comunidade.

⁹ “A literatura como um todo apresenta, através de uma ampla gama de indústrias, períodos, e especificações econométricas, evidências bastante convincentes de que a legislação não tem importância para a escolha do local. (LEVINSON, 1996, p. 450)

ameaçam sua posição concorrencial e que essas indústrias podem ser forçadas a se realocarem”.

Alvin K. Klevorick (1996, p. 459) argumenta que, independentemente de ser a preocupação com a *race to the bottom* justificada ou não, a harmonização dos padrões ambientais não remediará os problemas atribuídos à competição interjurisdicional. Ele afirma que as preocupações por trás das críticas ao fenômeno da *race to the bottom* não estão associadas à competição interjurisdicional, mas à incapacidade de estados individuais de atingir certos padrões. Klevorick (Idem, p. 464-466) apresenta seis bases lógicas para se preferir a diversidade de padrões, como oposta à harmonização/uniformidade. Em primeiro lugar, a diversidade de padrões dá espaço para as vantagens competitivas. Em segundo, o equilíbrio pode ser alcançado de modo eficiente em um contexto de diversos níveis de infraestrutura legal e capital. Em terceiro, em um modelo de competição tributária, taxas de tributos uniformes geralmente não são necessárias para que os governos obtenham a maximização da receita conjunta. Em quarto lugar, a diversidade de padrões é associada à incerteza coletiva sobre o padrão correto e ao risco de se impor um único e possivelmente incorreto padrão a todas as jurisdições. Em quinto lugar, “impor um padrão uniforme diminui a riqueza daqueles países que têm a capacidade de – devido ou à tecnologia que eles possuem ou a suas preferências – lidar bem com um padrão mais baixo” (KLECORICK, 1996, p. 465). Em sexto lugar, impor uma uniformidade de padrões provoca o potencial problema de se desconsiderar o fato de que diferenças no estabelecimento dos padrões podem ser fundadas em diferenças nos valores das diferentes populações; isto é um problema filosófico-moral.

II. Implicações legais da teoria da competição regulatória para o meio ambiente

A competição regulatória gerou significativa quantidade de produção jurídica em

diferentes áreas do direito.¹⁰ Assim como no debate entre economistas, os juristas não alcançaram um consenso quanto aos efeitos da competição regulatória. Tratando-se de regulação ambiental, não há concordância entre aqueles que sustentam que a regulação centralizada evitará a degradação ambiental¹¹, e aqueles que declaram que o argumento da *race to the bottom*¹² não encontra fundamentos em modelos existentes de competição interjurisdicional.¹³

A. Pensamento de primeira geração:¹⁴ a regulação ambiental estadual diminui o bem-estar social

O Professor Richard Stewart resume o argumento em favor de políticas ambientais centralizadas em quatro bases lógicas (STEWART, 1977a, p. 1211): a tragédia dos comuns e economias nacionais de escala,¹⁵ disparidades na representação efetiva,

¹⁰ Para discussões vigorosas sobre a competição regulatória na lei, ver Watt (2005); Bratton et al. (1996); Bermann ; Herdegen; Lindseth (2000); Esty; Geradin (2001); Bermann (1996); Symposium (2000); Romano (2001); Tung (2002); Guzman (1988, 2001, 2002a, 2002b); Chamy (1991); Trachtman (2003); Raustiala (2000) e Geradin (2002)

¹¹ O conhecimento mais representativo desse argumento foi desenvolvido pelo Professor Richard B. Stewart (1977a, 1977b).

¹² Race-to-the-bottom “é uma corrida que se afasta dos níveis desejados de qualidade ambiental os quais os estados perseguiriam se eles não enfrentassem competição por indústrias levando progressivamente a níveis indesejados de qualidade ambiental, que eles escolhem por conta dessa competição.” Revesz, (1992, p. 1210) [a partir daqui denominado Rehabilitating Interstate Competition].

¹³ Professor Richard L. Revesz é o melhor representante dessa linha de argumentação. (argumentando que a “competição entre estados por indústrias não deveria criar expectativas de uma corrida a qual diminui o bem-estar social; de fato, como em outras áreas, pode-se esperar de tal competição que produza uma alocação eficiente de atividade industrial entre estados.”) (REVESZ, 1992, p. 1210-1212).

¹⁴ O termo foi cunhado por Daniel Esty (1996).

¹⁵ Economias de escala são definidas como “uma situação na qual uma firma pode aumentar sua produtividade mais que proporcionalmente ao seu custo total de produção.” (BROWNING; ZUPAN, 2001).

externalidades, e ideais morais e a política de sacrifício.

A lógica da tragédia dos comuns surge em uma estrutura interjurisdicional de competição em que as decisões públicas, adotadas por burocratas em interesse próprio, deixam todos os burocratas em uma situação pior que aquela em que estariam, caso houvessem adotado políticas formuladas coletivamente (Idem, 1977a). Além de qualidade ambiental, eleitores também valorizam empregos e crescimento econômico (Ibidem). Normas rígidas de uma comunidade contra leis frouxas de outras pode levar negócios e empregos daquela comunidade em favor destas. Em nome de quantidade de empregos e crescimento econômico, comunidades com padrões ambientais altos podem decidir pela diminuição em suas demandas de qualidade ambiental, em uma tentativa de atrair ou manter indústrias, as quais levam à criação de empregos e, conseqüentemente, a um aumento salarial e tributário (REVESZ, 1992, p. 1215). Movimentações semelhantes em comunidades vizinhas levarão a um movimento de *race to the bottom* na regulação ambiental, em nome de empregos e de desenvolvimento econômico (STEWART, 1977a, p. 1212). Stewart coloca que o argumento *race to the bottom* seria corrigido pela imposição de normas ambientais rígidas em todo o país (Idem). Ademais, os benefícios das economias de escala justificariam as políticas ambientais centralizadas para a coleta e análise de dados, e outros assuntos técnicos (Idem).

O segundo ponto listado por Stewart para a preferência por políticas ambientais em nível nacional relaciona-se com as queixas de disparidade quanto à representação efetiva entre grupos ambientalistas *vis-à-vis* indústrias e sindicatos (Ibidem, p. 1213). O argumento central de Stewart é de que grupos ambientalistas têm um impacto maior nas decisões políticas tomadas em nível nacional, vez que grupos ambientalistas são fracamente representados localmente, e os

custos de transações para ações conjuntas são exacerbados por complexidades técnicas de questões ambientais (STEWART, 1977a, p. 1213). Essas desvantagens comparativas serão, no entanto, geralmente reduzidas se as decisões forem tomadas em um nível nacional, vez que os custos agregados serão reduzidos e massa crítica será adquirida. Além disso, políticas ambientais centralizadas proporcionam economias de escala em levantamento de fundos e maior apoio político dos burocratas de Washington (Idem, p. 1213-1214).

Externalidades interestaduais aparecem como o terceiro ponto para políticas ambientais centralizadas (Ibidem, p. 1215). Stewart coloca que externalidades físicas, psíquicas ou econômicas estão associadas com o modelo regulatório baseado na tomada de decisões em nível estadual ou local. Desde que os métodos disponíveis aos estados envolvidos na correção dessas distorções provarem-se ineficazes diante da regulação estadual, a intervenção federal aparece como a melhor forma de eliminação dos mais problemáticos tipos de externalidades (STEWART, 1977a, p. 1216).

O quarto ponto em favor da centralização de políticas ambientais está relacionado com os ideais morais e a política de sacrifício (Idem, p. 1217), a qual, nas palavras de Stewart, “reflete o sacrifício de satisfação-preferência a fim de preencher os deveres para outros, ou para transformar estruturas preferenciais existentes na direção de uma dependência diminuída sobre o consumo de bens materiais e maior harmonia com o ambiente natural” (Ibidem, p. 1217). Em outras palavras, o sacrifício de Stewart é traduzido pela renúncia ao máximo crescimento econômico em prol da preservação e promoção de objetivos não-econômicos, como a vida e a saúde de plantas e animais para as gerações futuras. Esses objetivos, no entanto, não podem ser alcançados por meio de um modelo de regulação estadual. Estados considerarão mais difícil passar por sacrifícios se jurisdições competidoras não o

fizerem (STEWART, 1977a, p. 1217). Além disso, sacrifícios tomados em resposta a uma medida nacional diluirão os custos em despesas locais (Idem, p. 1218). Somando-se a isso, a reação pública contra medidas tomadas conforme objetivos ambientais terá menos impacto nos burocratas de Washington que em nível local/estadual, dificultando que estados abandonem essas medidas (Ibidem). Finalmente, em face das preocupações de escolha do público, é pressuposto que grupos buscando por um maior nível de proteção ambiental são mais efetivos em nível federal que em nível estadual/local, o que leva à conclusão de que a regulação federal é discutivelmente mais protetiva ao meio ambiente (REVESZ, 1992).

Mas se os argumentos em favor de normas ambientais decididas em âmbito nacional levantados por Stewart parecem convincentes, deve-se ressaltar que eles não estão livres de críticas, prontamente oferecidas pelo próprio Stewart (1977a) e outros juristas influentes.

*B. Pensamento de segunda geração:¹⁶
a regulação ambiental estadual
aumenta o bem-estar social*

Stewart identifica várias fontes potenciais de resistência a políticas ambientais nacionais: deseconomias de escala,¹⁷ comprometimento da autonomia, e ideais nacionais, tal qual “Pirâmides/políticas de Sacrifício.” Esty (1996, p. 605) aponta argumentos relacionados aos benefícios da diversidade, da escolha do público, e das externalidades relativas à poluição transfronteiriça. Finalmente, Revesz (1992, p. 1244) desafia os medos relativos ao *race-to-the-bottom*, e argumenta que a competição interjurisdicional produz políticas ambientais eficientes e aumenta o bem-estar social.

¹⁶ Ver Esty (1996, p. 605).

¹⁷ Deseconomias de escala são definidas como “uma situação em que a produtividade da firma cresce menos que proporcionalmente ao seu custo total de produção.” (BROWNING; ZUPAN, 2001, p. 208).

O argumento das deseconomias de escala surge quando os custos para o governo estadual relativos à implementação e observância com uma política ambiental particular é mais alta que os benefícios percebidos pelos governantes. É típico que uma autoridade federal regulatória implemente normas uniformes entre os estados federais. Desenvolvendo uma política ambiental uniforme projetada para corrigir externalidades interestaduais, não é surpreendente que alguns estados terminarão por suportar mais custos que benefícios associados com tal política. Mesmo se os ganhos totais de uma política compensarem seu custo total, alguns estados não estarão motivados para observar a política a qual implica mais encargos a benefícios (STEWART, 1977a, p. 1220).

Enquanto reconhece que os interesses ambientais são mais suscetíveis a ter um maior impacto de políticas, se sua competência for alterada dos estados para o governo federal, Stewart reconhece que isso somente é possível a custo de comprometimento da autonomia estadual (Idem). Problemas surgem quando decisões sobre qualidade ambiental possuem impactos notáveis em outros setores da economia, os quais afetam os interesses dos cidadãos diretamente (Ibidem). Ademais, medidas ambientais federais diminuem consideravelmente a participação local (STEWART, 1977a, p. 1220).

As “Pirâmides/políticas de Sacrifício” idealizadas por Stewart são passíveis de encontrar deficiências, as quais podem comprometer o cumprimento das medidas ambientais nacionais (Idem, p. 1221). Para alguns, os sacrifícios passados em nome de uma política ambiental nacional podem ser excessivos como quando os pobres depararem-se com aumentos de contas por serviços públicos (Ibidem). Nas palavras de Stewart (1977a, p. 1220), “(r)esistência e ressentimento podem ser adensados pelo fato de que muitos programas ambientais distribuem seus custos de controle em

um padrão regressivo, enquanto fornecem benefícios desproporcionais para os instruídos e ricos, aqueles que melhor podem permitir-se a satisfação de um gosto adquirido por qualidade ambiental que os pobres, que possuem mais necessidades prementes e menos recursos com os quais satisfazê-las". Ainda mais problemática, talvez, é a presunção falha de Stewart de que é moral que o governo federal force pessoas a pagar por bens que elas não querem (BUTLER; MACEY, 1996).

Daniel Esty resume (1996, p. 606-607) argumentos adicionais em favor de políticas ambientais descentralizadas: benefícios quanto à diversidade, escolha pública e externalidades de poluição transfronteiriça. Primeira e principalmente, políticas regulatórias descentralizadas encorajam a diversidade na regulação ambiental, o que tem duas vantagens principais: da perspectiva econômica, a diversidade de condições ambientais contextuais, níveis de emissão, preferências de riscos, clima, prioridades políticas, níveis de renda e tempo, acompanhados por uma regulação sensível a essas diferenças, aumenta o bem-estar social. De uma perspectiva legal e política, a diversidade regulatória entre estados ou localidades encoraja a inovação de políticas, vez que cada estado ou localidade é um "laboratório" diferente para políticas públicas (ESTY, 1996, p. 606-607).

Além disso, Esty ressalta que teóricos que alegam que a regulação ambiental descentralizada aumenta o bem-estar geralmente fundamentam sua alegação na teoria de escolha pública ou grupo de interesse¹⁸:

"Na versão dos economistas da teoria dos grupos de interesse de governo, a legislação é fornecida para grupos ou coalizões os quais ultrapassam aqueles rivais que buscam uma legis-

lação favorável. O preço que o grupo vencedor oferece é determinado tanto pelo valor da proteção legislativa dos membros do grupo como pela habilidade do grupo em superar os problemas dos caronas que afligem as coalizões. Pagamentos tomam a forma de contribuições para campanhas, votos, promessas implícitas de favores futuros, e às vezes subornos abertos. Em suma, legislação é 'vendida' pela legislatura e 'comprada' pelos beneficiários da legislação" (POSNER, 1974, p. 15).

Teóricos argumentam que decisões tomadas em mais altos e remotos níveis de regulação tendem a ser menos representativas da vontade da população que políticas feitas localmente (ESTY, 1996, p. 609-610). Em adição a isso, é argumentado que esforços *rent-seeking*¹⁹ são maiores em nível de regulação federal que em estadual (Idem). Em outras palavras, em vez de a regulação federal corrigir distorções em disparidades de poderes políticos de representação entre grupos ambientalistas e os interesses da indústria, o que acontece é exatamente o contrário, isso só ajuda a aumentar esse problema.

Esty (1996, p. 612) também sublinha que a relação entre as externalidades provenientes de poluição interestadual e a regulação federal toma duas vertentes diversas na linha teórica da segunda geração. De um lado, uma linha de pensamento reconhece a existência de externalidades interjurisdicionais, mas procede com prescrições de políticas que não endereçam essas externalidades. Por outro lado, teóricos dispõem que as externalidades advindas da poluição interestadual não deveriam requerer atenção governamental, porque "(a) pesar de que externalidades ou outras

¹⁸ Confio na definição de Dennis Mueller (1989) e Farber e Frickey (1991) de escolha do público como "o estudo econômico das decisões não referentes a mercados, ou simplesmente a aplicação da economia à ciência política.

¹⁹ "*Rent-seeking* refere-se à tentativa de se obter rendas (i.e., pagamentos pelo uso de um bem econômico em excesso ao preço de Mercado) por meio de intervenções governamentais no mercado." (MACEY, 1986).

falhas possam surgir, (...) a capacidade do governo para regular efetivamente é tão limitada que as perdas de bem-estar são minimizadas quando se permite que forças sem regulação operem” (a Falácia do Nirvana) (ESTY, 1996, p. 612-613)²⁰.

Em um influente artigo, o qual melhor representa a linha teórica da segunda geração, Professor Richard Revesz (1992, p. 1211-1212) desafia a compreensão estabelecida de que a competição interjurisdicional levará estados ao problema da *race to the bottom* quanto a normas ambientais em uma tentativa para atrair e manter o setor industrial²¹. Revesz (Idem) alega que esses argumentos *race-to-the-bottom* não encontram fundamentos nos modelos existentes de competição interjurisdicional, e que, pelo contrário, a competição estadual pelas indústrias pode, realmente, produzir uma alocação eficiente da atividade industrial. Por meio da comparação entre atividade industrial e mercados para bens tradicionais, Revesz (Ibidem, p. 1234) não encontra bases para a alegação de que o último resultará numa competição a qual diminuirá o bem-estar. Finalmente, Revesz (1996, p. 1234) argumenta que a regulação federal a qual objetiva a correção do *race-to-the-bottom* quanto a normas ambientais é passível de criar distorções em outros lugares, por meio do afrouxamento de controles regulatórios em outras áreas. Em outras palavras, mesmo se a argumentação de que a regulação estadual favorece o *race-to-the-bottom* nas normas ambientais mantenha-se verdadeira, a regulação federal terá efeitos negativos

²⁰ Deve-se ressaltar, no entanto, que o argumento da Falácia do Nirvana não é uma queixa contra a regulação governamental federal, mas uma reclamação contra a regulação governamental como um todo, fundamentada na assunção de que os governos são mal equipados para projetar e implementar políticas regulatórias que respondam às falhas de mercado em uma maneira que aumente o bem-estar social.

²¹ See generally Revesz (1997a; 1997b). See also Revesz, 1996 (criticando a maneira como os estatutos federais ambientais lidaram com o problema de externalidades interestaduais). No entanto, ver Engle (1997); Samoff (1997); Swire (1996).

sobre outras questões regulatórias (como a segurança do trabalhador e as leis de salário mínimo) (ESTY, 1996) ou interesses fiscais (REVESZ, 1992, p. 1245). Talvez ainda mais problemático para o sistema federal sejam os resultados de Revesz mostrando que a lógica por trás da regulação ambiental é um ataque direto ao federalismo (Idem).

C. *Pensamento de terceira geração:*²² *regulação ambiental multinivelada*

Mais recentemente, o professor Daniel Esty (1996, p. 570) tem desafiado a presunção de que uma abordagem descentralizada da política ambiental gera mais bem-estar do que esforços regulatórios centralizados.²³ No entanto, a sua contribuição não pretende ser uma nova defesa da política ambiental decidida em nível federal; ela se destina a ser uma “ruptura com as conclusões unidirecionais sobre o nível governamental apropriado para a criação de políticas ambientais” (ESTY, 1996, p. 571).

O estudo de Esty (1996, p. 613) aborda três questões fundamentais relativas à política ambiental descentralizada: que nível governamental melhor resolve as questões técnicas (o argumento técnico), se uma abordagem regulatória mais descentralizada melhora ou agrava os impedimentos estruturais de se obter as políticas ambientais de menor custo social (a questão estrutural), e se os problemas de escolha pública associados com políticas ambientais seriam reduzidos ou agravados pela descentralização. A análise da questão de que abordagem regulatória melhor lidaria com problemas ambientais técnicos não corrobora a alegação supostamente pacificada de regulação descentralizada da segunda geração. A fim de abordar essa questão, Esty (Idem, p. 614-623) divide a análise em quatro momentos: identificação do problema, coleta e

²² Ver, de forma geral, Esty (1996).

²³ Defendendo uma estrutura multinivelada para o enfrentamento da complexidade e diversidade dos problemas ambientais.

análise de dados, formulação de políticas, e implementação, execução e avaliação de políticas. De acordo com Esty (1996, p. 614), a identificação de riscos e danos ao meio ambiente pode-se beneficiar tanto da regulação centralizada quanto da descentralizada, de acordo com o problema em questão. Alguns problemas são peculiares a determinadas localidades, o que pode não justificar economicamente a presença de observadores por todo o país. No entanto, outros problemas ambientais podem-se beneficiar com administração em nível nacional, como é o caso da identificação de compostos de cloro (CFCs), que empobrecem a camada de ozônio (ESTY, 1996, p. 614). Além disso, economias de escala podem justificar a coleta e análise de dados em nível federal.²⁴ Por exemplo, jurisdições descentralizadas provavelmente conduzirão os mesmos estudos várias vezes e gastarão tempo para concordar em uma divisão eficiente do trabalho técnico (Idem, p. 614-615). Jurisdições pobres podem não ter a capacidade para realizar coleta de dados e análises de maneira confiável. Esty (1996, p. 619) sugere também que políticas ambientais concebidas em nível nacional, implementadas localmente e de acordo com padrões não uniformes são a melhor alternativa para abordar tanto as *races to the bottom* ou *top*, as quais reduzem bem-estar, quanto os riscos de falhas estruturais originadas de externalidades interestaduais. Finalmente, como uma regra geral, Esty (Idem, p. 623-624) afirma que a implementação e cumprimento das medidas ambientais são mais bem realizados em um nível descentralizado de regulação, enquanto se percebe que a avaliação de polí-

²⁴ No entanto, não é possível esquecer que os benefícios da diversidade (argumento dos estados como laboratórios) podem aplacar o poder do argumento em favor de coleta e análise centralizadas. Esse é possivelmente o caso quando estados são capazes de identificar ferramentas de política mais eficientes, quando a competição gerada entre jurisdições aumenta o bem-estar, e quando o problema ambiental particular é geograficamente heterogêneo (ESTY, 1996, p. 614-617).

ticas se beneficia da regulação centralizada. Esty também aborda a questão de se uma abordagem regulatória mais descentralizada melhora ou agrava os impedimentos estruturais para alcançar as políticas ambientais com menor custo social (a questão estrutural). Esty (Ibidem, p. 647) conclui que os problemas estruturais são mais bem tratados com um sistema regulatório híbrido. Assim, “os problemas que são essencialmente de âmbito local (limpezas de locais de despejo de resíduos, qualidade da água potável, e os gastos com *playgrounds*, por exemplo) devem ser regulados a nível local. Os problemas que surgem na escala regional (controle da poluição em um sistema fluvial ou em uma bacia atmosférica, por exemplo) devem ser geridos com base no ecossistema, atravessando estados ou mesmo países, quando necessário” (ESTY, 1996, p. 648). A questão estrutural foi analisada sob três perspectivas diferentes: as externalidades físicas (Idem, p. 625-627); externalidades econômicas (Ibidem, p. 627-638) e externalidades psíquicas, internalidades, e a escolha pública (ESTY, 1996, p. 638-648).

A descentralização da regulação ambiental é baseada na suposição de que as externalidades físicas não são dignas de atenção (Idem, p. 625). No entanto, evidências científicas têm apontado para a direção contrária, mostrando diversas situações nas quais a poluição transborda e as políticas ambientais descentralizadas fazem muito pouco para corrigi-las.²⁵ A questão imediata não se volta para se a regulação centralizada é necessária, mas para que tipo de centralização é necessária.

As externalidades econômicas referidas por Esty (1996, p. 628) referem-se ao problema da *race to the bottom* na regulação ambiental, que é o medo de que os estados/países, na competição por empresas, venham a baixar os seus padrões ambientais para níveis subótimos na tentativa de atrair

²⁵ Este é o caso dos derramamentos de DDT, SO₂ e chuva ácida, metais pesados, e tóxicos bioacumuláveis (ESTY, 1996, p. 625).

ou reter empresas. Teóricos de segunda geração consideram que o medo de uma *race to the bottom* na regulação ambiental é injustificada do ponto de vista do bem-estar social. Esty (Idem, p. 634), por outro lado, conclui que “o âmbito para falhas no mercado para os direitos de localização determinados por políticas ambientais são significativos o suficiente para que seja insustentável uma presunção de que a competição regulatória nesta área maximizará o bem-estar”. Ele afirma que “regulação ambiental opera em um terreno onde comparações quantitativas de bem-estar são difíceis” (ESTY, 1996, p. 631-632) e sustenta que “os políticos não fazem escolhas políticas ambientais, equiparando os custos e benefícios marginais de redução de padrões para ganhar uma fábrica ou para evitar a perda de uma” (Idem, p. 632). Esty (1996, p. 633) também sustenta que “órgãos governamentais são instrumentos relativamente fracos de disciplina do mercado.” No que diz respeito à escolha pública, Esty (1996, p. 647) observa que “a presunção a favor da regulação ambiental descentralizada não pode ser justificada porque antecipa a questão crítica da comunidade política relevante *vis-à-vis* o problema ambiental em questão”. O senso de comunidade na regulação ambiental não necessariamente se encaixa na subdivisão política (estado/país) mais estreitamente ligada a uma determinada política ambiental. Não é necessário dizer que os danos ambientais que ocorrem na Amazônia, por exemplo, são de preocupação de todos, e não apenas preocupação dos brasileiros. No entanto, existem casos em que nenhum dano é infligido a uma determinada comunidade, mesmo que ela diga ter um interesse legítimo no ambiente de outro país (US PANEL REPORT, 1991, p. 527). Esty (1996, p. 643) conclui que “o atual clima involutivo ignora essa interdependência complexa [,] colocando em risco alguns dos importantes benefícios que resultam de ter uma identidade política mais ampla.”

A última questão abordada por Esty é se os problemas de escolha pública associados

com políticas ambientais seriam reduzidos ou agravados pela descentralização. Com respeito a isso, Esty (Idem, p. 650) não encontra motivos legítimos para se suspeitar de que os problemas de escolha pública seriam acentuados pela regulação ambiental, em nível central, e ele observa que o contrário poderia ser concluído, contanto que a mídia dedique muito mais atenção a atividades de nível federal.

Conclusão

Este artigo demonstra que existe um padrão similar de interpretação relativo à regulação ambiental e seus efeitos sobre o ambiente tanto entre economistas quanto juristas. Esse consenso está dividido em duas principais escolas de pensamento. Uma escola de pensamento conclui que a competição interjurisdicional obriga agentes públicos a tomar decisões eficientes, que aumentam o bem-estar. Outra escola de pensamento sustenta que a diversidade de normas ambientais não maximiza o bem-estar e causará *races to the bottom* na regulação ambiental. Sob essa abordagem, a harmonização da regulação ambiental remedia os problemas imputáveis à concorrência interjurisdicional. Uma terceira subteoria, liderada pelo professor Esty, aparece na doutrina jurídica ao afirmar que não existe tal coisa como uma abordagem regulatória universal na formulação de políticas ambientais e conclui que questões técnicas e estruturais ditarão a abordagem governamental apropriada. De acordo com essa subteoria, é frequente o caso de que uma combinação de competição interjurisdicional e harmonização cria a estrutura de tomada de decisões ambientais mais eficiente.

Referências

ABRAMOWICZ, Michael. (2003). Speeding up the crawl to the top. *YALE JOURNAL ON REGULATION*, 20 (139), 158-159.

- BERMANN, George A. (1996). Regulatory Federalism: a reprise and introduction, *Columbia journal of European law*, 2 (395).
- BERMANN, George A.; HERDEGEN, Matthias; LINDSETH, Peter L. (Eds.). (2000). *Transatlantic regulatory cooperation: legal problems and political prospects*. Oxford: Oxford University Press.
- BEWLEY, Truman F. (1981). A Critique of Tiebout's theory of local public expenditures, *Econometrica*, 49 (3), 713-740.
- BHAGWATI, Jagdish N.; HUDEC, Robert E. (Eds.). (1996). *Fair trade and harmonization: prerequisites for free trade?* Cambridge: The MIT Press.
- BRATTON, William et al. (Eds.). (1996). *International regulatory competition and coordination: perspectives on economic regulations in Europe and the United States*. Oxford: Clarendon.
- BROWNING, Edgar K.; ZUPAN, Mark A. (2001). *Microeconomics: theory & application*. 7th ed. New York: John Wiley and sons.
- BUTLER, Henry N.; MACEY, Jonathan R. (1996). Externalities and the matching principle: the case for reallocating environmental regulatory authority, symposium, constructing a new federalism, *Yale journal on reg. & yale law & policy review*, 14 (23).
- CHAMY, David. (1991). Competition Among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: American Perspective on the "Race to the Bottom" in European Communities, *Harvard international Law Journal* 32 (423).
- CUMBERLAND, John H. (1981). Efficiency and equity in interregional environmental management, *Review of regional studies*, (10) 2, 1-9.
- ENGLE, Kirsten H. (1997). State Environmental standard-setting: is there a "race" and is it "to the bottom"? *Hastings Law Journal*, 48 (2), 271-398.
- ESTY, Daniel C. (1996). Revitalizing environmental federalism. *Michigan Law Review*, 95 (3), 570- 653.
- ESTY, Daniel C.; GERADIN, Damien (Eds.). (2001). *Regulatory competition and economic integration: comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press.
- FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. (1991). *Law and Public Choice: a critical introduction*. Chicago: The University of Chicago Press.
- FEREJOHN, John; WEINGAST, Barry R. (Eds.). (1997). *The new Federalism: can the states be trusted?* Stanford: Hoover Institution Press.
- FISCHEL, William A. (1975). Fiscal and environmental considerations in the location of firms in suburban communities. In: *Fiscal zoning and land use controls*. 119-173. MILLS, Edwin S.; OATES, Wallace E. (Eds.). Lexington Books, Lexington, MA.
- GERALDIN, Damien. (2002). Competition between rules and rules of competition: a legal and economic analysis of the proposed modernization of the enforcement of EC competition law. *Columbia Journal of European Law*, 9 (1).
- GUZMAN, Andrew T. (2002a). WTO dispute resolution in health and safety cases. *UC Berkeley Public Law Research Paper*, n. 989371. Available at: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=989371>.
- GUZMAN, Andrew T. (1998). Is international anti-trust possible? *New York University Law Review*, 73, 1501-1548.
- GUZMAN, Andrew T. (2002b). Introduction - International regulatory harmonization, *Chicago Journal of International Law*, 3 (271).
- GUZMAN, Andrew T. (2001). Antitrust and international regulatory Federalism, *New York University Law Review*, 76 (4), 1142-1163.
- GUZMAN, Andrew T. (2002c). Public Choice and International Regulatory Competition. *Georgetown Law Journal*, 90 (4), 971-984.
- KLEVORICK, Alvin K. (1996). Reflections on the race to the bottom. In: BHAGWATI, Jagdish N.; HUDEC, Robert E. (Eds.). *Fair trade and harmonization: prerequisites for free trade?* *Economic Analysis*, 1, 459-468.
- LEVINSON, Arik. (1996). Environmental regulations and industry location: international and domestic evidence. In: *Fair trade and harmonization: prerequisites for free trade?* *Journal of public economics*, 61 (1), 430-457.
- MACEY, Jonathan R. (1986). Promoting public-regarding legislation through statutory interpretation: an interest group model. *Columbia Law Review*, 86 (2), 223-268.
- MILLS, Edwin S.; OATES, Wallace E. (Eds.). (1975). *Fiscal zoning and land use controls*. Lexington: Lexington Books.
- MOROSINI, Fabio. (2005). Repensando estratégias de regulação ambiental: lições a partir da experiência da União Européia e do NAFTA, *Revista de Direito Ambiental*, 38 (66), 66-98.
- MUELLER, Dennis C. (1989). *Public Choice*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- OATES, Wallace E. (1972). *Fiscal Federalism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich.
- OATES, Wallace E.; SCHWAB Robert M. (1988). Economic Competition among Jurisdictions: Efficiency Enhancing or Distortion Inducing? *Journal of Public Economics*, 35 (3), 333-354.

- POSNER, Richard Posner. *Theories of Economic Regulation*, 5 BELL. J. ECON. & MGMT. SCI. 335 (1974).
- RAUSTIALA, Kal. (2000). Compliance & effectiveness in international regulatory cooperation. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 32 (3), 387-440.
- REVESZ, Richard L. (1997). The race to the bottom and federal environmental regulation: a response to critics. *Minnesota Law Review*, 82 (2), 535-564.
- REVESZ, Richard L. (1997). Federalism and environmental regulation: lessons for the european union and the international community. *Virginia Law Review*, 83 (10), 1331-1339.
- REVESZ, Richard L. (1996). Federalism and interstate environmental externalities. *University of Pennsylvania Law Review*, 144, 2341-2346.
- REVESZ, Richard L. (1992). Rehabilitating interstate competition: rethinking the "race-to-the-bottom" rationale for federal environmental regulation. *New York University Law Review*, 67 (6), 1210-1254.
- ROMANO, Roberta. (2001). The need for competition in international securities regulation. *Theoretical Inquiries Law*, 2, 387-562.
- SARNOFF, Joshua D. (1997). The Continuing imperative (but only from a National perspective) for Federal environmental protection. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, 7, 225-251.
- SIEBERT, H.; ZIMMERMAN, K. (Eds.). (1979). *Regional environmental policy: the economic issues*. New York, Pergamon Press.
- STEWART, Richard B. (1977a). Pyramids of sacrifice? Problems of Federalism in mandating state implementation of national environmental policy. *Yale Law Journal*, 86 (6), 1196-1272.
- STEWART, Richard B. (1977b). The development of administrative and quasi-constitutional law in judicial review of environmental decision-making: lessons from the clean air act. *Iowa Law Review*, 62, 713-769.
- STIGLITZ, Joseph E. (2006). *Making globalization work*. London: Penguin Books.
- SWIRE, Peter P. (1996). The race to laxity and the race to undesirability: explaining failures in competition among jurisdiction in environmental law. *Yale Journal on Regulation*, 14 (2), 67-110
- SYMPOSIUM. (1996). Constructing a new Federalism. *Yale Journal on Regulation & Yale Law & Policy Review*, 41 (1).
- SYMPOSIUM. (2000). Regulatory Competition in Focus. *Journal of Public Economic Law*, 3, 215
- US PANEL REPORT. Restrictions on imports of tuna, Aug. 16, 1991, GATT B.I.S.D. (39th Supp.) em 155, P 5.27 (Relatório do painel não adotado), reprinted in 30 I.L.M. 1594 (1991).
- TIEBOUT, Charles M. (1956). A pure theory of local expenditures. *The journal of political economy*, 64 (5), 416-424.
- TRACHTMAN, Joel P. (1993). International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction. *Harvard International Law Journal*, 34, 47-104.
- TUNG, Frederick. (2002). Passports, private choice, and private interests: regulatory competition and cooperation in corporate, securities, and bankruptcy law. *Chicago Journal of International Law*, 3, 369-386.
- WATT, Horatia M. (2005). Aspects économiques du droit international privé. In: *Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law*.
- WILSON, John Douglas. (1996). Capital mobility and environmental standards: is there a theoretical basis for a race to the bottom? In: BHAGWATI, Jagdish N.; HUDEC, Robert E. (Eds.). *Fair trade and harmonization: prerequisites for free trade?* Cambridge, MA: MIT Press.

Aplicação efetiva das normas de proteção da propriedade intelectual no sistema multilateral do comércio

Perfis da relação intrusiva entre o Acordo TRIPS/OMC e os direitos domésticos

Fabrizio Bertini Pasquot Polido

Sumário

1. Notas introdutórias. 2. Justificativa da adoção das normas de observância dos direitos de propriedade intelectual no Acordo TRIPS. 3. Princípios gerais sobre a observância da proteção dos direitos de propriedade intelectual. 4. Jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e obrigações relativas à observância dos direitos de PI no TRIPS. 5. Dificuldade e crítica sobre a implementação das obrigações relativas à observância dos direitos de propriedade intelectual no Acordo TRIPS. 6. Conclusões.

1. Notas introdutórias

Entre as inovações mais importantes trazidas pelo Acordo TRIPS/OMC¹ ao sistema internacional da propriedade intelectual está a criação de normas relativas à *observância ou aplicação dos direitos de propriedade intelectual*.² Além de obrigações substan-

Fabrizio Bertini Pasquot Polido é Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Realizou estudos de Graduação em Direito na Universidade de São Paulo e Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Alemanha; 'Master of Laws' (L.L.M.) pela Università degli Studi di Torino e Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado e Membro do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento (IDCID). Advogado e Consultor em São Paulo.

¹ *Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*, integrante do Anexo IC do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, de 15 de abril de 1994. No ordenamento brasileiro, cf. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que incorpora os resultados da Ata Final da Rodada Uruguaí do GATT.

² Por uma questão de uniformidade terminológica, adotada no presente trabalho, empregaremos as expressões "aplicação" e "observância" das normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual como sinônimas, considerando a dificuldade de determinação de um sentido idiomático adequado para o português (item 2.2.2.).

tivas, estabelecidas fundamentalmente em sua Parte II, que busca consolidar os padrões mínimos de proteção das diversas categorias normativas da propriedade intelectual nos ordenamentos dos Membros da OMC, o TRIPS prevê obrigações de caráter procedimental relativas às medidas de *observância* ou *aplicação* das normas de proteção da propriedade intelectual.³

Em realidade, o TRIPS é o primeiro tratado – entre aqueles dedicados aos vários domínios do Direito Internacional da Propriedade Intelectual – que contém uma parte específica para a disciplina procedimental da proteção dos direitos de propriedade intelectual. O detalhe e a técnica dessa área normativa sugerem muito mais a realidade de intensa mutação pela qual hoje se desenvolvem os instrumentos de proteção internacional dos direitos de propriedade intelectual na era Pós-OMC, que também estão relacionados a uma ampla flexibilidade na implementação das obrigações pelos legisladores nacionais.⁴

A Parte III do Acordo TRIPS reúne um conjunto de normas cujo escopo de política internacional reside na ideia de complementaridade entre a titularidade e exercício dos direitos de propriedade intelectual e medidas eficazes de observância. Como resultado, a proteção efetiva e real dos direitos somente seria alcançada e assegurada por seu titular se a ele fossem oferecidos os instrumentos de proteção, envolvendo esferas administrativas e judiciais nos ordenamentos jurídicos domésticos (CORREA, 1998, p. 191 et seq.). A Parte III do Acordo especifica justamente as obrigações multilaterais a serem observadas pelos Membros da OMC na “observância” (ou “aplicação”) de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, estabelecendo

³ Cf. Parte III do Acordo TRIPS, intitulada “Aplicação de Normas de Proteção dos Direitos de Propriedade Intelectual” na versão em português anexa ao Decreto nº 1.355/94.

⁴ Sobre o tema, cf. Reichman (1997, p. 335 et seq.); Correa (1998, p. 191 et seq.); Basso (2000, p. 252 et seq.); Gervais (2003, p. 287 et seq.).

mecanismos e instrumentos que visam assegurar a concretização da proteção dos direitos de PI, em larga medida, como complementos às normas substantivas que formam o regime internacional da propriedade intelectual.⁵

Ainda nas negociações do TRIPS na Rodada Uruguai do GATT, a racionalidade para adoção de normas sobre observância pelos Membros da futura OMC explicava-se pela tese de que, em muitas áreas da propriedade intelectual, haveria deficiências consideráveis para a concretização da proteção jurídica pelos titulares em litígios privados individualmente considerados.⁶ Na visão da doutrina, isso se explicava pela “distância considerável entre os direitos conferidos ao titular e sua aplicabilidade real”, sobretudo em domínios como direitos de autor e marcas. A previsão nas legislações domésticas e aplicação de medidas cautelares e tutelas de urgência resultariam fundamentais para assegurar a proteção contra atos de violação dos direitos de propriedade intelectual.⁷

⁵ Basso (2000, p. 252), assim referindo-se: “A Parte III do TRIPS estabelece os princípios básicos dos procedimentos que devem ser respeitados pelos Estados na aplicação das normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Em outras palavras, esta Parte estabelece os mecanismos ou instrumentos para garantir o cumprimento das normas substantivas previstas na Parte II”.

⁶ O exemplo ilustrado por Gervais (2003, p. 288) explica muito bem essa preocupação. Enquanto em determinados litígios privados, discute-se escopo de reivindicações de uma patente de invenção, a única estratégia defensiva possível a ser empregada por empresas que incorrem em atos de violação por pirataria e falsificação em escala comercial seria justamente a alegação de inexistência dos atos ou retardar e frustrar o cumprimento de qualquer medida judicial contra elas proferidas pelos tribunais domésticos. “Uma vez que um pirata é localizado (o que nem sempre é fácil), medidas domésticas imediatas devem ser adotadas nos mercados, para apreensão de bens e demais produtos que sejam objeto de contrafação e pirataria”.

⁷ Correa (1998, p. 192) “Existen varias áreas de la propiedad intelectual en las que se presenta una distancia considerable entre los derechos conferidos y su aplicabilidad real. Esto ocurre particularmente en áreas de la legislación sobre derechos de autor – como p.ej. programas de computación – y marcas.

De um modo geral, após mais de 10 anos de vigência do Acordo TRIPS, é ainda difícil mensurar as significativas transformações operadas nos ordenamentos domésticos relativamente à implementação das obrigações de observância das normas de proteção da propriedade intelectual, objetivadas pela Parte III do Acordo. Nesse domínio, assim como em outros setores compreendidos pelo TRIPS, a doutrina já discutia os custos de adequação ou ajustamento a serem incorridos pelos Membros da OMC nessa difícil tarefa (HOECKMAN; KOSTEKI, 2001, p. 290).

Esses custos estariam diretamente relacionados às políticas domésticas necessárias para influenciar os legislativos nacionais ao alinhamento dos ordenamentos internos às normas do TRIPS, fortalecendo instituições internas que seriam competentes para o controle de práticas relacionadas à propriedade intelectual e também à aplicação concreta das normas de proteção, pelas autoridades administrativas (e.g. escritórios de marcas e patentes) e tribunais domésticos (Idem).⁸

Importante observar que os países desenvolvidos (como a maioria daqueles da OCDE, incluindo os Estados Unidos, Japão, Canadá e os da União Europeia) sentiriam com menor intensidade os custos de implementação do Acordo TRIPS, já que eles apresentavam importantes instituições dedicadas à proteção e gerenciamento dos direitos de propriedade intelectual, sobretudo nos aspectos de capacitação técnica, política legislativa e prática (Ibidem).

La disponibilidad y aplicación de interdictos y de medidas provisionales resultan, entre otras, esenciales para asegurar el accionar contra los infractores. Por este motivo, la Parte III del Acuerdo TRIPS quizás sea un de los resultados más importantes de la Ronda Uruguay en materia de propiedad intelectual".

⁸ Outros custos, por sua vez, seriam custos econômicos propriamente ditos, especialmente no curso prazo, na medida em que o preço pago pelo uso de tecnologias protegidas seria automaticamente transferido, sob remuneração, dos consumidores domésticos para os titulares de direitos de propriedade intelectual sediados no estrangeiro e que reclamam a proteção nos ordenamentos dos países em desenvolvimento.

A experiência revelou, no entanto, que muitos países em desenvolvimento teriam de necessariamente adaptar e aprofundar os regimes domésticos de proteção dos direitos de PI para atingir os padrões mínimos estabelecidos pelo TRIPS. Isso justificou imediatamente uma ampla política de cooperação internacional em assistência técnica na área da propriedade intelectual, bem como formação e capacitação de autoridades administrativas e tribunais (sobretudo examinadores das autoridades patentárias e juizes) nos Membros da OMC em desenvolvimento, levadas a cabo tanto pela Organização Mundial do Comércio como pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual.⁹

Por outro lado, a experiência do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (OSC) em matérias compreendidas pelo Acordo TRIPS, nos últimos anos, também apresenta relevantes indícios sobre os efeitos das soluções mutuamente acordadas nas controvérsias entre Estados Unidos e outros Membros, especificamente, Dinamarca, Suécia, Grécia e Argentina.¹⁰ Os resultados desses casos apontam para uma intrusividade das normas do TRIPS (como de resto, das normas do sistema multilateral do comércio) sobre os ordenamentos nacionais, em especial pelo fato de que os Membros da OMC são levados a reformas pontuais em suas legislações domésticas para plena adequação às obrigações multilaterais assumidas no Acordo.

Por outro lado, o OSC é chamado recentemente a endereçar, a partir dos trabalhos de um Grupo Especial constituído, a controvérsia entre Estados Unidos e

⁹ Sobre isso, ver estudo do autor (POLIDO, 2008, p. 407 et seq.). Para Hoeckman (2001, p. 290), a capacitação e assistência técnica serviriam como tarefa educativa para autoridades administrativas e judiciais nos países em desenvolvimento, em torno da aplicação das normas de proteção da propriedade intelectual, de tal modo que aqueles pudessem compreender a fundo o funcionamento das normas do Acordo TRIPS e receber orientações para sua aplicação.

¹⁰ Cf. item 4 infra.

China relativamente a medidas, pela última adotada, que afetam a proteção e aplicação dos direitos de autor.¹¹ O caso foi o primeiro julgado pelo Órgão relativamente às obrigações de observância dos direitos de propriedade intelectual, em especial porque muitos dispositivos da Parte III do TRIPS são invocados pelos Estados Unidos em sua reclamação.

O presente artigo busca analisar alguns aspectos do tema relativo à “observância” ou “aplicação efetiva” da propriedade intelectual previstas no TRIPS/OMC, com um breve exame sobre a jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias. Nos itens 2 e 3, são apresentadas as justificativas de sua adoção no sistema multilateral do comércio e os princípios relativos à observância da proteção da propriedade intelectual. O item 4 recorre a observações e comentários sobre os principais casos já submetidos ao OSC, discutindo as normas de observância de acordo com o TRIPS/OMC. Nos itens 5 e 6, são analisadas as dificuldades e críticas sobre a implementação das obrigações de observância contidas no TRIPS/OMC, bem como as conclusões sobre o tema examinado.

2. Justificativa da adoção das normas de observância dos direitos de propriedade intelectual no Acordo TRIPS

Antes da entrada em vigor do Acordo TRIPS no plano internacional, a questão da observância das normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual estava fundamentalmente relegada aos direitos internos. Entre as razões, a doutrina aponta fundamentalmente para o desenho institucional do sistema erigido pela Convenção de Paris sobre Proteção da Propriedade Industrial de 1883 e a Convenção de Berna

¹¹ Cf. item 4.4; Sobre a constituição do Grupo Especial pelo OSC, cf. WT/DS362/8, *China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights* – Constitution of the Panel Established at the Request of the United States – Note by the Secretariat, December 13, 2007.

sobre a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, que não teriam acompanhado a criação de um sistema de solução de controvérsias dotado da mesma efetividade e capacidade sancionatória, comparativamente alcançadas com a criação do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (REICHMAN, 1997, P. 338).

Com efeito, a Parte III do Acordo TRIPS foi certamente um dos “grandes resultados” das negociações da Rodada Uruguai do GATT (GERVAIS, 2003, p. 287), especialmente porque, no conjunto de normas do sistema internacional da propriedade intelectual erigido sob as Convenções de Paris e de Berna, os dispositivos relativos à observância e aplicação das normas de propriedade intelectual se referiam a obrigações multilaterais de caráter geral. Segundo essas convenções, os países das respectivas Uniões deveriam oferecer “proteção adequada” aos direitos dos titulares e, em determinados casos, “medidas judiciais” destinadas à apreensão de bens ilícitamente reproduzidos.¹² Não havia, no entanto, uma parte especial destinada a regular medidas de observância dos direitos de propriedade intelectual, comparadas com aquelas estabelecidas pelo TRIPS, e que criassem obrigações multilaterais orientadas para a implementação pelos Estados em seus ordenamentos nacionais.

Assim, as normas sobre observância dos direitos de propriedade intelectual no plano internacional dependiam muito mais da operatividade dos sistemas legislativos domésticos e da estrutura concebida pelos legisladores nacionais para arquitetar a

¹² Bons exemplos são aqueles fornecidos pelos Arts. 9, 10, *10bis* e *10ter*(1), da Convenção de Paris de 1883, e Art. 16 da Convenção de Berna de 1886. Em outro exemplo, o Art. 8 do Acordo de Lisboa relativo à Proteção das Denominações de Origem e seu Registro Internacional de 1958 determina que as “ações necessárias para a proteção das denominações de origem possam ser exercitadas, em cada um dos países da União, de acordo com a legislação nacional” e adotadas por órgão da Administração ou a pedido do Ministério Público, ou por iniciativa dos particulares (qualquer interessado, pessoa natural ou jurídica).

proteção jurídica das invenções e criações. Várias razões poderiam ser mencionadas para justificar a ausência de adoção de normas uniformes ou de iniciativa de harmonização no plano internacional relativamente à observância da propriedade intelectual. Entre elas estariam o número limitado de Estados originalmente negociadores das Convenções de Paris e de Berna, as grandes diferenças de abordagens e práticas relativas aos sistemas processuais civis nos ordenamentos nacionais, além da ausência de qualquer política internacional em torno da disciplina jurídica dos atos de violação de direitos de propriedade intelectual (Cf. HEATH, 2005, p. 8 et seq.).

Na visão das Convenções de Paris e de Berna, destacava-se uma ênfase na aplicação efetiva do *princípio do tratamento nacional* para autores e inventores pelos países das Uniões e não, efetivamente, a medida (quantitativa ou qualitativamente considerada) de proteção dos direitos de PI nos ordenamentos internos. O ponto de partida dessa análise, após a entrada em vigor do Acordo TRIPS/OMC, passaria a ser o cumprimento das obrigações substantivas de proteção da propriedade intelectual no sistema multilateral do comércio e também de obrigações relativas à observância e aplicação desses direitos, a partir de padrões mínimos imediatamente intrusivos sobre a configuração dos direitos nacionais.

3. Princípios gerais sobre a observância da proteção dos direitos de propriedade intelectual

3.1. Aspectos gerais sobre a Parte III do Acordo TRIPS/OMC

Considerando que o Acordo TRIPS não estabelece obrigações multilaterais específicas com escopo de coibir atos de pirataria e contrafação, como pretendiam os países desenvolvidos ainda durante as negociações da Rodada Uruguai do GATT, sua Parte III concentrou-se nas normas de observância

dos direitos de propriedade intelectual. O número significativo de dispositivos nessa matéria aponta para regras muito mais detalhadas do que aquelas estabelecidas no campo das patentes de invenção (Parte II, Seção 5, do TRIPS).

A Parte III igualmente reflete-se na ausência de harmonização normativa no contexto do Direito Internacional da Propriedade Intelectual, bem como na diversidade dos instrumentos e normas domésticas relativas à observância dos direitos de propriedade intelectual. Por essa razão, o Acordo TRIPS estabelece uma distinção entre as obrigações gerais dos Membros da OMC em matéria de observância dos direitos de propriedade intelectual (Art. 41), regras sobre procedimentos e remédios civis e administrativos, incluindo medidas cautelares (Arts. 42-49 e Art. 50), medidas administrativas de controle de fronteira (Arts. 51-60) e procedimentos penais em casos de contrafação voluntária de marcas e pirataria em escala comercial (Art. 61).

3.2. Sentido e alcance da "observância" das normas de proteção da propriedade intelectual

Em diversas passagens de seus dispositivos, as versões autênticas do Acordo TRIPS nos diferentes idiomas empregados pela OMC mencionam as expressões "enforcement", "moyens de faire respecter" e "observância", quando relativas aos meios a serem adotados pelos Membros para aplicação das normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Em língua portuguesa não existe uma tradução precisa comparável com o sentido empregado pelo Acordo TRIPS.¹³

¹³No inglês jurídico, particularmente, a expressão "enforcement" significa a ação de executar ou aplicar determinada lei, medida, decisão ou a arrecadação ou cobrança de débitos e multas. (BLACK'S..., 2004; BARRON'S..., 2003). Comparativamente, a expressão mais próxima daquela em inglês reside em um misto idiomático entre "aplicação", "execução" e "respeito": "Durchsetzung" em alemão; "respeito", em português, "respecto", em espanhol; "rispetto", em

Sobre esse aspecto, no entanto, poucas referências contextuais encontram-se em alguns importantes instrumentos normativos, como no Decreto nº 1.355/94, que incorpora a Ata Final da Rodada Uruguai e o Acordo TRIPS/OMC ao ordenamento brasileiro¹⁴, ou ainda, no tocante ao domínio do direito comunitário europeu, a tradução oficial em português da Diretiva nº 2004/48/CE relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual.

Na ausência de uma terminologia uniforme, com significado comum em vários idiomas, a política legislativa adotada no domínio da União Europeia recentemente manteve a expressão “enforcement” para as medidas a serem promovidas por seus Estados Membros para assegurar a aplicação ou “respeito” – tanto nas esferas administrativas como judiciais – das normas substantivas da propriedade intelectual nos ordenamentos internos. Na verdade, seria mais adequado falar em *procedimentos relativos à aplicação das normas de proteção*, e que correspondem, em última análise, à elevação de *padrões procedimentais mínimos* de proteção de direitos dos titulares introduzidos no próprio contexto do Direito Internacional da Propriedade Intelectual após a entrada em vigor do TRIPS/OMC.

Como resultado, legisladores nacionais, em especial aqueles dos Membros da OMC, seriam conduzidos a um movimento de elaboração de normas procedimentais de elevado grau de tecnicidade e sofisticação, cujos fundamentos de política legislativa residem antes na tarefa de assegurar “mecanismos”, “instrumentos” ou “remédios” para a tutela jurisdicional dos direitos de propriedade intelectual nos ordenamentos

italiano; “respect”, em francês. No presente trabalho, optamos por adotar a expressão “observância” ou “aplicação”, como entre nós mencionadas por Basso (2000, p. 252 et seq.).

¹⁴ Especificamente, ver a expressão utilizada na versão traduzida em português anexa ao Decreto nº 1.355/94 na correspondente Parte III do TRIPS: “Aplicação de Normas de Proteção dos Direitos de Propriedade Intelectual”.

nacionais. A somatória de sistemas domésticos de observância da propriedade intelectual, a partir da concepção entabulada pela Parte III do TRIPS, levaria, possivelmente, à criação de um arcabouço coeso.

Não obstante as expressões “respeito” e “aplicação” serem empregadas em português para lidar idiomáticamente com a expressão hoje universalizada a partir da ideia de “enforcement”, é bem provável que a concepção central do problema esteja antes na consagração de medidas de “observância e aplicação” das normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual. São antes níveis normativos relacionados à concretização de direitos subjetivos da propriedade intelectual perante autoridades domésticas nos Membros da OMC e que se caracterizam por forte apelo privatista, já que o principal endereçado das normas é o titular. Na esteira das obrigações estabelecidas na Parte III do Acordo TRIPS, várias “pretensões” parecem ser reconhecidas aos titulares da propriedade intelectual, em especial aquelas relativas à obtenção de decisões administrativas, medidas cautelares, decisões judiciais terminativas julgando o mérito dos litígios privados, enfim, quaisquer medidas que assegurem o direito de acesso à justiça nos ordenamentos nacionais para solução de litígios privados da propriedade intelectual e a proteção dos direitos de propriedade intelectual em caso de violação.

Apesar de toda dificuldade terminológica, as noções de “respeito”, “observância” e “aplicação” parecem apontar conjuntamente para um domínio muito específico no Direito Internacional da Propriedade Intelectual, atualmente como categoria de normas procedimentais propriamente ditas destinadas a assegurar a proteção – em sede jurisdicional e administrativa – dos direitos de propriedade intelectual de determinadas categorias de titulares nos ordenamentos nacionais. São “procedimentos para a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual”, ou “proce-

dimentos de observância dos direitos de propriedade intelectual”¹⁵, destinados, em sua maioria, a impedir a ocorrência ou continuidade de atos de violação (e.g. aqueles de pirataria e falsificação/contrafação em escala comercial), conferindo medidas ou remédios de proteção específicos aos titulares (UNCTAD-ICTSD, 2005, p. 575 et seq.). Atos de violação ocorrem especificamente quando submetidos ao controle dos titulares dos direitos e não sujeitos a qualquer exceção permitida¹⁶ e que são praticados por terceiros sem o consentimento dos titulares ou das autoridades competentes (e.g. nos casos de patentes objeto de licenciamento compulsório).¹⁷

O escopo das obrigações do TRIPS/OMC sobre “observância de direitos de propriedade intelectual” parece ser muito amplo, compreendendo, como será examinado, princípios gerais sobre procedimentos civis e administrativos da propriedade intelectual, medidas cautelares e controle de atos de violação praticados nos mercados domésticos, em geral aplicáveis a todas as categorias de direitos de propriedade intelectual integrantes do Acordo.¹⁸ Algumas dessas medidas, no entanto, apenas são obrigatórias em relação a determinados direitos de propriedade intelectual, como seria o caso daquelas relativas ao controle de fronteiras e em procedimentos de natureza penal – vinculantes apenas para a proteção de obras de autoria e marcas que sejam objeto de pirataria e contrafação ou

¹⁵ Aqui, trata-se da referência às versões francesa e espanhola do Art. 41 do TRIPS, quanto à passagem “procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle” e “procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual”, respectivamente.

¹⁶ Como exemplos, citamos aquelas previstas nos Arts. 13 e 30 do TRIPS/OMC, relativamente às exceções aos direitos de autor e direitos patentários.

¹⁷ A definição é empregada amplamente nos comentários de UNCTAD-ICTSD (2005, p. 576).

¹⁸ Ver, por exemplo, as categorias de direitos de propriedade intelectual estabelecidas pelas Seções 1 a 7, da Parte II, do TRIPS/OMC, como prevê, em especial, o Art. 1.2 do Acordo.

falsificação, respectivamente, como estabelecem os Artigos 51 e 61 do TRIPS.¹⁹⁻²⁰

A “observância” de direitos de PI estabelece, portanto, a aplicação de normas de proteção da propriedade intelectual, que se materializa na adoção de medidas judiciais e administrativas amplamente consideradas, tais como remédios (e.g. tutela jurisdicional) e procedimentos (judiciais e administrativos), invocados pelos titulares e também, em determinadas situações, pelos supostos infratores da propriedade intelectual. Elas podem estar divididas em três categorias distintas: i) procedimentos e remédios; ii) direitos de revisão de decisões administrativas e judiciais e iii) mecanismos de transparência.

As obrigações gerais do TRIPS em matéria de observância de direitos de PI (como aquelas estabelecidas na Parte III do Acordo) não determinam o conteúdo dos remédios e procedimentos a serem implementados nos ordenamentos domésticos dos Estados, mas antes dizem respeito a *obrigações de resultado*.²¹ Isso explica, por exemplo, porque tais dispositivos contêm em seus respectivos textos normativos, tan-

¹⁹ Cf. Artigo 51: “Os Membros adotarão procedimentos, de acordo com as disposições abaixo, para permitir que um titular de direito, que tenha base válida para suspeitar que a importação de bens com marca contrafeita ou pirateados possa ocorrer, apresente um requerimento por escrito junto às autoridades competentes, administrativas ou judiciais, para a suspensão pelas autoridades alfandegárias da liberação desses bens. (...)”; Artigo 61: “Os Membros proverão a aplicação de procedimentos penais e penalidades pelo menos nos casos de contrafação voluntária de marcas e pirataria em escala comercial. (...)”.

²⁰ Sobre as implicações práticas das medidas de controle de fronteira na perspectiva do Direito da União Europeia, cf. estudo de Vrins e Schneider (2006, p. 13 et seq.).

²¹ Sobre a distinção das obrigações de conduta/meio e resultado no Direito Internacional Público, ver o importante Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre sua 29ª Sessão de 1977, conduzido sob os trabalhos do Prof. Robert Ago e compilado no documento A/32/10 (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 1977). Ver ainda Brierly, Lauterpacht e Waldock (1958, p. 25 et seq.); Dupuy (1999, p. 371 et seq.).

tas expressões adjetivadas concernentes às medidas de observância de direitos de propriedade intelectual, especificamente “ação eficaz”, “remédios expeditos”, “procedimentos justos e equitativos”, “prazos não razoáveis”, “atrasos indevidos”, “acesso à informação necessária”, “provas razoavelmente acessíveis”, “compensação adequada”, “dissuasão eficaz contra violações”, “medidas apropriadas de reparação”.²²

As obrigações gerais de observância de direitos de propriedade intelectual no plano internacional são de diversas naturezas. O TRIPS/OMC estabelece, por exemplo, que os Membros devam conferir e dotar as autoridades domésticas – judiciais e administrativas – de poderes e competências específicas para adoção de medidas de proteção dos direitos de PI, o que inclui tutela jurisdicional em concreto pelos tribunais e ordens de busca e apreensão de bens ilicitamente reproduzidos e que sejam objeto de atos de pirataria e contrafação. A linguagem empregada no Acordo, no entanto, parece ser conducente com um elevado grau de discricionariedade a ser atribuído a tais autoridades domésticas: enquanto os Membros da OMC estão vinculados à obrigação de implementação das normas de proteção da propriedade intelectual, reservando às suas respectivas autoridades domésticas (judiciais e administrativas) poderes e competências, estas não estariam obrigadas à concretização de tais medidas de proteção de direitos de PI, podendo adotá-las discricionariamente.²³

“Mesmo se comprovada uma recusa sistemática para exercer os poderes conferidos, que dificilmente poderia ser demonstrada”, o Membro em questão teria cumprido as obrigações do Acordo ao conferir os poderes previstos, especialmente quanto

²² De modo exemplificado, cf. Arts. 41, 43, 44, 46 e 48 do TRIPS/OMC. Comentando os aspectos substantivos de tais expressões, ver comentários de Dreier (apud BEIER; SCHRICKER, 1996, p. 255).

²³ Essa também é fundamentalmente a opinião defendida nos comentários do UNCTAD-ICTSD (2005, p. 576).

à adoção de medidas de proteção da propriedade intelectual em um caso concreto (UNCTAD-ICTSD, 2005, p. 576).²⁴ Além de tal dificuldade, para determinação da violação seria necessário provar que os padrões materiais de proteção relativamente aos quais se refere à questão de observância seriam suficientemente ambíguos para resultar na concessão de certas medidas de aplicação das normas de proteção dos direitos de PI (Idem).

– princípios gerais da observância e proteção dos direitos de PI:

a) efetividade das medidas adotadas pelos Estados Membros, o que se materializa nas medidas judiciais e administrativas internas adotadas para proteção da propriedade intelectual contra atos de violação praticados, seja em caráter de prevenção, seja de sancionamento. Esse aspecto é fundamentalmente endereçado pelo Art. 41(1) do TRIPS. Entre as medidas destinadas à prevenção da ocorrência de tais atos, estão aquelas relativas à imputação de responsabilidade civil e criminal, bem como medidas de busca e apreensão de bens protegidos que tenham sido ilicitamente reproduzidos nos diferentes Membros da OMC – “effective deterrent to further infringement” (GERVAIS, 2003, p. 287).

Explicação para a efetividade das medidas de proteção: Atos de contrafação e pirataria envolvendo bens protegidos pela propriedade intelectual sempre foram uma das preocupações prioritárias da indústria e certas categorias de titulares de direitos

²⁴ (While Members must empower their judicial authorities to order certain acts, such authorities are not obliged to do so, and can exercise discretion in applying the mandated rules. Even if a systematic refusal to use the authority conferred were proven, which may be difficult to demonstrate, the Member in question would have complied with the Agreement's obligations by empowering such authorities to take the prescribed action in a particular case, where the courts have acted in accordance with the dominant practice in the Member in question. In addition, in order to assert violation it would be necessary to prove that the substantive standard of protection in relation to which an enforcement issue arises is sufficiently unambiguous to trigger the granting of certain enforcement measures).

de PI. De fato, enquanto litígios privados podem compreender o escopo de reivindicações de uma patente, a única defesa possível a ser alegada para empresas que incorrem em atos de violação por pirataria e falsificação é evitar demandas judiciais ou buscar retardar ou frustrar o cumprimento de qualquer medida judicial contra elas proferidas pelos tribunais domésticos. “Uma vez que um pirata é localizado (o que nem sempre é fácil), medidas domésticas imediatas devem ser adotadas nos mercados, para apreensão de bens e demais produtos que sejam objeto de contrafação e pirataria”.

3.3. Princípios gerais estabelecidos pelo Art. 41 do TRIPS

O Art. 41 do TRIPS contém quatro princípios cardeais relativamente à observância dos direitos de propriedade intelectual no sistema GATT/OMC, atribuindo uma significativa liberdade aos Membros da OMC para adequar seus sistemas jurídicos domésticos às obrigações multilaterais da Parte III do Acordo (REICHMAN, 1997, p. 340). O método de implementação dessas obrigações, no entanto, não requer ser distinto dos sistemas já existentes para aplicação das leis nacionais e adjudicação dos litígios pelos tribunais domésticos.²⁵ Com efeito, como observado por Reichman (1997, p. 340), essa regra salvaguarda os Estados de obrigações excessivas, como aquela de oferecer aos titulares estrangeiros determinada proteção muito mais ampla e efetiva do que aquela já oferecida por tribunais e autoridades administrativas domésticas para a tutela de direitos subjetivos.

²⁵ Cf. por exemplo, Art. 41.5 do TRIPS: “O disposto nesta Parte não cria qualquer obrigação de estabelecer um sistema jurídico para a aplicação de normas de proteção da propriedade intelectual distinto do já existente para aplicação da legislação em geral. Nenhuma das disposições desta Parte cria qualquer obrigação com relação à distribuição de recursos entre a aplicação de normas destinadas à proteção dos direitos de propriedade intelectual e a aplicação da legislação em geral.”

As normas sobre observância estabelecem um critério da “efetividade” para medidas adotadas pelos Membros da OMC, o que se materializa, concretamente, em medidas judiciais e administrativas internas orientadas para proteção da propriedade intelectual contra atos de violação, seja em caráter de prevenção/inibição, seja de sancionamento. Esse aspecto é diretamente endereçado pelo Art. 41.1 do TRIPS, que faz referência à “ação eficaz contra qualquer infração dos direitos de propriedade intelectual previstos no Acordo”.

Entre as medidas destinadas à prevenção da ocorrência de atos de violação estão aquelas relativas à imputação de responsabilidade civil e criminal aos infratores, bem como medidas de busca e apreensão de bens protegidos que tenham sido ilicitamente reproduzidos nos diferentes Membros da OMC. Segundo a lógica admitida pelo Art. 41.1, essas medidas impediriam a ocorrência ou continuidade de atos infrativos à propriedade intelectual e constituiriam um “meio de dissuasão de infrações ulteriores”. Seu escopo, segundo a importante observação de Gervais (2003), seria o de desestimular a prática de atos infrativos à propriedade intelectual por terceiros, portanto, como forma de “efetiva dissuasão” das violações.²⁶

Parece ser difícil, no entanto, determinar o alcance dessa “dissuasão” ou dos “efeitos dissuasivos” sobre atos de violação, especialmente na ausência de qualquer critério, no TRIPS, distinguindo o caráter das sanções no curso do processo civil relacionadas especificamente à tutela jurisdicional dos direitos de propriedade intelectual. Como observado por Heath (2005, p. 11), o Art. 45.1 do Acordo prevê que qualquer indenização paga pelo infrator deva ser “adequada” para compensar o titular pelos prejuízos sofridos, o que poderia não ter qualquer efeito dissuasivo sobre a conduta infrativa. Como modalidade de dissuasão,

²⁶ Cf. Gervais (2003, p. 287) quanto à expressão “effective deterrent”.

pode ser estabelecida uma obrigação de pagamento, pelo infrator, das custas judiciais incorridas pelo titular no curso do processo, incluindo honorários advocatícios, o que de fato é endereçado pelo Art. 45.2 do TRIPS, porém em caráter alternativo ou opcional, sugerindo uma flexibilidade no cumprimento, pelos Membros, da obrigação ali prevista (HEATH, 2005, p. 12).²⁷

O Art. 41.2 do TRIPS estabelece princípios gerais concernentes aos procedimentos envolvendo as medidas de observância de direitos de propriedade intelectual a serem adotadas pela OMC, extensíveis às esferas administrativa e judicial; segundo o dispositivo, esses procedimentos devem ser “justos” e “equitativos”, não necessariamente custosos nem prolongarem-se injustificadamente no tempo.²⁸ Difícil de estimar, no entanto, se a prática dos tribunais domésticos e a eventual lentidão ou morosidade no julgamento de litígios envolvendo violação de direitos de propriedade intelectual ou fiscalização pelas autoridades administrativas poderiam ser levadas em consideração na interpretação da regra do artigo 41.2 do TRIPS.²⁹

O fundamento desses princípios em relação aos procedimentos, administrativos

²⁷ Dentro do contexto normativo da Parte III, como observa o autor, restariam pouco claros quais os remédios considerados como dissuasivos em relação aos atos infrativos à propriedade intelectual. De uma perspectiva econômica, os remédios para dissuasão de práticas de violação deveriam ser quantificados em montantes que ultrapassem o que um usuário legítimo teria de investir em situações normais para aquisição do bem protegido por direitos de propriedade intelectual. Uma indenização com caráter compensatório, e não punitivo, teria pouco efeito dissuasivo. Sanções na esfera criminal podem servir como fator de desestímulo para práticas de violação à propriedade intelectual, mas também somente são estabelecidas em situações muito especiais, como aquelas previstas no Art. 61 do TRIPS.

²⁸ Art. 41.2: “Os procedimentos relativos à aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual serão justos e equitativos. Não serão desnecessariamente complicados ou onerosos, nem comportarão prazos não razoáveis ou atrasos indevidos”.

²⁹ Sobre isso, ver, por exemplo, Gervais (2003, p. 288).

e judiciais, relacionados à observância de direitos de propriedade intelectual também estaria justamente na não-discriminação de titulares que não sejam nacionais ou domiciliados no Estado em que se invoca a proteção. O TRIPS estabelece que, enquanto sejam autores em demandas relacionadas à propriedade intelectual, nenhum obstáculo seja imposto a tais litigantes, para além daqueles usualmente existentes para cidadãos do Membro considerado. De fato, o que existe é um *princípio geral de não obstrução do acesso* às instâncias judiciais e administrativas dos Estados Membros da OMC como pressuposto para a disciplina da aplicação das normas de proteção da propriedade intelectual (Cf. GERVAIS, 2003, p. 288). Daí porque o Art. 41.2 estabelece que os procedimentos (sejam eles de natureza administrativa ou judicial) nos Estados Membros não sejam “desnecessariamente onerosos” ou comportem “prazos não razoáveis” ou “atrasos indevidos”.

A interpretação dos critérios de *economia* e *celeridade* que aparentemente justificam os princípios do Art. 41.2 deve ser estabelecida, no entanto, à luz das diferentes tradições jurídicas dos Membros da OMC e também da experiência concretas dos tribunais domésticos e autoridades administrativas com os direitos de propriedade intelectual. Por sua própria natureza, os litígios privados nesse domínio são caracterizados pela *complexidade*, não raro dependentes da intervenção de peritos e especialistas nas várias áreas das ciências, além da produção, pelas partes, de provas extremamente sofisticadas. Aqui, esses fatores poderiam levar a uma significativa morosidade para a solução jurisdicional em determinados ordenamentos.³⁰ Não seria possível alcançar

³⁰ Sobre isso, cf. Heath (2005, p. 12), observando que as ações judiciais mais custosas na área da propriedade intelectual são aquelas processadas no Reino Unido e nos Estados Unidos. Neste último, uma demanda cujo valor da causa seja abaixo de 1 milhão de dólares custaria, em média, cerca de 400 mil dólares até o julgamento do mérito pelos tribunais. Na Alemanha, uma ação semelhante custaria apenas uma fração desse valor, enquanto que, na França e no Japão, litígios discutindo a violação de uma patente,

uniformidade no tratamento jurisdicional dos litígios da propriedade intelectual em nível doméstico. A íntima relação da disciplina com o princípio da territorialidade – para além do que as seculares Convenções de Berna e de Paris estabelecem – torna-se um elemento de proximidade para os tribunais domésticos, cuja competência, na larga maioria dos casos, é exclusiva em virtude do local em que os direitos de propriedade intelectual são registrados.

Um outro aspecto a ser considerado relativamente aos procedimentos justos e equitativos, invocados pelo Art. 41.2 do TRIPS, diz respeito à aplicação de princípios constitucionais processuais, tais como ampla defesa e contraditório, além de prerrogativas das partes relativamente à assistência qualificada perante os tribunais. Nem todos os Membros da OMC contam com um número razoável de advogados especialistas nas disciplinas da propriedade intelectual para a defesa dos interesses das partes, o que limitaria essa assistência em juízo praticamente àquelas partes que tenham condições econômicas mais favoráveis à contratação de equipes jurídicas especializadas.³¹

O mesmo se observa relativamente à proficiência e habilidade dos juízes domésticos com as matérias relativas à propriedade intelectual, sobretudo enquanto tenham

por exemplo, levariam em média, respectivamente, seis e dois anos até serem julgados.

³¹ Sobre a questão dos custos associados ao contencioso judicial da propriedade intelectual, ver interessantes estudos de Kesan e Ball (2006, p. 237-312), em que os autores analisam o maior ou menor significado das variáveis empregadas para determinação dos custos relativos aos litígios da propriedade intelectual, tais como tempo total para o julgamento de mérito, número de petições e documentos apresentados pelas partes em cada caso, fase de conclusão e trânsito em julgado e ocorrência de acordos ou decisões terminativas; Bessen e Meurer (2008, p. 1 et seq.), observando os efeitos negativos dos custos associados a litígios em matéria de patentes sobre a atividade empresarial desenvolvida por supostos infratores, especialmente aqueles a serem incorridos para defesa das partes no curso do processo judicial e que podem representar desestímulos para continuidade da atividade inventiva e inovação na indústria.

de adotar medidas de urgência como cautelares e outras medidas preventivas no curso dos litígios e decidir sobre o mérito de ações discutindo a ocorrência de atos de violação. Essa observação, para além da necessidade de um teste casuístico, tem-se constatado na especialização dos tribunais nacionais. Ainda que o Art. 41.5 do TRIPS estabeleça que os Membros não estejam obrigados a criar sistemas especializados de adjudicação de conflitos de propriedade intelectual, alguns já têm gradativamente estabelecido uma divisão de competências para tribunais dedicados aos litígios, em especial no campo patentário.³²

As decisões de mérito, administrativas e judiciais, em matéria de propriedade intelectual também devem ser preferencialmente, segundo o Art. 41.3 do TRIPS, escritas e fundamentadas e proferidas com base em provas sobre as quais as partes tenham tido oportunidade de se manifestar. O dispositivo também estabelece que as decisões estarão à disposição, ao menos das partes do processo, sem “atraso indevido”. A racionalidade dessa regra é muito mais uma questão de *justiciabilidade* e *transparência*, sobretudo porque, em muitos sistemas jurídicos nacionais, as decisões administrativas relacionadas à propriedade intelectual – como, por exemplo, os próprios registros e oposições aos pedidos de registros – nem são devidamente publicadas, o que dificulta a antecipação dos resultados de uma possível demanda judicial pelos usuários, concorrentes e terceiros. É não somente isso. A publicação de decisões também per-

³² Seguindo o exemplo paradigmático dos Estados Unidos da América, quanto à criação da Corte de Apelação do Distrito Federal, com competência exclusiva para adjudicação de litígios em matéria de patentes, alguns países têm adotado análogo sistema, como o Japão, que conta com seções/câmaras especiais nos tribunais de Tóquio e Osaka (embora sem que lhe seja atribuída exclusividade de competência em matéria de propriedade intelectual), ou da Indonésia, cujos tribunais comerciais têm fixado competência exclusiva para adjudicar demandas em propriedade intelectual. Sobre isso, ver comentários de Heath (2005, p. 14).

mite o desenvolvimento do ensino e pesquisa em torno da propriedade intelectual, bem como o estudo comparado dos vários sistemas jurídicos domésticos a partir de uma jurisprudência, propriamente dita, dos órgãos judiciais e administrativos.³³

Entre os princípios gerais estabelecidos pelo TRIPS em matéria de observância, também está aquele de garantia de revisão de decisões administrativas, de caráter definitivo, por tribunais jurisdicionais domésticos (cf. Art. 41.4)³⁴. Ele não se justifica apenas na existência de normas relativas ao acesso à justiça dos Membros pelas partes, mas também no controle de decisões administrativas proferidas pelas autoridades patentárias nacionais. Na verdade, o TRIPS parece indiretamente supor a existência do direito de o titular da propriedade intelectual recorrer aos tribunais dos Membros da OMC para pós-questionamento de decisões administrativas, com limitações impostas, evidentemente, pela natureza dos litígios considerados. Importante verificar que, na esfera criminal, isso não significa a exigência de constituição de tribunal de júri para endereçar litígios relacionados à propriedade intelectual, ou para determinados ordenamentos em que não exista possibilidade de recurso interposto contra decisão proferida pelo júri, a obrigação de o Membro da OMC de estabelecer normas processuais nesse sentido (GERVAIS, 2003, p. 288).

³³ De um modo geral, o Art. 61 do TRIPS, ao estabelecer o princípio da transparência, busca assegurar que os Membros da OMC tenham acesso amplo e irrestrito às leis, regulamentos, decisões judiciais terminativas e normas administrativas de aplicação geral, e, com isso, evitar controvérsias. Sobre isso, ver Correa (1998, p. 210). Ainda em relação à publicação de decisões em matéria de propriedade intelectual e disponibilidade de acesso pelas partes ao seu conteúdo, ver Heath (2005, p. 14).

³⁴ Art. 41.4: "As Partes de um processo terão a oportunidade de que uma autoridade judicial reveja as decisões administrativas finais e pelo menos os aspectos legais das decisões judiciais iniciais sobre o mérito do pedido, sem prejuízo das disposições jurisdicionais da legislação de um Membro relativa à importância do caso. Não haverá obrigação, contudo, de prover uma oportunidade para revisão de absolvições em casos criminais".

O Art. 41.4 do TRIPS estabelece, na verdade, previsão de uma instância judicial revisional para processos administrativos envolvendo a propriedade intelectual, especialmente no que concerne àqueles estabelecidos sob a competência de autoridades registrais domésticas (e.g. para marcas, patentes e desenhos industriais) ou ainda para escritórios de fiscalização (como no campo dos direitos de autor). O dispositivo parte do reconhecimento, no sistema internacional da propriedade intelectual, de direitos subjetivos atribuídos aos titulares dos direitos, como a pretensão das partes de acesso à justiça para revisão jurisdicional das decisões proferidas em instâncias administrativas e também à revisão das decisões de tribunais judiciais em primeiras (aqui a garantia de "duplo grau de jurisdição"). Essa modalidade de revisão ou instância revisional refere-se, justamente, aos aspectos jurídicos da decisão de mérito proferida por tribunais de primeira instância nos Membros da OMC relativamente aos litígios privados envolvendo a propriedade intelectual.³⁵

O regime de observância das normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, de acordo com o Acordo TRIPS, está, como mencionado, apoiado em algumas significativas flexibilidades dos Membros da OMC em relação ao cumprimento das obrigações multilaterais dele decorrentes. De acordo com o Art. 41.5, a primeira delas remete à *desnecessidade de elaboração de normas domésticas especiais* para aplicação das normas de proteção da propriedade intelectual, em que o dispositivo estabelece que a Parte III do TRIPS não cria a obrigação de se estabelecer um "sistema jurídico" para a observância da propriedade intelectual, distinto daquele já existente no ordenamento doméstico do Membro.³⁶

³⁵ Sobre isso, ver comentários de Gervais (2003, p. 289).

³⁶ Entre as possíveis interpretações, estaria aquela que nenhum Membro está obrigado a estabelecer um sistema normativo especial para a implementação da Parte III do Acordo TRIPS em seu respectivo ordena-

A segunda flexibilidade diz respeito à *desnecessidade de distribuição de recursos específicos*, pelos Membros, para a aplicação das normas de proteção da propriedade intelectual, alocados entre aqueles já existentes para a aplicação das leis em geral em seus sistemas jurídicos internos. Para países em desenvolvimento, a flexibilidade no cumprimento das obrigações multilaterais assumidas pelos Membros da OMC relativas à disciplina da observância dos direitos de propriedade intelectual (como em geral espelhadas na Parte III do Acordo) reveste-se de grande importância, pois cria-se não indiretamente uma demanda por capacitação técnica e aproveitamento dos recursos já existentes no plano interno.

Esses passam a ser rearranjados ou realocados em instituições ou autoridades domésticas (e.g., órgãos administrativos, escritórios de marcas e patentes e tribunais) em função dos padrões mínimos estabelecidos pelo TRIPS. Em concreto, promove-se uma gradual institucionalização do gerenciamento da propriedade intelectual nos Estados a partir de uma dimensão não apenas protecionista-registral, porém protecionista-jurisdicional, cujas bases se assentam nas obrigações multilaterais de observância dos direitos de PI estabelecidas no Acordo.

4. *Jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e obrigações relativas à observância dos direitos de PI no TRIPS*

4.1. *Controvérsias internacionais sobre as obrigações da Parte III do TRIPS*

Como mencionado anteriormente, o primeiro caso no contexto do sistema de solução de controvérsias da OMC que alcan-

mento doméstico. Portanto, segundo essa abordagem, os Membros não seriam obrigados a criar um regime de “sobredireito” para efetivar a aplicação das normas de proteção (materiais ou substantivas) da propriedade intelectual.

çou a constituição de um Grupo Especial relativamente à Parte III do Acordo TRIPS/ OMC diz respeito à recente reclamação feita pelos Estados Unidos contra a China no contencioso DS362, sobre *Medidas que Afetam a Observância dos Direitos de Propriedade Intelectual* (Cf. GERVAIS, 2003, p. 289).

Antes dele, algumas consultas estabelecidas pelos Estados Unidos com outros Membros e endereçadas por soluções mutuamente acordadas, em conformidade com o Art. 3.6 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos de Solução de Controvérsias (“ESC”), mereceram destaque pelas implicações promovidas no sistema multilateral do comércio, em especial quanto ao cumprimento pelos Membros da OMC das obrigações do TRIPS relativas à aplicação das normas de proteção dos direitos de propriedade.

Ainda em 1997, os Estados Unidos solicitaram consultas à Dinamarca e à Suécia relativamente à implementação de dispositivos do Acordo TRIPS sobre observância da propriedade intelectual, chegando, nos dois casos, à adoção de uma solução mutuamente acordada, sem recurso à constituição de Grupo Especial.³⁷ Em 1998 foi a vez das Comunidades Europeias, consultadas sobre o descumprimento das obrigações relativas à observância dos direitos de propriedade intelectual estabelecidas na Parte III do Acordo TRIPS e a suposta ausência de medidas para aplicação das normas de proteção de direitos de autor na Grécia.

Posteriormente, em 1999 e 2000, a Argentina também foi requerida pelos Estados Unidos a estabelecer procedimento de consultas, no qual era questionada sobre a implementação de dispositivos do Acordo TRIPS relativos à proteção de patentes de produtos farmacêuticos, proteção de in-

³⁷ Cf. WT/DS83/1, *Denmark – Measures affecting the Enforcement of Intellectual Property Rights – Request for Consultations by the United States*, May 21, 1997; WT/DS86/1, *Sweden – Measures Affecting the Enforcement of Intellectual Property Rights – Request for Consultations by the United States*, June 02, 1997.

formações de provas relativas a produtos químicos para agricultura.³⁸ Entre os pontos questionados pelos Estados Unidos, estava a compatibilidade das normas domésticas argentinas sobre o regime de proteção de patentes de invenção, conforme estabelecido pela Lei nº 24.481/95 (modificada pela Lei nº 24.572), a Lei 24.603 e o Decreto nº 260/96, com as normas do TRIPS relativas à adoção de medidas cautelares “rápidas e eficazes” (Art. 50) destinadas a evitar atos de violação de direitos de propriedade intelectual e preservação de provas relevantes a uma alegada violação. Os casos conduziram a uma solução mutuamente acordada, originalmente adotada em 31 de junho de 2002 entre os Estados Unidos e Argentina, cuja principal consequência foi desencadear, subseqüentemente, a alteração da Lei de Patentes argentina (Lei nº 24.481/95) pela Lei nº 25.859, de 14 de janeiro de 2004.³⁹

Considerando a relevância e o alcance desses casos no contexto da jurisprudência internacional em matéria de propriedade intelectual, sobretudo no caso da prática da Organização Mundial do Comércio, seria possível estabelecer uma análise dos efeitos promovidos pela fase de consultas, de acordo com o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, sobre a política legislativa doméstica dos Membros.

A adoção de normas internas atendendo aos padrões mínimos de proteção da propriedade intelectual estabelecidos pelo TRIPS/OMC (portanto “TRIPS compliant”) teve grande importância nos primeiros dez anos de funcionamento do Órgão de Solução de Controvérsias.⁴⁰ Em larga medida,

observa-se a concretização forçada de um dos objetivos estabelecidos no Art. 3.2 do ESC, a respeito da utilidade do sistema de solução de controvérsias em matéria de propriedade intelectual para “preservação de direitos de obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos” da OMC.⁴¹

4.2. DS83 – Dinamarca – Medidas que afetam a observância dos direitos de propriedade intelectual e DS86 – Suécia – Medidas que afetam a observância dos direitos de propriedade intelectual

Países nórdicos, como a Dinamarca e a Suécia, tiveram dificuldades iniciais na implementação das obrigações do TRIPS relativas à observância das normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Isso se refletiu, justamente, na tradição estabelecida sobre a organização dos tribunais domésticos e administração da justiça, sobretudo pela diversidade dos sistemas processuais civis e criminais nesses Estados.⁴²

Em 14 de maio de 1997, os Estados Unidos solicitaram consultas à Dinamarca relativamente ao suposto não cumprimento das obrigações assumidas no TRIPS/OMC, em particular assegurar, em seu ordenamento doméstico, as medidas cautelares previstas no Art. 50 do Acordo. Na prática, o direito dinamarquês não contava com procedimentos *inaudita altera parte* (i.e., pro-

p. 347-384); Zhang (2003, p. 199-220); Ethier (2004, p. 449-457); Shaffer (2004, p. 459-482).

⁴¹ Evidentemente, os Estados Unidos souberam muito bem empregar o procedimento de consultas, previsto no ESC, para buscar uma “remodelação preventiva” dos sistemas domésticos de proteção da propriedade intelectual, em especial quanto à disciplina da observância dos direitos de PI, previsto na Parte III do TRIPS.

⁴² Cf. Lenk, Hoppe e Andorno (2007, p. 112), (observando que a novidade dos procedimentos *inaudita altera partes* nos sistemas normativos dos países nórdicos); Helisoski (2000, p. 61 et seq.) para uma resenha da prática norte-americana em consultas e reclamações formuladas no sistema de solução de controvérsias da OMC, ver Masterson (2004, p. 16 et seq.); GAO (2004).

³⁸ Cf. WT/DS171/1, *Argentina – Patent Protection for Pharmaceuticals and Test Data Protection for Agricultural Chemicals – Request for Consultations by the United States*, May 10, 1999; e WT/DS196/1, *Argentina – Certain Measures on the Protection of Patents and Test Data – Request for Consultations by the United States*, June 06, 2000.

³⁹ Sobre o tema, ver importantes estudos em Correa (2006, p. 2 et seq.).

⁴⁰ Diferentes perspectivas sobre esse problema são destacados nos artigos de Otten (1998, p. 523 et seq.); Reichman (1998, p. 585 et seq.); Geuze (1999,

cedimentos adjudicados sem a notificação prévia do réu, em virtude da emergência da medida requerida) no contexto de procedimentos civis em matéria de proteção de direitos de propriedade intelectual.

À época algumas empresas, como aquelas atuantes nos segmentos de *software* e produtos informáticos, alegavam que seria difícil determinar se seus licenciados estavam cumprindo com as limitações estabelecidas nas licenças quanto ao número de cópias autorizadas dos programas de computador objeto das licenças. Assim, reclamavam não dispor de mecanismos efetivos para a proteção de seus direitos perante os tribunais dinamarqueses, sobretudo porque não havia, no direito doméstico, uma disciplina específica sobre medidas cautelares em matéria de propriedade intelectual.

No caso, os Estados Unidos sustentavam que essa situação levaria à violação das obrigações assumidas pela Dinamarca relativamente aos Arts. 50, 63 e 65 do TRIPS, que tratam das medidas cautelares, transparência e obrigações relativas às disposições transitórias do Acordo. Na consulta formulada, os Estados Unidos observavam que o TRIPS impõe a obrigação de os Membros da OMC permitirem, em seus ordenamentos internos, a adoção de medidas cautelares em procedimentos civis relacionados à proteção dos direitos de propriedade intelectual. A Dinamarca, na condição de Membro país desenvolvido, teria de observar o prazo de 1º e janeiro de 1996 para implementação das obrigações do Acordo, uma vez esgotado o prazo de transição do Art. 65.1.⁴³

Como resposta ao procedimento estabelecido pelos Estados Unidos, foi promulgada, na Dinamarca, a Lei nº 216, de 28 de março de 2001, cujos dispositivos concedem às autoridades judiciárias poderes específicos para concessão de medidas

⁴³ Cf. WT/DS83/1 – Denmark – Measures affecting the Enforcement of Intellectual Property Rights – Request for Consultations by the United States. May 21, 1997.

cautelares e ordens judiciais baseadas em procedimentos sem citação prévia do demandado e formação do contraditório (*inaudita altera parte*), com a possibilidade de busca e apreensão de bens e obtenção de provas relativas a uma suposta violação de direitos de PI.⁴⁴

As modificações introduzidas no direito dinamarquês estabelecem faculdades para que as autoridades judiciárias domésticas ordenem investigações sobre supostos infratores a fim de obter provas de ocorrência de atos de violação dos direitos de propriedade intelectual, sem necessidade de citação prévia do demandado. Isso ocorre especialmente quando essa citação possa resultar em riscos de desaparecimento, destruição ou modificação dos objetos, documentos e informações contidas em sistemas de computador ou qualquer outro material envolvido nas investigações relativas à violação de direitos de propriedade intelectual.

Em 7 de junho de 2001, as partes em controvérsias notificaram o OSC da adoção de uma solução mutuamente acordada, em conformidade com o Art. 3.6 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos de Solução de Controvérsias da OMC (Anexo 2A) do Acordo Constitutivo da OMC, desistindo formalmente de que a questão seja examinada pelo OSC, sem a constituição, portanto, de um Grupo Especial.

Posteriormente, em 28 de maio de 1997, os Estados Unidos também requereram consultas com a Suécia, sustentando que este Membro não teria previsto, em seu ordenamento jurídico interno, as medidas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, em especial as medidas cautelares no contexto de procedimentos civis relacionados com a violação de direitos

⁴⁴ A Lei nº 216/2001 alterou os dispositivos da Lei dinamarquesa de Administração da Justiça e de Custas Processuais, ampliando o rol de competência dos órgãos judiciários relativamente à adoção de medidas cautelares e obtenção de provas em casos de violação de direitos de propriedade intelectual.

de propriedade intelectual.⁴⁵ Segundo os Estados Unidos, a não implementação das normas do TRIPS pela Suécia constituiria violação às obrigações por ela assumidas no Acordo, sobretudo os Artigos 50, 63 e 65, portanto, pelo mesmo fundamento jurídico alegado pelos Estados Unidos em *Dinamarca – Medidas que Afetam a Observância dos Direitos de Propriedade Intelectual*.⁴⁶

Durante essa fase, o Parlamento sueco aprovou a lei reformadora em matéria de direitos de propriedade intelectual, em 25 de novembro de 1998, e que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1999. O diploma alterava os dispositivos da Lei sueca de Direitos de Autor (Lei nº 729/1960), a Lei de Patentes (Lei nº 837/1967), a Lei de Marcas de Fábrica (Lei nº 644/1960), a Lei de Proteção dos Modelos e Desenhos Industriais (Lei nº 486/1970) e a Lei de Proteção das Topografias de Circuitos Integrados (Lei nº 1434/1993).⁴⁷

O objetivo da reforma era justamente o de inserir normas concedendo faculdades às autoridades judiciárias domésticas para adoção de medidas cautelares em matéria de propriedade intelectual baseadas em busca e apreensão de material supostamente objeto de violação, documentos e provas relacionadas, no contexto de procedimentos de natureza civil. Concretamente, as novas normas estabelecem amplos poderes para os juízes nacionais ordenarem medidas cautelares, sobretudo quanto aos registros compulsórios de direitos relativos a bens que sejam supostamente objeto de violação. Se existem motivos para que o juiz considere que uma pessoa tenha realizado

ou esteja na iminência de praticar um ato de violação, então pode o tribunal ordenar o registro desses direitos de propriedade intelectual. Assim, a outra parte – requerida – não precisa ser ouvida quanto a risco de desaparecimento, destruição ou modificação de materiais ou documentos (Cf. GERVAIS, 2005, p. 516).

4.3. DS124 – Comunidades Europeias: observância dos direitos de propriedade intelectual para filmes e programas de televisão.

Em 30 de abril de 1998, os Estados Unidos apresentaram pedido de consultas para as Comunidades Europeias, com base no suposto descumprimento das normas de observância dos direitos de propriedade intelectual estabelecidas no Acordo TRIPS, decorrente da ausência de medidas de proteção de direitos de autor na Grécia (*Comunidades Europeias – Observância dos direitos de propriedade intelectual para filmes e programas canais de televisão*).⁴⁸ Poucos dias depois, em 7 de maio de 1998, outro pedido foi diretamente endereçado à Missão Permanente da Grécia, versando sobre o mesmo objeto da consulta anterior formulada às Comunidades (*Grécia – Observância dos direitos de propriedade intelectual para filmes e programas de televisão*).⁴⁹

Nos dois casos, os Estados Unidos sustentavam que um número significativo de estações ou canais de televisão gregas vinha periodicamente radiodifundindo obras audiovisuais e programas de TV protegidos por direitos de autor, sem a autorização dos respectivos titulares, nacionais norte-americanos. Segundo a consulta formulada, a Grécia não teria estabelecido, em seu ordenamento interno, normas específicas

⁴⁵ WT/DS86/1, *Sweden – Measures Affecting the Enforcement of Intellectual Property Rights – Request for Consultations by the United States*, June 02, 1997. Cf. GERVAIS, Daniel J. *The TRIPS Agreement after Seattle: Implementation and Dispute Settlement Issues*, in *Journal of World Intellectual Property*, vol. 3, n. 4, 2005, p. 509 ss.

⁴⁶ WT/DS83/1, *Denmark – Measures affecting the Enforcement of Intellectual Property Rights – Request for Consultations by the United States*. May 21, 1997.

⁴⁷ Disponível em: <www.wipo.int/clea/>. Acesso em: 20 ago. 2010.

⁴⁸ Cf. WT/DS124/1 – *European Communities – Enforcement of Intellectual Property Rights for Motion Pictures and Television Programs – Request for Consultations by the United States*, April 30, 1998.

⁴⁹ WT/DS125/1 – *Greece – Enforcement of Intellectual Property Rights for Motion Pictures and Television Programs – Request for Consultations by the United States*, May 07, 1998.

relativas às medidas de proteção e sanções contra violação de direitos de autor, quanto às emissões não autorizadas. À primeira vista, as alegações dos Estados Unidos referiam-se ao suposto descumprimento das obrigações assumidas no TRIPS/OMC, em particular os Artigos 41 e 61 do Acordo.⁵⁰

Uma solução mutuamente acordada entre os Membros foi comunicada ao OSC em 20 de março de 2001, quase três anos após a apresentação do pedido de consultas pelos Estados Unidos. Mais uma vez, estava em questão a implementação das obrigações relativas à Parte III do TRIPS, que especifica as normas de observância dos direitos de propriedade intelectual. Os dois procedimentos de consultas, com as Comunidades Europeias e a Grécia, apontam para a decisão conjunta de que os Membros em questão deveriam manter uma legislação adequada para a proteção e efetiva aplicação dos direitos de autor e direitos conexos relativamente às obras audiovisuais.⁵¹

Como resultado do procedimento iniciado por solicitação de consultas pelos Estados Unidos e concluído com uma solução mutuamente acordada, a Grécia aprovou a Lei nº 2.644/98, que contém normas es-

pecíficas sobre medidas de proteção para titulares de direitos de autor cujas obras tenham sido objeto de violação por emissoras de televisão atuantes no território nacional. Entre as principais medidas, ela prevê a suspensão imediata de atividades operacionais de emissoras que estabeleçam a radiodifusão não autorizada de obras cinematográficas e demais materiais protegidos por direitos de autor.⁵²

Segundo o teor da solução mutuamente acordada entre os Estados Unidos e a Grécia no caso, em conformidade com o Art. 3.6 do ESC, as autoridades gregas já haviam adotado medidas para encerrar as atividades de emissoras de televisão que comprovadamente estivessem radiodifundindo materiais protegidos por direitos de autor de titulares nacionais norte-americanos. A Grécia afirmava que seu sistema de observância de direitos de propriedade intelectual continuaria a permitir medidas prontas e efetivas contra atos de violações de direitos de autor por emissoras de televisão e que elas constituiriam um mecanismo eficaz de dissuasão de futuras práticas infrativas.⁵³

Em seu conteúdo, a solução mutuamente acordada em *Comunidades Europeias*

⁵⁰ Cf. teor do pedido de Consultas em WT/DS124/1 – *European Communities – Enforcement of Intellectual Property Rights for Motion Pictures and Television Programs* – Request for Consultations by the United States, April 30, 1998, em que a Missão Permanente dos Estados Unidos assim sustentava: “Copyrights owned by US nationals have been infringed in this manner repeatedly, and continue to be infringed, despite efforts by US right holders to prevent such infringement and to pursue their rights in Greece. This situation appears to be inconsistent with the obligations of Members under Articles 41 and 61 of the TRIPS Agreement”.

⁵¹ Assim, cf. documentos contendo a solução mutuamente acordada para os casos e que foi alcançada pelos Membros em disputa no mesmo dia: WT/DS124/2, *European Communities – Enforcement of Intellectual Property Rights for Motion Pictures and Television Programs* – Notification of Mutually Agreed Solution, March 26, 2001; e WT/DS125/2, *Greece – Enforcement of Intellectual Property Rights for Motion Pictures and Television Programs* – Notification of Mutually Agreed Solution, March 26, 2001.

⁵² Ver ainda Lei nº 2.121, 03 de março de 1993, que disciplina a proteção dos direitos de autor na Grécia (“Copyright, Related Rights and Cultural Matters”), com a reforma dada pela Lei nº 2.435, de 2 de agosto de 1996. Disponível em: <http://www.wipo.int/lea/en/text_html.jsp?lang=EN&id=2001>. Acesso em: 20 ago. 2010. Cf. especificamente Arts. 35 e 48 da Lei grega de Direitos de Autor, relativamente aos direitos de radiodifusão e às licenças e autorização de entidades de radiodifusão sobre retransmissão das radiodifusões, comunicação ao público, fixação em gravações sonoras e visuais, reprodução direta ou indireta de fixações das radiodifusões. Os Arts. 59 e seguintes estabelecem especificamente as medidas para impedir atos de violação de direitos de autor e conexos, desde a adoção de especificações técnicas em aparelhos, uso de controle de sistemas sobre a frequência e reprodução das radiodifusões, rotulação das obras audiovisuais (*labeling*) até a cessão de atividades do suposto violador/infrator.

⁵³ Cf. WT/DS125/2, *Greece – Enforcement of Intellectual Property Rights for Motion Pictures and Television Programs* – Notification of Mutually Agreed Solution, March 26, 2001.

e Grécia (*Observância dos direitos de propriedade intelectual para filmes e programas de televisão*) recorre, em inúmeras passagens, à expressão “pirataria de emissões televisivas” – supostamente originadas na Grécia.⁵⁴ Segundo o documento, o governo norte-americano estimularia a criação de contatos entre os titulares de direitos de autor norte-americanos e as autoridades gregas para a legitimidade e autenticidade das demandas relativas à proteção de direitos de autor e conexos. As normas da Lei grega de Direitos de Autor teriam justamente por finalidade desestimular a prática de atos de violação no território nacional, como “meio eficaz de dissuasão da pirataria”.⁵⁵ De acordo com a solução, a Grécia deveria, assim, empregar todos os mecanismos para alcançar um controle administrativo efetivo sobre as emissoras de televisão para assegurar a observância de normas de proteção de direitos de autor e conexos.

4.4. DS171 – Argentina – Proteção de patentes de produtos farmacêuticos e proteção de dados de prova relativos a produtos químicos para agricultura e DS 196 – Argentina – certas medidas sobre proteção de Patentes e dados de teste

Em 6 de maio de 1999, os Estados Unidos solicitaram consultas à Argentina, questionando a suposta ausência, em seu direito doméstico, de um regime de proteção de produtos farmacêuticos e de um regime eficaz de concessão dos direitos exclusivos de comercialização, de acordo com

⁵⁴ Cf. WT/DS124/2, *European Communities – Enforcement of Intellectual Property Rights for Motion Pictures and Television Programs* – Notification of Mutually Agreed Solution, March 26, 2001, item 3 (especificamente com referência à seguinte passagem: “Greece will continue to apply effective deterrence against any increase in the level of television piracy”).

⁵⁵ Cf. WT/DS124/2 – *European Communities – Enforcement of Intellectual Property Rights for Motion Pictures and Television Programs*, cit., item 4, em que os Membros destacam a expressão “effective deterrent against piracy”.

a obrigações assumidas no TRIPS/OMC, ainda no prazo de transição estabelecido para países em desenvolvimento no Art. 65.2 do Acordo.⁵⁶

Posteriormente, em 30 de maio de 2000, novas consultas são formuladas pelos Estados Unidos, nas quais este Membro questiona a Argentina sobre supostas violações das obrigações previstas no Acordo TRIPS/OMC, em especial a compatibilidade da lei argentina com os dispositivos sobre licenciamento compulsório, restrições às importações, extensão da proteção de patentes de invenção de processo para produtos, inversão do ônus da prova em casos de violação de direitos de patentes, medidas cautelares, patenteamento de microorganismos, patentes transitórias (de acordo com Art. 70.4.a e 70.7.b) (Cf. NEGRO, 2006, p. 148 et seq.).

Depois de sucessivas negociações entre os Membros, uma solução mutuamente acordada no caso foi alcançada em 31 de maio de 2002, pondo fim duplamente às controvérsias nos casos DS 171 e 196⁵⁷. Entre os principais resultados quanto à disciplina das medidas cautelares – em referência ao Art. 50 do TRIPS/OMC –, destacam-se as alterações na legislação argentina pela Lei nº 25.859, especialmente sobre os Artigos 83 e 87 da Lei nº 24.481/95 e o Decreto nº 260/96. Aqui, alguns aspectos podem ser ressaltados na reforma legislativa empreendida, tais como: (i) a discricionariedade das autoridades judiciais na concessão de medidas de urgência ou cautelares, (ii) especificação dos requisitos para concessão, (iii) caráter *inaudita altera parte*, (iv) assis-

⁵⁶ Cf. WT/DS171/1 – *Argentina – Patent Protection for Pharmaceuticals and Test Data Protection for Agricultural Chemicals* – Request for Consultations by the United States, May 10, 1999.

⁵⁷ Cf. documentos WT/DS171/3 – *Argentina – Patent Protection for Pharmaceuticals and Test Data Protection for Agricultural Chemicals*, Notification of Mutually Agreed Solution as of June 20, 2002; WT/DS196/4 – *Argentina – Certain Measures on the Protection of Patents and Test Data* – Notification of Mutually Agreed Solution, as of June 20, 2002.

tência pericial, e (v) equilíbrio necessário para evitar abusos na concessão de medidas cautelares requeridas pelos titulares da propriedade intelectual (Cf. NEGRO, 2006, p. 163-165).

A solução encontrada pela Argentina, ao considerar a regulamentação das medidas cautelares em sua legislação patentária interna, parece confirmar a tese de que o Art. 50 do TRIPS não encontra aplicação direta e que sua operatividade e efetividade dependem justamente da adoção, pelo legislador doméstico, de um arcabouço normativo específico. No caso analisado, as novas redações dos Artigos 83 e 87 da Lei de Patentes argentina apontam para elementos e requisitos mínimos a serem observados pelos tribunais domésticos para a concessão de medidas cautelares requeridas pelos titulares.⁵⁸

4.5. DS362 – China – Medidas que afetam a proteção e observância dos direitos de propriedade intelectual

Em 10 de abril de 2007, os Estados Unidos requereram o procedimento de consultas com a China a respeito da aplicação de certas medidas relativas à proteção e observância dos direitos de propriedade intelectual.⁵⁹ A primeira questão diz respeito aos

⁵⁸ Assim, cf. observação do Prof. Carlos Correa (2006, p. 9): “De hecho, dado el carácter genérico y programático del Art. 50 referido, resulta imposible su aplicación sin recurrir a una normativa complementaria”.

⁵⁹ Cf. WT/DS362/1, China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights – Request for Consultations by the United States, 10 April 2007. Considerando os interesses comerciais envolvidos e o volume de negócios transfronteiriços com a China envolvendo bens protegidos por direitos de PI, outros Membros requereram a participação nas consultas, tais como o Japão e México. Cf. WT/DS362/2 – China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights – Request to Join Consultations – Communication from Japan, 24 April 2007; WT/DS362/3 – China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights – Request to Join Consultations – Communication from the European Communities, 27 April 2007; DS 362/4 – China – Measures Affecting

requisitos que devem ser preenchidos, de acordo com o direito chinês, para o enquadramento jurídico dos atos de contrafação e pirataria em procedimentos criminais e imposição das sanções aplicáveis, de acordo com os Artigos 213, 214, 215, 217, 218, e 220 da Lei Penal da República Popular da China, de 1º de julho de 1979,⁶⁰ e as medidas dos tribunais e da Corte Popular e de pareceres consultivos da Procuradoria Suprema sobre Questões Concretas de Interpretação de Casos Criminais relacionados à Propriedade Intelectual.⁶¹

Segundo o direito chinês, os atos de contrafação e pirataria relativos à propriedade intelectual podem ser objeto de processo criminal e aplicação de sanções específicas, desde que as “circunstâncias do caso sejam sérias” (Art. 213 da Lei Penal de 1979). A lei também prevê outros critérios para a determinação dos ilícitos, como quando a quantidade/volume de vendas de bens incorporando marcas protegidas objetos de falsificação for “relativamente elevado”, ou se tais vendas resultarem em um “enorme volume” de bens objetos de contrafação.⁶² A Lei Penal ainda descreve certos atos de pirataria de direitos de autor como passíveis de enquadramento na legislação criminal, caso se constate que “o volume de ganhos ilícitos seja elevado” ou quando existirem “outras circunstâncias especialmente sérias”.⁶³

Além dessas questões, os Estados Unidos consultam a China sobre a aplicação de outros dispositivos da Lei Penal de 1979, em

the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights – Request to Join Consultations – Communication from Canada, 27 April 2007.

⁶⁰ A Lei Penal de 1979 foi posteriormente modificada em 14 de maio de 1997.

⁶¹ Adotado na 1331ª Sessão do Comitê Judiciário da Suprema Corte da República Popular da China, em 2 de novembro de 2004, e na 28ª Sessão 28ª Sessão do Comitê de Procuradores da Procuradoria Geral da República Popular da China, de 11 de novembro de 2004, em vigor em 22 de dezembro de 2004, e que são denominados a “Interpretação Judicial de Dezembro de 2004”. (*the December 2004 Judicial Interpretation*).

⁶² Art. 214 da Lei Penal chinesa de 1979.

⁶³ Arts. 217 e 218 da Lei Penal chinesa de 1979.

particular de saber se os bens que violam direitos de propriedade intelectual confiscados pelas autoridades aduaneiras chinesas, sobretudo quanto ao escopo e abrangência das normas de processo penal relativamente aos atos ilícitos de reprodução ou distribuição não-autorizadas de obras protegidas por direitos de autor. A Consulta também pretendia determinar a extensão da proteção de direitos de autor e direitos conexos conferida aos titulares no ordenamento chinês, bem como observância e aplicação de direitos relativamente às obras de autoria, fonogramas, execuções ou interpretações que não tenham sido autorizadas para publicação ou distribuição no território da China.

O pedido formulado em 25 de abril de 2007 pelas Comunidades Europeias, para participação da fase de consultas estabelecidas com a China, apoiou-se inclusive em interessante passagem sobre a justificativa da proteção dos direitos de PI no domínio do mercado comum, no qual são invocadas na necessidade de uma “correta aplicação” do Acordo TRIPS e da essencialidade da proteção efetiva de direitos de PI na proteção de interesses de empresas atuantes no mercado europeu⁶⁴. Entre os argumentos das Comunidades, estaria ainda o fato de que a China prevê sanções insuficientes, tanto na esfera cível como criminal (multas, apreensões de bens que violam direitos de propriedade intelectual e medidas restritivas de liberdade para infratores) para os

⁶⁴ Cf. WT/DS362/3 – *China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights* – Request to Join Consultations – Communication from the European Communities, de 27 de abril de 2007 (com menção à seguinte passagem: “An efficient protection of Intellectual Property rights is an essential element in the protection of the interests of EC companies. Counterfeiting and piracy activity leads to a systematic erosion of the value added created by European R&D investments and affects the development of a stable and mutually beneficial trade relation. China is the fourth largest destination of EC exports. Therefore, the European Communities has a substantial trade interest in the present dispute and in the correct application of the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights”).

casos de contrafação de marcas e pirataria de direitos de autor em escala comercial. Assim, as medidas de observância contempladas na Parte III do Acordo TRIPS não teriam sido implementadas no direito interno, de tal modo a permitir a “ação eficaz” contra atos voluntários de contrafação e pirataria em escala comercial.⁶⁵

Em 13 de agosto de 2007, os Estados Unidos solicitaram ao órgão de Solução de Controvérsias a constituição do Grupo Especial para apreciar a controvérsia com a China quanto a violação das obrigações assumidas no TRIPS/OMC. Outros Membros reservaram o direito de participação na controvérsia como terceiros interessados, tais como a Argentina, Comunidades Europeias, Japão, Taiwan, México, Austrália, Brasil, Canadá, Índia, Coreia, Tailândia e Turquia. O Grupo Especial foi constituído em 25 de setembro de 2007.⁶⁶ Como principal objeto, o litígio refere-se à violação pela China das obrigações assumidas no TRIPS, em particular os Artigos 41 e 60 do Acordo, especificamente quanto às medidas de observância das normas de proteção e os procedimentos penais a serem implementados pelos Estados Membros em seus ordenamentos internos.

Entre as questões a serem apreciadas pelo OSC no caso estão aquelas do alcance da proteção conferida pelos direitos de autor e conexos e medidas de aplicação das normas de proteção para obras de

⁶⁵ WT/DS362/3 – *China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights* – Request to Join Consultations – Communication from the European Communities, de 27 de abril de 2007. “Furthermore, it appears that, as a result of the thresholds described above, China fails to ensure that enforcement procedures as specified in Part III of the TRIPS Agreement are available under its law so as to permit effective action against any act of willful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale.”

⁶⁶ Ver documento WT/DS362/8, *China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights* – Constitution of the Panel Established at the Request of the United States – Note by the Secretariat, December 13, 2007.

autoria que não tenham sido autorizadas para publicação ou distribuição dentro do território chinês. Segundo os Estados Unidos, a prática adotada pela China resultaria em uma recusa de proteção aos direitos de autor para obras de autoria e aos direitos conexos relativos às gravações sonoras e execuções ou interpretações, que não tenham sido autorizadas pelas autoridades nacionais chinesas.

Isso porque haveria na prática chinesa a adoção de mecanismo de controle para censura (*copyright review*), materializado pela análise prévia das autoridades domésticas concedendo autorização para publicação ou distribuição de tais obras, fonogramas e execuções. À primeira vista, os Estados Unidos argumentam que tais objetos, antes de efetivamente introduzidos no mercado chinês, não recebem proteção por direitos de autor, conforme estabelecida pela lei doméstica; tal lacuna permaneceria até a conclusão da análise pelas autoridades chinesas e consequente autorização da publicação e distribuição de tais obras, fonogramas e execuções ou interpretações.⁶⁷

Nesse casos, os Estados Unidos questionam justamente a compatibilidade do regime de proteção dos direitos de autor e

conexos estabelecido pela China, sobretudo quanto ao Art. 4 da Lei chinesa de Direitos de Autor de 1990⁶⁸ com as obrigações assumidas no TRIPS/OMC. As normas questionadas incluem ainda os Regulamentos Administrativos relativos à Indústria Editorial, ao Gerenciamento das Entidades de Radiodifusão, ao Gerenciamento de Produtos Audiovisuais e de Filmes, bem como os Regulamentos Administrativos sobre Publicações Eletrônicas, Procedimentos e Regras sobre Gravação de Publicações Importadas e Regulamentos sobre a Administração da Cultura de Internet.⁶⁹

No pedido de constituição do Grupo Especial, os Estados Unidos invocaram normas da Convenção de Berna de 1886, em particular os Art. 5(1) e 5(2) relativamente à aplicação do princípio do tratamento nacional aos autores nacionais dos países da União e ausência de formalidades para proteção, bem como os Artigos 8, 9(1), 12, relativos aos direitos mínimos conferidos aos titulares (direitos de tradução, de reprodução e adaptação das obras protegidas).⁷⁰ Tais dispositivos, por força do Art. 9.1 do Acordo TRIPS, foram incorporados por referência pelo Acordo, e se submetem ao cumprimento imediato pelos Membros da OMC.⁷¹

⁶⁷ O regime doméstico de proteção aos direitos de autor na China é fundamentalmente baseado na Lei chinesa de Direitos de Autor e as Regras de Implementação para Direitos de Autor, ambas promulgadas em 1990. Ainda para implementar as obrigações contidas na Convenção de Berna de 1886 para Proteção das Obras Literárias e Artísticas e a Convenção Universal sobre Direito de Autor de 1961, bem como aos acordos e tratados bilaterais concluídos pela China e terceiros Estados, o governo estabeleceu nova reforma em 1992, pelas Regulations on Implementation of International Copyright Treaties of 1992. Segundo a doutrina, tais diplomas normativos teriam concedido proteção ampla para os titulares de direitos de autor na República Popular da China. Vale destacar que a China aderiu à Convenção de Berna de 1886 em 10 de julho de 1992, bem como celebrou em janeiro de 1992 um Memorando de Entendimentos com os Estados Unidos pelo qual se comprometia a oferecer proteção para todas as obras de autoria originadas no território norte-americano, bem como para obras estrangeiras. Sobre as reformas legislativas em matéria de propriedade intelectual na China, ver Feng (2003); HONG e CHENGSI(2002).

⁶⁸ Promulgada na 15ª Sessão do Comitê Permanente do Sétimo Congresso Nacional do Povo Chinês, em 7 de setembro de 1990, e posteriormente reformada pela Decisão de 27 de outubro de 2001, relativa à Reforma da Lei Chinesa de Direitos de Autor (24ª Sessão do Comitê Permanente do Nono Congresso Nacional do Povo). A China notificou tais alterações ao Conselho para TRIPS, conforme informações constantes no documento WT/IP/N/1/CHN/C/1, *Main Dedicated Intellectual Property Laws and Regulations Notified under Article 63.2 of the Agreement*, July 8, 2002.

⁶⁹ Ver descrição completa das normas chinesas no documento WT/DS362/7, *China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights – Request for the Establishment of a Panel by the United States*, August 21, 2007.

⁷⁰ Idem, Seção III, especialmente nota 14. WT/DS362/7, *China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights – Request for the Establishment of a Panel by the United States*, August 21, 2007.

⁷¹ O Art. 9.1 do TRIPS assim estabelece quanto à relação de seus dispositivos com a Convenção de

Segundo os Estados Unidos, apesar de a Lei Chinesa de Direitos de Autor de 1990 assegurar proteção dos direitos de titulares estrangeiros e especificar normas para proteção de direitos conexos, a primeira parte de seu Art. 4º estabelece que não serão protegidas as obras cuja autorização ou publicação seja vedada pela lei. Assim, os autores estrangeiros de obras, cuja distribuição ou circulação no território chinês não tenha sido autorizada pelas autoridades locais, aparentemente não poderiam exercer os direitos mínimos assegurados pela Convenção de Berna relativamente à proteção das obras de autoria submetidas ao controle prévio de censura pela autoridade chinesa. Ao estabelecer o controle prévio para aprovação das obras, a China teria violado a obrigação contida no Art. 9(1) do TRIPS, incorporando os dispositivos da Convenção de Berna de 1886, em especial o Art. 5(2) que estabelece o princípio da proteção automática nos países da União, embasado na ausência de formalidades para exercício dos direitos de autor. Estes, enquanto estejam submetidos ao controle de censura e pré-aprovação das obras de autoria pelas autoridades chinesas, condicionam-se a formalidades que afastariam a proteção automática.⁷²

Berna de 1886, revista em Paris em 1971: “Os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 21 e no Apêndice da Convenção de Berna (1971). Não obstante, os Membros não terão direitos nem obrigações, neste Acordo, com relação aos direitos conferidos pelo Art. 6 ‘bis’ da citada Convenção, ou com relação aos direitos dela derivados”.

⁷² Ver especificamente a argumentação dos Estados Unidos no pedido de constituição do Grupo Especial na controvérsia com a China relativa à observância das normas de proteção de direitos de propriedade intelectual em WT/DS362/7, *China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights – Request for the Establishment of a Panel by the United States*, August 21, 2007 (“Authors of works whose publication or distribution in China is prohibited – such as those works whose publication or distribution has not been authorized in China – appear not to enjoy the protection specially granted by the Berne Convention in respect of those works and, it appears, may never enjoy such protection if the work is not authorized, or is not authorized for distribution or publication in the form as submitted

Os Estados Unidos também questionam uma possível violação do Art. 14 do TRIPS, que estabelece a obrigação de os Membros oferecerem proteção aos direitos conexos, sobretudo quanto à possibilidade de os produtores de fonogramas autorizarem ou proibirem a reprodução, direta ou indireta, de seus fonogramas.⁷³ Na medida em que a Lei Chinesa de Direitos de Autor de 1990 recusa, de modo temporário ou permanente, a proteção para os direitos sobre execuções ou interpretações e fonogramas submetidos ao sistema de “controle prévio de distribuição e publicação”, as medidas adotadas pela China resultariam na violação das obrigações do TRIPS relativas à proteção de direitos conexos.

Os Estados Unidos também sustentam que as medidas adotadas pela China para disposição de bens confiscados em violação a direitos de propriedade intelectual seriam incompatíveis com as obrigações assumidas no TRIPS/OMC, sobretudo quanto aos Regulamentos da República Popular da China para Proteção Aduaneira de Direitos de Propriedade Intelectual, de 26 de novembro de 2003⁷⁴ e suas respectivas Medidas de Implementação, editadas em 22 de abril de 2004 pela Administração Geral de Aduanas da China⁷⁵

for review. By causing this denial of copyright protection, Article 4 of the Copyright Law appears to be inconsistent with China’s obligations under Article 9.1 of the TRIPS Agreement. In addition, the copyright rights of authors of works whose publication or distribution is required to undergo pre-publication or pre-distribution review appear to be subject to the formality of successful conclusion of such review. By subjecting copyright protection to this formality, Article 4 of the Copyright Law appears to be inconsistent with China’s obligations under Article 9.1 of the TRIPS Agreement.”)

⁷³ “Art. 14.2: Os produtores de fonogramas gozarão do direito de autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta de seus fonogramas”.

⁷⁴ *Regulations of the People’s Republic of China for Customs Protection of Intellectual Property Rights*, as of November 26, 2003.

⁷⁵ *Implementing Measures of Customs of the People’s Republic of China for the Regulations of the People’s Republic of China on Customs Protection of Intellectual Property Rights*, as of April 22, 2004. As Medidas de

e seu Comunicado nº 16 de 2 de abril de 2007.⁷⁶

Segundo a reclamação apresentada pelos Estados Unidos, o Art. 27 dos Regulamentos de 2003 e o Art. 30 de suas respectivas Medidas de Implementação, de 2004, estabelecem uma hierarquia de requisitos para disposição de bens confiscados em violação a direitos de propriedade intelectual pelas autoridades aduaneiras chinesas. De acordo com essa hierarquia, as autoridades seriam obrigadas a dar prioridade para alternativas de apreensão que permitam os bens confiscados em violação a direitos de propriedade intelectual a ingressarem nos canais de comércio, por exemplo, mediante leilão quando tiverem sido removidas as características infrativas nele presentes. Esses bens em violação somente seriam destruídos se as características infrativas não puderem ser removidas ou destruídas.

Nesse ponto é que, segundo os Estados Unidos, as normas chinesas seriam incompatíveis com as obrigações do TRIPS relativas à observância dos direitos de PI, em especial os Artigos 46 e 59 do Acordo.⁷⁷ A liberação de bens em violação à propriedade intelectual nos canais do comércio segundo as circunstâncias previstas nos Regulamentos Aduaneiros de 2003 e suas respectivas Medidas de Implementação aparentemente não estariam em conformidade com os princípios de observância estabelecidos no Acordo relativos à destruição e disposição desses bens. Na visão dos Estados Unidos, as autoridades aduaneiras chinesas parecem carecer de competência para ordenar a destruição e disposição dos bens infrativos

Implementação do Regulamento Aduaneiro de 2003 estão em vigor desde 1º de julho de 2004.

⁷⁶ *General Administration of Customs Announcement* Nº 16, as of April 2, 2007.

⁷⁷ Os dispositivos referem-se especificamente aos remédios a serem adotados, pelas autoridades domésticas nos Membros da OMC, para destruição ou liberação nos canais de comércio, dos bens que violem direitos de propriedade intelectual, incluindo, no caso do Art. 59, a proibição de sua re-exportação sem que sejam alterados ou de sujeição a regimes alfandegários.

à propriedade intelectual nos canais do comércio, também em desconformidade com as obrigações assumidas pela China TRIPS/OMC.

A terceira alegação apresentada pelos Estados Unidos diz respeito à suposta recusa, pela China, de conferir proteção aos direitos de autor e conexos para obras que não tenham sido autorizadas para publicação e distribuição. Consideram que a China teria estabelecido dispositivos incompatíveis com as obrigações do Acordo TRIPS/OMC por negar a proteção estabelecida em sua Lei de Direitos de Autor às obras de autoria criativas e, no que couber (sobretudo quanto ao seu Art. 4º) para fonogramas e execuções, que não tenham sido autorizados (ou de algum modo proibidos) para publicação ou distribuição no território chinês. No caso comentado, as medidas internas questionadas pelos Estados Unidos referem-se à (i) Lei de Direitos de Autor; (ii) a Lei Penal chinesa e respectivos regulamentos sobre Administração da Indústria Editorial, Regulamentos sobre o Gerenciamento de Radiodifusão, Regulamentos sobre a Administração de Obras Cinematográficas e Regulamentos sobre a Administração de Telecomunicações; (iii) Regulamentos sobre Administração da Indústria Cinematográfica; (iv) Regulamentos Administrativos sobre Bens Audiovisuais; (v) Regulamentos Administrativos sobre Publicação; (vi) Regulamentos Administrativos sobre Publicação Eletrônica, (vii) Medidas para Administração de Importação de Produtos de Áudio e Vídeo; (viii) Procedimentos de Análise e Aprovação para Publicação de Itens Acabados, licenciados por titulares de direitos de autor estrangeiros; (ix) Procedimentos para Análise e Aprovação de Itens Eletrônicos de Publicação por organismos de importação de itens eletrônicos; (x) Procedimentos para Gravação de Publicações Importadas; (xi) Regulações transitórias para Gerenciamento da Cultura Cibernética e (xii) Pareceres sobre o Desenvolvimento e Regulamentação da Rede Música, bem

como outras emendas, medidas relacionadas e medidas de aplicação.

Os Estados Unidos invocam os Arts. 5.1 e 5.2 da Convenção de Berna de 1886 (com a Revisão de Paris de 1971) para reafirmar o princípio do tratamento nacional e o princípio da proteção automática, segundo os quais os autores estrangeiros de obras protegidas deverão gozar de todos os direitos concedidos aos autores nacionais (assim como todos os direitos especiais estabelecidos pela Convenção), e a proteção assegurada independe de quaisquer formalidades. E que segundo o Art. 9.1 do TRIPS, os Membros da OMC devem observar os Artigos 1 a 21 da Convenção de Berna de 1886.⁷⁸

Segundo os Estados Unidos, ainda, a Lei chinesa de Direito de Autor oferece a base normativa para a proteção dos direitos de autor na China relativamente às obras de autores chineses e estrangeiros, além de estabelecer uma série de direitos, tais como os de reprodução, tradução e adaptação. A lei oferece uma proteção jurídica específica aos artistas e intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão. O principal questionamento dos Estados Unidos estaria no Art. 4º da Lei chinesa, que prevê que “as obras cuja publicação ou distribuição estejam proibidas não gozam da proteção da presente Lei”. Assim, os autores de obras cuja publicação ou distribuição não tenha sido aprovada pelas autoridades domésticas chinesas (e portanto, proibidas) aparentemente não seriam beneficiados pelas normas mínimas de proteção dos direitos de autor, sobretudo aquelas contempladas na Convenção de Berna de 1886. Pela literalidade do Art. 4º da Lei chinesa, pode ser que essas obras nunca recebam proteção, se não forem autorizadas ou se não forem aprovadas sua distribuição ou publicação na forma em que foram apresentadas para análise pelas autoridades domésticas.

⁷⁸ WT/DS362/7, China - Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights - Request for the Establishment of a Panel by the United States, August 21, 2007, especialmente item III.

De acordo com sua Reclamação ao OSC, os Estados Unidos sustentam que os direitos de autor sobre as obras cuja publicação ou distribuição na China exige um exame prévio pelas autoridades parecem estar submetidos à formalidade de aprovação, o que poderia violar as obrigações assumidas pela China relativamente ao Art. 9º do Acordo TRIPS, que incorpora por referência os dispositivos da Convenção de Berna de 1886. Ainda em conformidade com o Art. 14 do TRIPS, a China deve oferecer aos intérpretes e executantes a possibilidade de que certos atos sejam por estes autorizados ou proibidos, tais como aqueles relativos à reprodução direta ou indireta de seus fonogramas, disciplinados por direitos conexos. Na medida em que o Art. 4º da Lei Chinesa da Direito de Autor negaria a proteção aos direitos conexos para execuções (ou suas fixações) ou fonogramas, quando estes tenham sua publicação ou distribuição não aprovada pelas autoridades domésticas, a China não teria observado a obrigação contida no Art. 14 do TRIPS/OMC. Na visão dos Estados Unidos, as normas chinesas estabeleceriam distintos processos de pré-distribuição e autorização prévia para obras nacionais chinesas (incluindo execuções e suas fixações) e para aquelas relativas às obras de titulares estrangeiros.⁷⁹

Como resultado, esses diferentes processos de aprovação e autorização de publicação e distribuição de obras de autoria no território chinês, bem como o Art. 4º da Lei chinesa de Direito de Autor, levariam, segundo os Estados Unidos, a uma “proteção e aplicação mais favoráveis” de direitos de autor para as obras de autores chineses do que para aquelas de autores estrangeiros. A mesma discriminação resultaria quanto aos direitos de produtores de fonogramas e executantes (e suas fixações).⁸⁰ As medidas

⁷⁹ WT/DS362/7, China - Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, August 21, 2007, especialmente item III.

⁸⁰ Cf. WT/DS362/7, China - Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, August 21, 2007, especialmente item III, relativamente à passagem a seguir transcrita: “These different pro-

adotadas pela China violariam, assim, as obrigações assumidas no TRIPS, em especial, o Art. 3.1 relativamente ao tratamento nacional e o Art. 9.1, que estabelece a obrigação de proteção dos direitos de autor, pelos Membros da OMC, de acordo com os Artigos 5.1 e 5.2 da Convenção de Berna de 1886. Para obras que não tenham sido aprovadas para publicação e distribuição na China, não seria possível aplicar normas de proteção de direitos de autor. O mesmo se estende aos fonogramas e execuções (e suas fixações), de acordo com o Art. 4º da Lei chinesa de Direito de Autor.

Entre as consequências dessas medidas, a China deixaria de assegurar os procedimentos de observância dos direitos de propriedade intelectual, estabelecidos na Parte III do TRIPS, e que não estariam previstos em seu direito interno, de tal modo a comprometer a efetiva ação contra violação de direitos de autor e conexos nos casos de obras não autorizadas para publicação e distribuição no território nacional.

Depois de se manifestar pela complexidade do contencioso em questão, o Grupo Especial, constituído em 25 de setembro de 2007 para analisar a reclamação formulada pelos Estados Unidos, requereu extensão do prazo geral de seis meses para adoção de seu Relatório de acordo com o Art. 12.8 do ESC, contado a partir da data em que o OSC tenha acordado sobre sua constituição e mandato.⁸¹ Em seu Relatório, de 26 de

cesses, taken together with Article 4 of the Copyright Law, appear to result in earlier and otherwise more favorable protection and enforcement of copyright rights for Chinese authors' works than for foreign authors' works. Further, to the extent Article 4 applies with respect to related rights, these different processes, taken together with Article 4 of the Copyright Law, appear to result in earlier and otherwise more favorable protection and enforcement of related rights for Chinese performers' performances (or their fixations) and Chinese producers' sound recordings than for foreign performers' performances (or their fixations) and foreign producers' sound recordings".

⁸¹ WT/DS362/9, *China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights* – Communication from the Chairman of the Panel, as of July 18, 2008. Segundo o Grupo Especial, em virtu-

janeiro de 2009, concluiu que dispositivos da Lei chinesa de Direito de Autor de 1990 são incompatíveis com as obrigações assumidas pela China no TRIPS/OMC e na Convenção de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886, em especial seu Art. 5(1) que estabelece o princípio do tratamento nacional. Especificamente em relação às medidas de fronteira, conforme previstas na Parte III do TRIPS, o Painel entendeu que o Art. 59 do Acordo não poderia ser invocado pelos Estados Unidos para embasar a reclamação contra a China, já que o dispositivo se aplica somente a bens destinados a exportação por determinado Membro da OMC, considerando-se o princípio da “dissuasão eficaz” das medidas contra violações de direitos de propriedade intelectual.⁸² O Relatório, igualmente, observa que os Estados Unidos não invocaram o argumento de que os patamares criminais estabelecidos pela Lei Penal chinesa de 1979 seriam incompatíveis com a obrigação da China, consoante o Art. 61 do TRIPS, de estabelecer aplicação de procedimentos penais e sanções penais para o caso de contrafação voluntária de patentes ou pirataria em escala comercial.

Considerando a amplitude da Reclamação formulada pelos Estados Unidos, o Grupo Especial não aprofundou a análise das reclamações sobre alegadas violações do Artigo 5(2) da Convenção de Berna de 1886 (relativo à proteção automática conferida às obras de Autoria nos países da União de Berna), como tal incorporado

de das questões formuladas pelos Estados Unidos, o prazo de seis meses para a emissão do Relatório não poderia ser observado.

⁸² Sobre isso, Primeira parte do Art. 46 do TRIPS: “A fim de estabelecer um elemento de dissuasão eficaz contra violações, as autoridades judiciais terão o poder de determinar que bens, que se tenha determinado sejam bens que violem direitos de propriedade intelectual, sejam objeto de disposição fora dos canais comerciais, sem qualquer forma de compensação, de tal maneira a evitar qualquer prejuízo ao titular do direito, ou, quando esse procedimento for contrário a requisitos constitucionais em vigor, que esses bens sejam destruídos.”

por referência pelo Art. 9.1. do TRIPS/OMC, e do Artigo 61, relativo à obrigação dos Membros de estabelecerem procedimentos penais para violação dos direitos de propriedade sob a modalidade de contrafação e pirataria vis-à-vis as normas da Lei chinesa de Direitos de Autor de 1990 e a Lei Penal de 1979.⁸³ O Relatório aponta para a conclusão de que, na medida em que sejam incompatíveis com o TRIPS, as normas internas de Direito de Autor e os regulamentos aduaneiros chineses questionados nessa controvérsia anulam ou prejudicam os benefícios relativos aos Estados Unidos quanto à proteção autoral no sistema doméstico chinês e recomenda a adoção, pela China, de medidas que estabeleçam a conformidade de seu direito interno com as obrigações do TRIPS.⁸⁴

Após a adoção do Relatório pelo OSC em 20 de março de 2009, a China apresentou Relatório de Implementação contendo o compromisso do país de observar as recomendações do Grupo Especial, dentro de um período razoável para tanto. Nesse caso, a China teria até 20 de março de 2010 para adotar as medidas, em seu direito interno, de adequação às obrigações estabelecidas pelo TRIPS/OMC relativamente à proteção das obras de autoria e medidas e procedimentos de caráter penal para sancionamento de atos de contrafação voluntária e pirataria.⁸⁵

⁸³ WT/DS362/R, *China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights* – Report of the Panel, as of January 26, 2009.

⁸⁴ As conclusões do Painel no Caso China (DS362) parecem extrapolar o sentido que deve ser atribuído às obrigações relativas à proteção dos direitos de autor, de acordo com a Convenção de Berna de 1886, deixando-se influenciar pelos argumentos apresentados pelos Estados Unidos na reclamação apresentada ao OSC. Um bom exemplo é aquele relativo à aplicação do princípio da proteção automática, reconhecido no domínio unionista, e que estende a proteção das obras literárias e artísticas a todos os países da União de Berna, sem, contudo, atribuir direitos de autor especificamente, pois estes são passíveis de aquisição de acordo com a lei do local em que a proteção é invocada.

⁸⁵ Até a conclusão do presente trabalho, restava pendente a adoção das medidas pela China para

5. Dificuldade e crítica sobre a implementação das obrigações relativas à observância dos direitos de propriedade intelectual no Acordo TRIPS

A adoção de normas internacionais relativas à observância e proteção de direitos de propriedade intelectual parece esbarrar em dois principais problemas fundamentais, que não podem ser ignorados no contexto Pós-TRIPS. Um deles reside na dificuldade de aplicação pelos Estados Membros da OMC de medidas de observância, sem a alteração dos modelos adotados pelos legisladores nacionais quanto aos procedimentos civis e administrativos, medidas de fronteira e procedimentos penais relativos à propriedade intelectual.

Em mais de dez anos de vigência do Acordo TRIPS, seria impossível pretender um *funcionamento coordenado* dos sistemas domésticos de observância da propriedade intelectual, sem convergência desses modelos. O cumprimento das obrigações da Parte III, pelos Membros da OMC, ainda que se considere seu caráter “geral” e de “resultado”, poderá sempre admitir questionamento em controvérsias internacionais a serem endereçadas pelo OSC, como evidenciadas no casos da Suécia, Dinamarca, Grécia, Argentina e China⁸⁶.

Do mesmo modo, um dos exemplos interessantes na dificuldade de adequação prática das medidas de observância da propriedade intelectual pelos direitos domésticos estaria na *diversidade de tratamento dos métodos e prazos* pelas autoridades, administrativas e judiciais, dos Membros da OMC. Amplas noções de “ação eficaz”, “remédios expeditos” (Art. 41.1), “atrasos injustificados” (Art. 41.2), “prazo razoável” (Art. 43), por exemplo, entrechocam-se com

ajustamento do direito chinês às obrigações do TRIPS em matéria de proteção de obras de autoria, nos casos de censura prévia e não aprovação para distribuição e circulação no território chinês, Informações atualizadas em: < http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds362_e.htm>.

⁸⁶ Cf. item 3 supra.

as realidades institucionais e normativas nos ordenamentos domésticos, entre diferentes tradições jurídicas e abordagens de política legislativa e políticas públicas.⁸⁷ Somente teoricamente, uma análise casuística pelo OSC é que poderia abordar e definir os contornos dessas noções à luz dos princípios e objetivos do TRIPS; ela depende muito mais de uma percepção sobre a infraestrutura administrativa e judicial dos Membros em seus ordenamentos domésticos do que necessariamente de uma interpretação literal das obrigações relativas à observância da propriedade intelectual na Parte III do Acordo.

Assim, o que seria antes meramente uma questão de interpretação e aplicação, a substantivação das normas da TRIPS passa a compor-se, igualmente, de uma pauta de critérios administrativos e procedimentais relativos à proteção dos direitos de propriedade intelectual no trânsito econômico internacional, incluindo a obrigação efetiva dos Estados Membros da OMC de adoção de medidas de tutela ou remédios judiciais efetivos em seus ordenamentos domésticos. Estes, em maior medida, devem ser elaborados – na visão que prevaleceu entre os negociadores do TRIPS – como mecanismos de máximo grau de proteção dos titulares (“ação eficaz”), portanto, em nítida correspondência à concepção em torno da natureza privada dos direitos de propriedade intelectual e necessidade de regulação do comércio de bens objeto de contrafação.⁸⁸ Em certa medida, a implementação das obrigações multilaterais relativas à observância da propriedade

intelectual pelos Estados Membros da OMC tornar-se-á objeto de escrutínio (ou controle) externo pelos outros Membros, intensificado com a adoção, no sistema multilateral do comércio, do *princípio da transparência*.⁸⁹

Por essa razão, os titulares que não encontrem materialização ou concretização da proteção dos direitos de propriedade intelectual nos ordenamentos internos dos Membros da OMC têm para si resguardadas alternativas mais sofisticadas de ação protetiva sobre tecnologias e criações resultantes da atividade inovadora e inventiva. Ela justamente parece encontrar correspondência com reclamações feitas ao Órgão de Solução de Controvérsias, se os próprios Membros, de que titulares da propriedade intelectual sejam nacionais ou nele sejam domiciliados, decidam questionar a conduta dos outros Membros quanto ao cumprimento das obrigações assumidas no Acordo TRIPS. Nesse caso, não apenas a violação positiva de normas internacionais e o respeito ao princípio da boa-fé na execução dos tratados seriam apreciados pelo OSC, mas também, como já consagrado na experiência do GATT 94 e do próprio TRIPS, as medidas legislativas e prática doméstica dos órgãos administrativos e judiciais eventualmente incompatíveis com as normas de proteção dos direitos de PI relacionados ao comércio (REICHMAN, 1997, p. 339).

Como visto, os dispositivos do TRIPS relativos à observância das normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual e solução de controvérsias a partir da atuação do OSC implantaram “dentes” nas antigas convenções e tratados do sistema clássico de proteção.⁹⁰ Nesse campo,

⁸⁷ Correa (1998, p. 193), mencionando especificamente que um prazo que seria razoável em um país latino-americano, em vista das circunstâncias, pode não ser em países como Estados Unidos e Alemanha.

⁸⁸ Refiro-me aqui, justamente, às premissas invocadas pelos Membros da OMC no Preâmbulo do TRIPS, quanto ao reconhecimento da “necessidade de um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre o comércio internacional de bens contrafeitos” e de que “os direitos de propriedade intelectual são direito privado”.

⁸⁹ No caso do Acordo TRIPS/OMC, especificamente, ver Art. 61.

⁹⁰ Sobre isso, ver a precisa opinião do Professor Reichman (1997, p. 339), para quem: “Tomados em conjunto, os dispositivos do TRIPS relacionados a observância e solução de controvérsias colocaram dentes nas convenções pré-existentes da propriedade intelectual” (“Taken together, the enforcement and

as questões de observância pelos Estados poderiam ser endereçadas “pura e teoricamente” pelo sistema de adjudicação de controvérsias internacionais sob as competências atribuídas à Corte Internacional de Justiça, o que nunca ocorreu faticamente.

Após a entrada em vigor do TRIPS/OMC, a doutrina tinha esperanças, como ressaltava Ullrich (1996, p. 357 et seq.), de que, em longo prazo, as normas sobre solução de controvérsias e normas de observância da proteção dos direitos de PI no sistema multilateral do comércio aprofundariam o “objetivo de adaptação do sistema internacional da propriedade intelectual aos desafios de um mercado mundial integrado”. Afinal, o Acordo na verdade sempre foi, e ainda é, um instrumento político para a proteção da propriedade intelectual na ordem internacional.⁹¹

A experiência dos Membros da OMC, sobretudo de países em desenvolvimento, tem revelado, no entanto, que, em curto prazo, a aplicação das normas do Acordo TRIPS/OMC elevou consideravelmente o número de controvérsias no plano internacional, encontrando sua justificativa mais ampla na dificuldade de conciliação dos objetivos de proteção de direitos no sistema internacional da propriedade intelectual. Nesse sentido, estão contrapostos os padrões normativos acordados no sistema multilateral do comércio e a capacidade autônoma doméstica dos Estados de adotarem suas próprias normas de proteção e gerenciar instituições em conformidade com as normas internacionais.⁹²

Por outro lado, esse descompasso explica-se pela necessidade de ajustamento

dispute-settlement provisions of the TRIPS Agreement put teeth into the pre-existing intellectual property conventions”).

⁹¹ Retomo aqui as opiniões de Dörmer (1998, p. 933) “TRIPS war und ist aber gleichzeitig ein politisches Instrument; Coelho de Souza (2005, p. 27 et seq.).

⁹² Os casos da Argentina e da China, examinados no item 4 supra, indicam as dificuldades nesse sentido. E mesmo na tradição dos países nórdicos, como eram a Suécia e Dinamarca, nos primeiros anos de vigência do TRIPS, essa questão surge candente.

de políticas domésticas de desenvolvimento e inovação, com frequência apenas recentemente estabelecidas nos diversos contextos sociais e econômicos dos Membros da OMC, àquele objetivo de elevação dos níveis de proteção dos direitos de propriedade intelectual admitido como ideário pelos negociadores do TRIPS na Rodada Uruguaí do GATT, em particular os países desenvolvidos. Na visão de Reichman (1997, p. 340), Estados que apenas recentemente alcançaram suas independências políticas e econômicas teriam que enfrentar os diversos interesses reclamados por aqueles países em avançado estágio de desenvolvimento e industrialização, colocando à prova sua própria capacidade de exercer os poderes decorrentes da soberania em matéria de proteção dos direitos de propriedade intelectual.

Não diferentemente, esse aspecto é hoje evidenciado pela gradativa fragmentação da unidade do sistema multilateral do comércio e do direito internacional da propriedade intelectual rumo à criação de sistemas e subsistemas regionais e bilaterais entre Estados com consequências relevantes para a regulamentação da proteção dos direitos de propriedade na ordem internacional.

6. Conclusões

O presente trabalho buscou analisar alguns dos principais aspectos relacionados à adoção das normas de observância ou aplicação efetiva da propriedade intelectual no Direito Internacional da Propriedade Intelectual, sobretudo com as inovações trazidas pelo Acordo TRIPS na conclusão da Rodada Uruguaí do GATT. Como visto, o Acordo é o primeiro tratado – entre aqueles dedicados à propriedade intelectual – que prevê uma parte dedicada às obrigações procedimentais relativas à proteção dos direitos de propriedade intelectual no sistema multilateral do comércio. Nessa área, em particular, ressalta-se a ampla flexibilidade dos Membros da OMC na tarefa de im-

plementação das obrigações relacionadas à observância da propriedade intelectual.

Ainda que os Membros da OMC não estejam obrigados a criar um sistema jurídico especial ou distribuir recursos para a aplicação das normas de proteção dos direitos de PI, como pretende o Art. 41.5 do TRIPS, as mudanças exigidas na prática, para os países em desenvolvimento, demonstram a existência de custos de implementação do Acordo TRIPS.

A jurisprudência do OSC aos poucos se consolida em torno do entendimento dos Membros sobre a complexidade das normas relativas à observância dos direitos de propriedade intelectual, as quais dependem, em larga medida, da atuação dos legisladores domésticos para a tarefa de implementação. E a intrusividade das normas do TRIPS nesse domínio revela-se uma questão de fundo, especialmente pelos resultados concretos alcançados em algumas controvérsias internacionais, como aquelas destacadas pelas consultas iniciadas pelos Estados Unidos com a Suécia, Dinamarca, Grécia/Comunidades Europeias e Argentina, relativamente ao ajustamento dos direitos nacionais.

No momento em que o presente artigo é concluído, resta a percepção sobre a importância do tema da observância das normas de proteção da propriedade intelectual para países em desenvolvimento, após quase 14 anos de vigência do Acordo TRIPS. A decisão no caso *China – Medidas que afetam a proteção e observância dos direitos de autor* não deixa de apontar para uma tensão inerente entre as tradições jurídicas dos países em desenvolvimento e novos emergentes no contexto do clássico sistema internacional da propriedade intelectual, em que premissas e fundamentos se apoiam nos modelos ocidentais e dos países industrializados. O novo regime da observância da propriedade intelectual no sistema multilateral do comércio, transportado para os pilares do Direito Internacional da Propriedade Intelectual, justifica essa realidade.

Referências

- BASSO, Maristela. *Direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- BEIER, F-Karl; SCHRICKER, Gerhard (Ed.). *From GATT to TRIPS: the agreement on trade-related aspects of intellectual property rights*. Weinheim: VCH Verlagsgesellschaft, 1996.
- BESSEN, James E; MEURER, Michael J. The private costs of patent litigation. In: CONFERENCE ON EMPIRICAL LEGAL STUDIES PAPER, 2., 2008, Boston. *Working Paper*, n. 7/8. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=983736>. Acesso em: 22 dez. 2010.
- BIADGLEN, Ermias Tekeste. The development-balance of the TRIPS agreement and enforcement of intellectual property rights. In: ALBON, Justin; LAWSON, Charles (Ed.). *Interpreting and implementing the TRIPS agreements: is it fair?* Cheltenham Glos/UK: Edward Elgar, 2008.
- BLACK'S Law Dictionary. 8. ed. New York: West Group, 2004.
- BARRON'S Law Dictionary. New York: Barrons, 2003.
- BRIERLY, James Leslie; LAUTERPACHT, Hersch; WALDOCK, C. H. M. *The basis of obligation in international law, and other papers*. Oxford/UK: Clarendon Press, 1958.
- COELHO DE SOUZA, Roberto Castelo Branco. TRIPS na organização mundial da propriedade intelectual. *Economia Política Internacional: análise estratégica*, São Paulo, n. 5, p. 27-31, abr./jun. 2005.
- CORREA, Carlos M. (Coord.). *Medidas cautelares em el régimen de patentes*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.
- CORREA, Carlos M. Medidas cautelares en litigios de patentes: ventajas y constitucionalidad de su reforma. In: CORREA, Carlos M. (Coord.). *Medidas cautelares en el régimen de patentes*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.
- _____. *Acuerdo TRIPS: régimen internacional de la propiedad intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- DIRECTIVA 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual. *Jornal Oficial da União Européia*, L157, 30 de abril de 2004.
- DÖRMER, Sigrid. Entwicklungen im rahmen von TRIPS: eine zwischenbilanz nach vier jahren. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, German, n. 12, p. 933, 1998.
- DUPUY, Pierre M. Reviewing the difficulties of codification: on Ago's classification of obligations of

means and obligations of result in relation to state responsibility. *European Journal of International Law*, Italy, v. 10, n. 2, p. 371-385, 1999.

ETHIER, Wilfred J. Intellectual property rights and dispute settlement in the World Trade Organization. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 7, n. 2, p. 449-457, 2004.

FENG, Peter. *Intellectual property in China*. 2. ed. Asia: Sweet & Maxwell, 2003.

GAO - Government Accountability Office. Intellectual property: U.S. efforts have contributed to strengthened laws overseas, but challenges remain. Washington: United States Government Accountability Office, 2004. Disponível em: <www.gao.gov/cgi-bin/getrpt?GAO-04-912>. Acesso em: 20 ago. 2010.

GERVAIS, Daniel J. The TRIPS agreement after Seattle: implementation and dispute settlement issues. *Journal of World Intellectual Property*, United Kingdom, v. 3, n. 4, p. 516-22, 2005.

_____. *The TRIPS agreement: drafting history and analysis*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.

GEUZE, Matthijs; WAGER, Hannu. WTO dispute settlement practice relating to the Trips agreement. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 2, n. 2, p. 347-384, 1999.

HEATH, Christopher. Comparative overview and the TRIPS enforcement provisions. In: _____; PETIT, Laurence (Ed.). *Patent enforcement worldwide: a survey of 15 countries: writings in honour of Dieter Stauder*. Munich: Hart, 2005.

HELISOSKI, Joni. Joint competence of the European community and its member states and the dispute settlement practice of the World Trade Organization. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cambridge, n. 2, 1999.

HOECKMAN, Bernard; KOSTEKI, Michel. *The political economy of the world trading system: the WTO and beyond*. 2. ed. Oxford: Oxford Univ. Press, 2001.

HONG, Xue; CHENGSI, Zheng. *Chinese intellectual property law in the 21st century*. Asia: Sweet & Maxwell, 2002.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Report of the international law commission on the work of its twenty-ninth session, 9 May - 29 July 1977, Official Records of the General Assembly, Thirty-second session. In: YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION, v. 2, p. 3-135, 1977. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_32_10.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2010.

KESAN, Jay P.; BALL, Gwendolyn G. How are patent cases resolved? An empirical examination of

the adjudication and settlement of patent disputes. *Washington University Law Review*, Washington, v. 84, n. 2, p. 237-312, 2006.

LENK, Christian; HOPPE, Nils; ANDORNO, Roberto. *Ethics and law of intellectual property: current problems in politics, science and technology*. Hampshire (UK): Ashgate Publishing, 2007.

MASTERSON, John T. *International trademarks and copyrights: enforcement and management*. Chicago: American Bar Association, 2004.

MONCAYO VON HASE, Andrés; MONCAYO, Guillermo R. Las medidas precautorias y las patentes de invención a la luz de la reforma introducida por la ley 25.859: un complejo caso de interacción entre el derecho internacional y el derecho interno. In: CORREA, Carlos M. (Coord.). *Medidas cautelares en el régimen de patentes*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

NEGRO, Sandra C. Organización mundial del comercio y solución mutuamente convenida: el caso "Argentina - patentes". In: CORREA, Carlos M. (Coord.). *Medidas cautelares en el régimen de patentes*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

OTTEN, Adrian. Implementation of the TRIPS agreement and prospects for its further development. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 1, n. 4, p. 523-536, 1998.

POLIDO, Fabrício B. P. O caso do acordo OMPI-OMC de 1996 e o desenvolvimento do direito internacional da propriedade intelectual. In: CASELLA, Paulo B. et al. (Ed.). *Direito internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Silva Soares amicorum discipulorum liber*. São Paulo: Atlas, 2008.

REICHMAN, Jerome H. Enforcing the enforcement procedures of the TRIPS agreement. *Virginia Journal of International Law*, Virginia, v. 37, p. 335-356, 1997.

_____. Securing compliance with the TRIPS agreement after US v India. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 1, n. 4, p. 585-601, 1998.

SHAFFER, Gregory. Recognizing public goods in WTO dispute settlement: who participates? Who decides?: the case of TRIPS and pharmaceutical patent protection. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 7, n. 2, p. 459-482, 2004.

ULLRICH, Hanns. Technology protection according to TRIPS: principles and problems. In: BEIER, F-Karl; SCHRICKER, Gerhard (Ed.). *From GATT to TRIPS: the agreement on trade-related aspects of intellectual property rights*. Weinheim: VCH Verlagsgesellschaft, 1996.

UNCTAD-ICTSD. *Resource book on TRIPS and development*. New York: Cambridge Univ. Press, 2005.

VRINS, Olivier; SCHNEIDER, Marius. *Enforcement of intellectual property rights through border measures: law and practice in the EU*. New York: Oxford Univ. Press, 2006.

ZHANG, Naigen. Dispute settlement under the TRIPS agreement from the perspective of treaty interpreta-

tion. *Temple International & Comparative Law Journal*, Philadelphia, v. 17, n. 1, p. 199-220, 2003.

WT - World Trade Organization. Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em: 20 dez. 2010.

A violação dos direitos fundamentais na sociedade técnica

Jorge Barrientos-Parra

Sumário

1. Introdução. 2. Características da técnica moderna. 2.1. Automatismo. 2.2. Autocrescimento. 2.3. Unicidade. 2.4. Universalismo 2.5. Autonomia. 2.6. Ambivalência. 3. O direito à vida perante aos avanços da técnica. 4. O direito à saúde na sociedade técnica. 5. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. 6. A restrição da liberdade e a violação da privacidade e da intimidade pelo devassamento de bancos de dados. 6.1. Definição. 6.2. O devassamento do direito à intimidade na sociedade técnica. 6.3. Os bancos de dados e a sua vulnerabilidade. 7. Conclusões.

“La technique n’est pas neutre. C’est-à-dire qu’elle emporte par elle-même, et quelque soit l’usage que l’on veuille en faire, un certain nombre de conséquences positives ou négatives... Tout progrès technique se paie. Il n’y a pas de progrès technique absolu. À chaque avancée de la technique, nous pouvons en même temps mesurer un certain nombre de reculs. Le progrès technique soulève à chaque étape plus de problèmes (et plus vastes) qu’il n’en résout). Les effets néfastes du progrès technique sont inséparables des effets favorables. Tout progrès technique comporte un grand nombre d’effets imprévisibles”. (Jacques Ellul)

Jorge Barrientos-Parra é Doutor em Direito pela Université Catholique de Louvain, Mestre pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Constitucional e de Direito Administrativo do Curso de Administração Pública da UNESP, Campus de Araraquara e do Programa de Mestrado em Direito da UNESP, Campus de Franca.

1. Introdução

Vários autores têm dedicado estudos monográficos e esforços para a compreensão da técnica. A nossa análise segue a esteira da obra do pensador francês Jacques Ellul (1912-1994) que estudou a técnica no con-

texto da sociedade contemporânea ao longo da sua vida acadêmica como professor na Faculdade de Direito da Universidade de Bordeaux e do Instituto de Ciência Política de Bordeaux. Ellul (1912-1994)¹, analisando a evolução da nossa sociedade, constatou o que poderíamos denominar a tecnicização da sociedade e a normatização tanto do homem como do seu meio ambiente, prevendo, desde um ponto de vista ecológico e social, a amplitude dessas mudanças. Para ele, a técnica é o fenômeno mais relevante de nosso tempo; conseqüentemente dedicará ao tema muitos anos de pesquisa utilizando um método similar àquele utilizado por Marx um século antes para estudar o capitalismo (ELLUL, 1981, p. 155).

Dentro dessa ótica, as reflexões aqui apresentadas não podem ser vistas como tecnóforas ou opostas à técnica. A técnica nos aporta produtos muito úteis para o nosso conforto, para o nosso lazer e para o desempenho de nossas tarefas diárias, no âmbito dos transportes, comunicações, saúde, alimentação, etc.; entretanto, ela tem conseqüências sobre nós e sobre o nosso modo de vida. O intuito deste texto é ajudar a desenvolver o pensamento reflexivo e o juízo crítico em relação às técnicas em geral, tendo em vista o seu potencial agressivo e limitador dos direitos fundamentais.

Utilizaremos aqui a palavra técnica e técnicas e não tecnologia porque na verdade tecnologia quer dizer estudo da

técnica ou discurso sobre a técnica. Quando dizemos tecnologia, estamos imitando sem refletir o modo errôneo de falar dos estadunidenses e que a mídia repete servilmente.

2. Características da técnica moderna

Antes de abordarmos a questão dos direitos fundamentais e os perigos que os ameaçam na sociedade técnica, é necessário caracterizar a técnica, ainda que sumariamente e em caráter preliminar.

Partimos da constatação que vivemos uma época de avassaladoras mudanças técnicas que mudam de maneira irreversível o mundo do trabalho, da educação, da política, do lazer, da saúde, da gestão e de outras esferas da atividade humana. Segundo Ellul, se Marx tivesse vivido em nossa época e se perguntasse sobre o fator determinante, sem dúvida teria respondido que a técnica é a que conduz o mundo.

Já nos anos trinta do século passado, Ellul pensa a técnica como “un procédé général” e não simplesmente um meio da indústria simbolizado pela mecanização. Para ele, o progresso técnico engendra um fenômeno de proletarianização generalizada, que concerne todos os homens e todos os aspectos da vida deles, superando a dimensão puramente econômica analisada por Marx (Cf. TROUDE-CHASTENET, 2005, p. 130).

De acordo com Ellul, a técnica contemporânea caracteriza-se pelo i) automatismo, ii) autoacrécimo, iii) unicidade, iv) universalismo, v) autonomia e vi) ambivalência.

2.1. Automatismo

Por automatismo da escolha técnica, Ellul (1990, p. 18) entende a impossibilidade de recusar a solução ou o método que envolve maior racionalidade e eficácia. Vivemos uma época em que deixou de haver simples técnicas, simples instrumentos ou máquinas e apareceu uma realidade comum: “o conjunto de todos os meios submetidos ao imperativo de uma eficácia sempre maior não importa qual seja o âmbito de aplicação

¹ Jurista, ensaísta político e sociólogo francês. Foi membro da Resistência ao nazismo durante a Segunda Guerra Mundial. Depois da Liberação, foi nomeado Adjunto do Prefeito de Bordeaux. Na mesma época, tornou-se professor da Faculdade de Direito e posteriormente também do Instituto de Estudos Políticos de Bordeaux. Ellul não pode ser contido no âmbito de uma só disciplina. Numa época em que a especialização se generalizou, foi um intelectual que viveu a interdisciplinariedade e a transdisciplinariedade escrevendo mais de cinquenta livros e quase um milhão de artigos em jornais e revistas especializadas que repercutiram enormemente na Europa e nos Estados Unidos, aportando reflexões originais na esfera do Direito, da Filosofia, da Sociologia, da Política, da Ética e da Teologia.

(economia, organização do trabalho, ou das máquinas, etc.)” (BOURG, 2004, p. 69).

Na concepção elluliana, “o conjunto de todos os meios” quer dizer o conjunto de todos os métodos que caracterizam a sociedade em um momento específico da história. Em segundo lugar, esses métodos têm um caráter racional. Essa racionalidade consiste na adequação dos meios disponíveis aos fins propostos pela sociedade que os utiliza. Por último esses métodos devem ser eficazes. Como medir tal eficácia? Para Ellul, essa mensuração é feita pelas vantagens que ofereça um método (uma técnica) em comparação a outros(as) aplicáveis para solucionar um mesmo problema. Quando um método ou um engenho é mais conveniente que outros, opta-se por ele, sendo os demais descartados, isto é, separados em função de suas desvantagens (técnicas poluentes, métodos lentos ou caros, etc). O método escolhido resulta ser eficaz em sentido absoluto, já que se converte no método por excelência para resolver um determinado problema.

Assim a eficácia é o fator do qual depende tudo, e o valor que o sistema privilegia em todas as esferas. Agora já não é suficiente o descobrimento de um novo método, mais eficaz que o precedente; é necessário que ele chegue a ser o método perfeito. Nesse processo cada vez mais acelerado, o fenômeno técnico transforma o Estado e o próprio homem nada escapando à busca da eficácia, isto é, a busca do melhor meio em todos os âmbitos da vida humana (Cf. ELLUL, 1990, p. 18).

Automatismo significa que não existe uma escolha entre várias técnicas, mas simplesmente que a mais eficaz se impõe independentemente de outros parâmetros, avançando sobre outros âmbitos e absorvendo-os (Cf. TROUDE-CHASTENET, 1992, p. 34). Dessa forma se do ponto de vista técnico algo pode ser feito, será feito independentemente de critérios religiosos, morais, filosóficos, costumeiros, ou de qualquer outra ordem.

2.2. Autocrescimento

A partir de certo estágio, a técnica se produz a si própria, suscitando problemas de natureza técnica, que exigem soluções que só a própria técnica pode resolver. Assim Ellul constata que é o princípio de combinação das técnicas que provoca o autocrescimento, e o formula em duas leis: 1º – Em uma civilização técnica, o progresso técnico não se detém e não tem limites; 2º – O progresso técnico tende a efetuar-se, não de acordo com uma progressão aritmética, mas de acordo com uma progressão geométrica (ELLUL, 1990, p. 83-84).

Nessa evolução o homem desempenha um rol cada vez menos importante, apenas verificando e registrando o efeito das técnicas umas sobre as outras e seus resultados. Isso porque cada vez mais o desenvolvimento técnico segue processos em cadeia que excluem a intervenção humana. Dessa forma se perde qualquer finalidade transcendente inerente ao homem. Nas palavras de Ellul (1990, p. 90): “O que acreditamos ter demonstrado no parágrafo anterior, é justamente que a técnica é totalmente estranha a essa noção, que não persegue um fim, confessado ou não, mas que evolui de modo puramente causal: a combinação de elementos precedentes fornece novos elementos técnicos. Nenhuma idéia, nenhum plano se realiza progressivamente... Estamos numa ordem de fenômenos cega em relação ao futuro, em um domínio de causalidade integral”.

Em última análise, o autocrescimento significa que a técnica progride não diríamos sem, mas, a despeito da intervenção humana. O homem é associado a ela sem perceber, na medida em que é previamente absorvido pelo sistema. Dessa forma o homem é impotente para frear ou deter a progressão da técnica.

2.3. Unicidade

Ellul observa que o fenômeno técnico englobando o conjunto das técnicas, cons-

titui uma totalidade que apresenta sempre, e em qualquer parte, os mesmos caracteres. A unicidade não nos permite distinguir entre a técnica e o uso que dela se faz, pois o “ser” da técnica consiste no seu uso, que não é bom nem mau, justo ou injusto, simplesmente porque, sendo técnico, é o único uso possível não podendo ser julgado em função de critérios religiosos, morais ou estéticos. O consagrado professor da Universidade de Bordeaux chega então à formulação do seguinte princípio: “o homem está colocado diante de uma escolha exclusiva, utilizar a técnica convenientemente, de acordo com as regras técnicas, ou não utilizá-la, de modo algum; mas é impossível utilizá-la a não ser de acordo com as regras técnicas” (ELLUL, 1990, p. 91).

As necessidades e os modos de ação de cada uma das técnicas se combinam formando um todo, cada parte sustentando e reforçando a outra, constituindo um fenômeno coordenado, do qual é impossível retirar um elemento. Assim é um equívoco e mera ilusão (compreensível de qualquer forma) querer suprimir a parte “má” da técnica e conservar o lado “bom”.

2.4. *Universalismo*

O processo de universalização da técnica apresenta dois momentos: o geográfico e o qualitativo. Aos poucos, a técnica penetrou e conquistou todos os países. Aqueles que ainda não a assimilaram, na proporção e na escala necessária, almejam fazê-lo rapidamente. A reivindicação dos países emergentes pelo desenvolvimento é na verdade uma exigência de tecnificação.

Esse processo tem consequências destrutivas sobre as culturas tradicionais, uma vez que a técnica tende a reduzir tudo aos seus próprios padrões e exigências, assim em todos os âmbitos: religião, costumes, filosofia, arte, instituições, etc. A técnica provoca a ruína das outras civilizações. Isso acontece porque a técnica exige uma transformação da totalidade da vida. Implica mudanças no trabalho, máquinas e seus acessórios;

implica órgãos de coordenação e de administração racional; e mais ainda supõe uma adesão interior do homem ao regime.

Em outras palavras, a técnica impõe a sua própria axiologia, isto é, a racionalidade instrumental e a eficácia. Diante desses valores, as culturas tradicionais se reduzem a restos, destroços e fragmentos que serão recolhidos aos museus, como testemunhos e vestígios de épocas mortas (Cf. ELLUL, 1968, p. 17).

Segue-se daí que a técnica não pode deixar de ser totalitária; quando ela fixa um método, tudo lhe deve ser subordinado. Portanto, não há mais objetos ou situações neutras. Ellul (1990, p. 114) exemplifica com a técnica da propaganda, “elle est totalitaire dans sa nature, dans son message, dans ses méthodes, dans son champ d’action et dans ses moyens: que pourrait-on demander de plus?”

2.5. *Autonomia*

A técnica desenvolve-se em obediência às suas próprias leis, não respeitando qualquer oposição, ela é um poder dotado de força própria, de sorte que se a utilizamos devemos aceitar a especialidade, a autonomia de seus fins, a totalidade de suas regras – que os desejos e aspirações do homem em nada podem modificar.

A técnica condiciona e provoca as mudanças sociais, políticas e econômicas. “Elle est le moteur de tout le reste, malgré les apparences, malgré l’orgueil de l’homme qui prétend que ses théories philosophiques ont encore une puissance déterminante et que ses régimes politiques sont décisifs dans l’évolution. Ce ne sont plus les nécessités externes qui déterminent la technique, ce sont ses nécessités internes. Elle est devenue une réalité en soi qui se suffit elle-même, qui a ses lois particulières et ses déterminations propres” (ELLUL, 1990, p. 122).

A decorrência da autonomia é que a técnica se coloca como instância acima do bem e do mal, não tolera ser julgada por ninguém. Ela é o valor supremo, em função do qual todos os outros devem ser aferidos,

é a instância última e irrecorrível, a partir da qual são formulados os julgamentos inapeláveis. De forma que a técnica se julga a ela própria. Em casos controvertidos que levantam questões éticas e morais, a técnica não somente recusa ser julgada como se levanta como juiz da moral, construindo uma nova moral. Assim tudo o que a técnica faz ou pode fazer é permitido, lícito e justificado.

A técnica também é sacrílega, não no sentido eclesiástico do termo, mas no sentido sociológico. Uma vez que o mundo para o homem não é somente material, ele concebe uma realidade espiritual, com fenômenos ou forças desconhecidas ou talvez incognoscíveis. No mundo ocorrem fenômenos que o homem interpreta como mágicos. Os psicanalistas estão de acordo a esse respeito; o sentimento do sagrado, o sentimento do secreto são elementos sem os quais o homem não pode absolutamente viver. Em grande parte, o mistério é desejado pelo homem. O sagrado é o que se decide inconscientemente respeitar. Entretanto, como explica Ellul (1990, p. 130, 131): “La technique n’adore rien, ne respecte rien; elle n’a qu’un role: dépouiller, mettre au clair, puis utiliser en rationalisant, transformer toute chose en moyen”.

2.6. Ambivalência

Além de tudo isso, a técnica é ambivalente, ela libera, porém ela também aliena (TROUDE-CHASTENET, 2005, p. 130), isto é, os efeitos nefastos são inseparáveis dos efeitos positivos; o progresso técnico tem seus custos, acarreta problemas novos e tem efeitos imprevisíveis (ELLUL, 1988, p. 89-200).

3. O direito à vida perante os avanços da técnica

Os avanços cada vez mais velozes das técnicas médicas, biomédicas, bioquímicas, biofísicas e genéticas em processos em cadeia acelerados pela informática (auto-crescimento da técnica de acordo com Ellul) têm levado a religião, a moral e o direito a

estabelecerem alguns princípios no sentido de que se conciliem o progresso técnico e o respeito à dignidade da pessoa humana, tendo em vista a doação e transplantes de órgãos, a reprodução assistida, a fecundação *in vitro*, a pesquisa com embriões, a retirada de órgãos e, ultimamente com os avanços da engenharia genética, a montagem química e clonagem genômica, que implicam variados níveis de artificialização da vida. Entre esses princípios temos:

- A inviolabilidade e indisponibilidade do corpo humano (o corpo humano não pode ser objeto de comércio);
- O consentimento deve obrigatoriamente ser livre e esclarecido;
- O corpo humano não deve ser usado para fins industriais ou comerciais (lucrativos);
- A integridade da espécie humana (inclusive o seu patrimônio genético);
- O respeito ao ser humano desde o início da vida.

4. O direito à saúde na sociedade técnica

Outro direito duramente atingido na sociedade técnica é o direito à saúde em virtude da ingestão, da inalação ou do simples contato com substâncias químicas e resíduos dos processos industriais que se apresentam nos alimentos, no ar, no solo e na água. Por outro lado, a saúde se ressentida também em virtude do frenético ritmo da vida urbana moderno que exige velocidade, produtividade, sedentarismo e artificialismo que conduz ao estresse, à hipertensão, à dificuldade de concentração, à ingestão de comidas calóricas, que, por sua vez, leva ao aumento indevido de peso, etc.

Estudos mostram que a influência de substâncias químicas no desenvolvimento de câncer é subestimada. Nos Estados Unidos, somente algumas centenas de mais de 80 mil substâncias químicas usadas na indústria passam por testes de segurança. Não há regulamentação para produtos sabidamente carcinogênicos nem para substân-

cias suspeitas de causar câncer. A situação no Brasil é ainda muito mais grave porque ainda utilizamos técnicas e substâncias que já foram banidas em outros países tais como o amianto, a sílica, o benzeno, o acefato, o metamidofós, o endossulfam e o fosmete.

Multiplacam-se também os estudos sobre os interferentes endócrinos cujo impacto ambiental já está bem estabelecido causando alterações nos órgãos sexuais e problemas reprodutivos em diversas espécies. Além do potencial carcinogênico, estudos relacionam os interferentes à diabetes, à hiperatividade, à obesidade e a alterações no desenvolvimento sexual².

Estreitamente relacionado com o direito à saúde está o direito à informação dos consumidores que, muitas vezes, não sabemos o que estamos ingerindo. Por exemplo, assistimos a uma crescente produção de organismos geneticamente modificados. As grandes empresas produtoras de soja transgênica e de outros alimentos transgênicos nos dizem: “as pesquisas até o momento indicam que não faz mal para a saúde, então pode consumir à vontade”. Porém, não se respeita o consumidor, que gostaria de continuar a consumir produtos naturais, porque simplesmente não se informa que o produto é transgênico, e se se informa, o aviso na embalagem é tão minúsculo e mimetizado que ninguém vê.

Nesse mesmo diapasão, corremos o sério risco de que certos produtos, como o milho natural, por exemplo, não sejam mais encontrados ou que seu preço seja proibitivo devido à avalanche da produção do milho transgênico.

5. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Um dos direitos mais conspurcados na sociedade técnica é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

²Sobre o tema, ver entre outros: O Futuro Roubado de Theo Colborn, Dianne Dumanoski e John Peterson Myers (2002).

As soluções tecnocráticas impõem-se pelo mundo afora prestigiando a eficácia técnica e o *pouvoir de puissance* de governantes e empresários, deixando o passivo ambiental para as gerações futuras.

Sucedem-se assim os desastres ecológicos com a sua interminável série de espécies extintas ou ameaçadas e biomas comprometidos, acarretando, por sua vez, desequilíbrios climáticos que atingem diretamente a qualidade de vida do próprio ser humano.

Como é sabido, o governo brasileiro vai comprar um submarino atômico num momento em que não há nenhuma necessidade do ponto de vista de ameaças externas de nossos vizinhos; ao contrário, aspiramos à construção de uma comunidade latino-americana de nações. Agora, na hipótese de os Estados Unidos nos ameaçarem, evidentemente um submarino atômico também não serve de nada.

Estamos construindo uma rodovia entre o Acre e o Peru³, quando já é sabido que a técnica menos agressiva ao meio ambiente tropical é a ferrovia (e ela já existe num bom trecho do lado peruano), porque ela é permeável podendo absorver melhor as abundantes chuvas nessa região. As rodovias, na época chuvosa, transformam-se num rio que acaba com o asfalto, elevando estratosféricamente os gastos para a sua manutenção. Além disso, os custos ambientais em perdas de flora e fauna e perdas culturais serão incalculáveis⁴ considerando que nessa região ainda existem tribos indígenas ainda não contatadas que, como a história nos ensina, serão rapidamente *fagocitadas* pela nossa cultura sabidamente demolidora.

³Sobre o tema consultar: <<http://www.observatorioeco.com.br/index.php/mpf-ajuiza-acao-para-paralisar-as-obras-da-br-317/>>. Acesso em: 30 set. 2010.

⁴Sobre o tema ver: “Etnias indígenas discutem impactos causados pela pavimentação da BR-317”. Disponível em: <<http://negocios.amazonia.org.br/?fuseaction=noticialmpimir&id=15551>>. Acesso em: 30 set. 2010.

6. A restrição da liberdade e a violação da privacidade e da intimidade pelo devassamento de bancos de dados

Quanto à restrição da liberdade e a violação do direito à privacidade e à intimidade iniciemos a nossa reflexão com uma tentativa de definição revisitando alguns autores.

Do ponto de vista semântico, o termo intimidade designa o caráter do que é íntimo, isto é, o cerne, o âmago, o interior e profundo que constitui a essência de um ser, no caso em tela, da pessoa humana.

A intimidade pode ser vista desde uma perspectiva tríplice: como fenômeno, como ideia e como direito. Para Ortega y Gasset (1966, p. 64), “é um fenômeno, um fato e não uma mera hipótese metafísica”. A ideia de intimidade, isto é, a consciência e a teorização sobre ela não se encontram em todas as sociedades, podemos dizer que é na sociedade ocidental onde a ideia de intimidade alcançou seu máximo desenvolvimento especulativo (RUIZ MIGUEL, 1995, p. 27).

A seguir trataremos resumidamente da intimidade como direito, abrangendo a sua definição e a questão do seu devassamento na sociedade técnica. Entre os pioneiros na defesa da intimidade, cita-se o Juiz Thomas Cooley que, na sua obra “The elements of Torts” de 1873, definiu a privacidade como o *right to be alone*, isto é, o direito a ser deixado em paz (SILVA, 2007, p. 100). A primeira elaboração teórica do direito à intimidade é creditada a Warren e Brandeis, que em 1890 publicaram a teoria do *right to privacy* com o intuito de dar fundamentação ao direito de “gozar a vida”, isto é, “o direito a estar só”.⁵

6.1. Definição

Para forjar as suas definições de intimidade, vários autores partem de uma con-

⁵ Warren, S. D.; Brandeis, L. D. (1980, p. 193), citado por Fermín Morales Prats (1984, p. 15-81). Em italiano fala-se de *diritto a riservatezza* como a exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma, cf. “Riservatezza e segreto (Diritto a)”, in *Novissimo Digesto Italiano*, p. 115.

ceituação etimológica. Assim, por exemplo, para Batllé Sales (1972, p. 6), a intimidade de uma pessoa seria “tudo aquilo que lhe é próprio e exclusivo”. Para Urabayen (1977, p. 9-10), seria o interior, o mais reservado, o sentir mais profundo do ser humano. Para ele, a intimidade relaciona-se com estar só, com reserva, em oposição ao público; refere-se a uma pessoa nas suas relações consigo mesma ou com algumas outras muito próximas a ela como cônjuge, filhos, pais, alguns amigos, que a rodeiam na sua vida cotidiana como sucessivos e estreitos círculos concêntricos.

No âmbito jurídico, Albadalejo (1996, p. 66-67) entende que a intimidade é um direito personalíssimo, isto é, um poder concedido à pessoa sobre o conjunto de atividades que formam seu círculo íntimo, no sentido de obstar aos estranhos de intrometer-se nele e de impedir qualquer publicidade indesejada. Na mesma linha de pensamento, Dotti (1980, p. 69) entende que a intimidade caracteriza-se como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. Não se afasta deles o magistério de Fariñas Matoni (1987, p. 357) que escreve: “Derecho subjetivo a la intimidad es la facultad del hombre, esgrimible erga omnes, consistente en poder graduar el ‘eje mismidad alteridad’ que la intimidad es, y que radica en la misma naturaleza esencial del hombre, anterior a la sociedad y al Estado, y que comporta la posibilidad de solicitar el pertinente amparo del ordenamiento jurídico cuando dicha facultad sea transgredida o vulnerada”.

Quanto ao alcance do direito à intimidade, uma Conferência de Juristas Nórdicos, realizada em 1967, aprovou a tese de que o direito à intimidade seria a proteção à vida privada do indivíduo, que deveria estar protegido contra toda ingerência na sua vida privada familiar, contra todo ataque à sua honra e reputação e contra toda divulgação desnecessária de fatos embaraçosos concernentes à sua vida privada. Evidente-

mente se incluem aqui os dados sobre a sua saúde constantes de prontuários médicos.

Em relação aos interesses protegidos seriam:

- primeiro, que as notícias ou segredos do indivíduo não venham a ser devassados;
- segundo, que essas notícias ou segredos não venham a ser divulgados.

Em resumo o direito à intimidade é a faculdade de todo indivíduo de manter desconhecido e inviolado o seu âmbito privado. É um direito individual ou humano, reconhecido e consagrado universalmente, existindo remédios para sua efetiva proteção.

No Brasil a Constituição Federal de 1988, reconhecendo esse entendimento, estabeleceu no art. 5º, X, que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”.

Note-se que o legislador constituinte distingue os conceitos de intimidade e vida privada, mas na doutrina o direito à intimidade em geral é considerado como sinônimo do direito à privacidade, este tem clara raiz na *Common Law* estadunidense. Por sua vez, o direito à intimidade seria a terminologia mais utilizada no Direito dos povos latinos (SILVA, 2007, p. 101).

6.2. O devassamento do direito à intimidade na sociedade técnica

Como vimos a Constituição Federal visa proteger as pessoas da violação do direito à intimidade e à vida privada, que não é simplesmente uma tendência mas uma face, muito particular, da sociedade técnica na qual estamos imersos. De fato a multiplicação e o desenvolvimento dos bancos de dados em rede e o armazenamento dos dados pessoais – inclusive dos prontuários médicos em fichários eletrônicos – constituem uma formidável e constante ameaça à intimidade e à vida privada não porque sejam negativos em si, mas porque obedecem ao automatismo e à falta de finalidade

do progresso técnico como já o demonstrou Ellul em vários trabalhos pioneiros⁶.

Para Foucault (apud MORALES PRATS, 1984, p. 32), com a informática se estabelece um *controle virtual*, intangível, que se pode concretizar a qualquer momento em virtude de sofisticados e rápidos instrumentos.

Por isso, pelo direito, o homem de nosso tempo, no plano nacional⁷ e internacional⁸, procura não diremos solucionar o problema mas minorar os seus nefastos efeitos, uma vez que seria ingenuidade ou mera ilusão confiar que, nas mãos de empresas particulares ou de organizações do governo, nossos dados estariam resguardados de olhos indiscretos ou criminosos.

A realidade demonstra que qualquer pessoa que entenda um pouco de informática pode, desde qualquer país do mundo e anonimamente, invadir bancos de dados e cometer inúmeros crimes pelo computador ou com seu auxílio. Outras vezes é a negligência ou conivência daqueles que teriam de proteger esses dados que possibilita a sua violação. O professor José Martinez de Pison Caverro (1993, p. 147) conta que, num município perto de Madrid, uma empresa de publicidade desenvolvia um lucrativo comércio, com uma base de dados contendo até 50 informações diferentes de mais de vinte milhões de espanhóis.

Outro fato ilustrativo, também de dimensões dantescas, ocorreu na Grã-Bretanha. Em 20 de novembro de 2007, o chanceler britânico anunciou diante do Parlamento que dois CDs contendo dados pessoais de 25 milhões de famílias britânicas haviam “desaparecido”. Nesse

⁶ Consultar entre outros, Ellul (1990), Ellul (2004b), Ellul (1988), Ellul (2004c), Ellul (2004a), Ellul (1980).

⁷ Consultar a Lei Orgânica da Espanha 15/99, de 13 de dezembro de 1999, sobre “Protección de datos de carácter personal”; ver também a Lei argentina 25.326 de 30 de outubro de 2000.

⁸ Ver a Diretiva 95/46/CE de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas físicas no que se refere aos dados pessoais e à livre circulação de tais dados. Consultar também a Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002, editada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia.

grave incidente, estão envolvidos o HM Revenue & Customs e o serviço social de apoio às famílias, dois importantes órgãos do governo do Reino Unido (Cf. PORTER, 2007, p. 20). Agora, pasme o leitor, o mesmo HMRC (Her Majesty's Revenue & Customs) já esteve envolvido em incidentes semelhantes; em setembro de 2007, perdeu um computador portátil contendo os dados pessoais de 400 pessoas, e em outubro de 2007 perdeu um outro CD contendo os dados de aposentadoria de 15.000 britânicos. Quanto a esses fatos, gostaríamos apenas de fazer dois comentários: primeiro, os dados "perdidos" são justamente os mais apetecidos por ladrões que podem utilizá-los para forjar documentos falsos, retirar dinheiro de contas bancárias e realizar fraudes e chantagens de todo tipo, isto é, nome, endereço, informações bancárias, data de nascimento do cônjuge e dos filhos. Segundo, isso acontece na Grã-Bretanha, um país desenvolvido de longa tradição democrática, considerado modelo em matéria de reforma do Estado e com baixo nível de percepção de corrupção. Que esperar então de outros onde o funcionalismo é venal e onde as relações público privadas pautam-se pelo patrimonialismo?

Um analista sênior da *Central Intelligence Agency*, em uma conferência a membros dos governos dos Estados Unidos, do Reino Unido, da Suécia e da Holanda, além de engenheiros e especialistas em segurança, em Nova Orleans, declarou que *hackers* já causaram blecautes em várias regiões fora dos Estados Unidos, e, depois de invadirem empresas de infraestrutura, fizeram chantagens⁹.

Vejamos agora o Brasil. Recentemente foi noticiado que uma falha do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP) permitiu acesso livre aos dados pessoais de 12 milhões de inscritos nas últimas três edições do ENEM¹⁰. Vejamos,

⁹ Cf. Folha de S. Paulo, quarta-feira, 30 de janeiro de 2008, p. F7.

¹⁰ Os estudantes cadastrados em 2007, 2008 e 2009 tiveram informações como nome, RG, CPF, data de

por último, um dos fatos mais comentados na campanha eleitoral: o devassamento de duas centenas de sigilos fiscais, entre eles, o da filha de José Serra e de vários políticos opositores ao atual governo. Para explicar e/ou minimizar o acontecido, veio a público o então Secretário da Receita Federal, Otacílio Cartaxo, para dizer "que a Receita identificou que informações fiscais sigilosas foram comercializadas num balcão de negócios"¹¹. Conclusão: em vez de tranquilizar os contribuintes, deixou-nos mais preocupados porque hoje ou amanhã os nossos dados também poderão ser devassados e negociados.

Todos nós somos constantemente atacados via *spams* (comunicações comerciais não solicitadas); *spywares* (programas espíões); *phishing* (e-mails enviados por estelionatários, como se fossem provenientes de empresas ou organizações muito conhecidas); e *pharming* (que adiciona falsas informações nos servidores dos computadores do internauta permitindo o redirecionamento para sites clonados) que já importunaram a vida de 80% dos usuários da internet causando transtornos e perdas financeiras avaliadas em US\$ 1,2 bilhão ao ano¹². Quem já não recebeu um *spam*, um *spyware*, um *phishing* ou um *pharming*, ou vários deles?

A sociedade técnica exige a informatização acelerada de todos os âmbitos de atividade humana, como vimos, em razão da busca da eficácia que não seria a mesma se se continuasse a utilizar velhos instrumentos e processos. Assim os bancos de dados se sucedem e avolumam cada vez mais informação em todas as áreas do conhecimento e da atividade humana e muitos deles são postos em rede no âmbito local, nacional e mundial seguindo a

nascimento, nome da mãe e desempenho no exame expostos em *links* abertos sem necessidade de senha. O Estado de S. Paulo, domingo, 8 de agosto de 2010, p. J2.

¹¹ O Estado de S. Paulo, sábado, 28 de agosto de 2010, p. A4.

¹² Cf. Lucca (2008).

máxima da sociedade técnica que é a busca da eficácia, definida por Ellul como a busca do melhor meio em todos os âmbitos da vida humana.¹³

Tendo em vista o já dito em relação ao direito à intimidade e a multiplicação exponencial dos delitos digitais na sociedade técnica, pode-se dizer que a violação do direito à intimidade e a violação da privacidade de qualquer indivíduo é uma das consequências negativas do progresso técnico.

6.3. Os bancos de dados e a sua vulnerabilidade

O indivíduo está órfão diante do formidável sistema técnico que controla a sua existência abrangendo uma rede de empresas e instituições que inclui o próprio Estado. De acordo com Jenkins (2008, p. A16), na Grã-Bretanha, aproximadamente 800 organizações – incluindo a polícia, o Fisco e os governos central e local – ordenaram e quase sempre conseguiram cerca de 253 mil intromissões na vida privada de cidadãos britânicos.

Assim à medida que os bancos de dados se aperfeiçoam e se integram, o risco de violação da nossa privacidade é crescente na nossa sociedade técnica. Um risco gigantesco se olharmos o que acontece na Grã-Bretanha em que os prontuários médicos serão centralizados num banco de dados do National Health Service – NHS, que conterà os dados de mais ou menos 50 milhões de pessoas. A esses dossiês terão acesso, “somente”, médicos e hospitais, quer dizer, algo assim como 300.000 pessoas (Cf. PORTER, 2007, p. 20). Considerando

¹³ “Nous voyons donc que cette double intervention dans le monde technique qui produit le phénomène technique peut se résumer comme ‘la recherche du meilleur moyen dans tous les domaines’. C’est ce ‘one best way’ qui est à proprement parler le moyen technique et c’est l’accumulation de ces moyens qui donne une civilisation technique. Le phénomène technique est donc la préoccupation de l’immense majorité des homes de notre temps, de recherché en toutes choses la méthode absolument la plus efficace” (ELLUL, 1990, p. 18-19).

a prática recente, temos sérias dúvidas sobre a segurança dos dados dessas pessoas.

O futuro sistema de informação a dois níveis na Bélgica em matéria de saúde (Be-Health) conectará no seu primeiro nível a infraestrutura permanente de telecomunicações¹⁴. No segundo nível, o sistema conectará as bases de dados de todos os hospitais do país. Serão verdadeiras autoestradas da informação por onde passará todo e qualquer dado relacionado com a aplicação da telemedicina. De sorte que no futuro próximo em matéria de saúde, também no Brasil, em todos os níveis da federação, os governos propiciarão políticas públicas de desenvolvimento de infraestruturas telemáticas, com os consequentes riscos para a privacidade e para o direito à intimidade dos pacientes.

Certo o cidadão que precisa de serviços médicos não se preocupa, de quem tem acesso a seus dados, e assina rapidamente – quando pode – qualquer papel, ainda mais quando o discurso oficial é mais ou menos este: a tecnologia vai melhorar os serviços hospitalares tornando-os mais eficazes, e ainda maiores recursos serão investidos a fim de fornecer serviços de primeira linha. A verdade, porém, é que do lado do paciente nos encontramos com uma realidade quase matemática: quanto maior for a base de dados, maior será o número de pessoas que poderão acessá-la e menor será a segurança dos dados dos pacientes. Esses dados poderão cair nas mãos de jornalistas à procura do estado de saúde de um artista famoso, de detetives privados à procura de segredos ou simplesmente de vendedores de dossiês (nesse mercado compradores não faltam).

Assim podemos perguntar-nos: como garantir os direitos da pessoa humana diante do sistema técnico no qual nos achamos inseridos?

¹⁴ Sobre o Be-Health do governo federal belga, consultar: <https://portal.health.fgov.be/portal/page?_pageid=56,4280428&_dad=portal&_schema=PORTAL>. Acesso em: 29 set. 2010.

Como vimos, o progresso técnico implica a perda da liberdade do indivíduo. Segundo Bourg (2004, p. 71), a civilização técnica aniquila nossa liberdade. À medida que o sistema se aperfeiçoa e ganha eficácia, vai exigir que todos os dados das pessoas estejam em uma ou em poucas bases de dados, possibilitando assim um maior e melhor controle.

Esclareça-se que todo esse processo acontece com a concordância dos indivíduos. Isto se vê claramente no plano da segurança pública em que, dado os altos índices de criminalidade, os cidadãos até solicitam a instalação de câmaras de vigilância em lugares de grande movimentação de pessoas, elevando-se assim a percepção de segurança da população (constantemente vigiada).

Uma resposta possível e razoável dos operadores do direito é a de tentar uma resistência libertária perante o sistema, desenvolvendo um controle democrático dos bancos de dados¹⁵, sobretudo aqueles impostos pelo Estado; para cumprir esse rol, em direito comparado, surgem as denominadas Comissões de Controle. Por outro lado, é necessário utilizar o direito, não como mera técnica de controle a serviço do Estado e do capital, mas como último obstáculo para evitar que a técnica informática – sinal do avassalador progresso do sistema técnico – imponha-se ao preço da liberdade e da violação do direito à intimidade das pessoas.

No âmbito da iniciativa privada, muitas vezes operando gigantescos bancos de dados em rede, a atitude deve ser semelhante, isto é, o controle e a utilização da barreira constitucional de inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Tudo isso porque como sentenciou o TJRJ:

“...III – O ser humano tem uma esfera de valores próprios que são postos na sua conduta não apenas em re-

¹⁵ Incluindo-se aqui os dados constantes de máquinas filmadoras de lugares públicos.

lação ao Estado, mas, também, na convivência com seus semelhantes. Respeitam-se, por isso mesmo, não apenas aqueles direitos que repercutem no seu patrimônio material, mas aqueles direitos relativos aos seus valores pessoais, que repercutem nos seus sentimentos. Não é mais possível ignorar esse cenário em uma sociedade que se tornou invasora porque reduziu distâncias, tornando-se pequena, e, por isso, poderosa na promiscuidade que propicia. Daí ser desnecessário enfatizar as ameaças à vida privada que nasceram no curso da expansão e desenvolvimento dos meios de comunicação de massa. IV – Nenhum homem médio poderia espantar os seus mais íntimos sentimentos de medo e frustração, de indignação e revolta, de dor e mágoa, diante da divulgação de seu nome associado a uma doença incurável, desafiadora dos progressos da Ciência e que tantos desesperos têm causado à Humanidade. V – O art. 5º, X, da CF assegura ao ser humano o direito de obstar à intromissão na sua vida privada. Não é lícito aos meios de comunicação de massa tornar pública a doença de quem quer que seja – ainda mais quando a notícia é baseada apenas em boatos –, pois tal informação está na esfera ética da pessoa humana, dizendo respeito à sua intimidade, à sua vida privada. Só o próprio paciente pode autorizar a divulgação de notícia sobre a sua saúde.”¹⁶

7. Conclusões

A sociedade técnica caracteriza-se pela gênese de uma nova disposição de processos e métodos que é a busca racional da máxima eficácia em toda ordem de coisas.

¹⁶ TJRJ, Ap. Cível 3.059/1991, j. 19/11/1991, RDA 185/197.

A técnica contemporânea condiciona e provoca mudanças sociais, políticas e econômicas. Caracterizada pelo seu automatismo, autocrescimento, unicidade, universalismo, autonomia e ambivalência, a técnica nos aporta produtos e processos muito úteis e satisfatórios, porém os efeitos negativos também devem ser levados em consideração porque são inerentes a ela.

A nossa época tem sido chamada a era da informação, mas também poderia ser chamada a era da vigilância em que se devassa facilmente o direito à privacidade e o direito à intimidade das pessoas.

Surge assim para os estudiosos e operadores do direito o desafio permanente da defesa das liberdades e direitos fundamentais ameaçados pelo Leviathan tecnológico.

Não tenhamos ilusões, porém, de que, com medidas legislativas e/ou jurídicas, inverteremos a tendência da sociedade técnica em prol da vida, da saúde e do meio ambiente equilibrado, que poderão apenas ajudar-nos a sobreviver dentro do sistema, porque como disse Ellul (1968, p. 439):

“Assim se completa o edifício desta civilização que não é um universo concentracionário, uma vez que não há atrocidade, não há demência, tudo é níquel e vidro, tudo é ordem – e as arestas das paixões dos homens são cuidadosamente aparadas. Não temos mais nada a perder e mais nada a ganhar, nossos mais profundos impulsos, nossas mais secretas pulsações do coração, nossas mais íntimas paixões são conhecidas, publicadas, analisadas, utilizadas”.

Referências

ALBADALEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1996. t. 1, v. 2.

BATLLÉ SALES, Georgina. *El derecho a la intimidad privada y su regulación*. Alcoy: Editorial Marfil, 1972.

BOURG, Dominique. Jacques Ellul ou la condamnation morale de la technique. *Cahiers Jacques – Ellul*.

France: Association Internationale Jacques Ellul, n. 2, p. 67-85, mars 2004.

CALMON, Petrônio. *Comentários à lei de informatização do processo judicial: Lei n. 11.419 de 19 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNEIRO, Mauro Brandão et al. Documentação médica: guarda e manuseio dos prontuários médicos. *Revista Sociedade de Cardiologia do Estado de São Paulo*, v. 12, n. 6, nov/dez, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COLBORN, Theo; DUMANOSKI, Dianne; MYERS, John Peterson. *O Futuro Roubado*. São Paulo: LPM Editores, 2002.

CORREIA, Miguel Pupo. *Sociedade de Informação e Direito: a assinatura digital*. Disponível em: <<http://www.publicaciones.derecho.org./redi/N@umero12 julho de 1999/Sociedade>>. Acesso em: 11 dez. 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O Direito de estar só-tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DE CUPIS, Adriano. “Riservatezza e segreto (Diritto a)”. In: NOVISSIMO Digesto Italiano. Torino: UTET, 1969.

DINIZ, Davi Monteiro. *Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: da qualificação jurídica dos arquivos digitais como documentos*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. Documento eletrônico, assinaturas digitais: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos. *Revista dos Tribunais: São Paulo*, 2001.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Tradução e prefácio de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

_____. *Exégèse des nouveaux lieux communs*. Paris: La Table Ronde, 2004a.

_____. *La technique ou l'enjeu du siècle*. Paris: Economica, 1990. (Classiques des Sciences Sociales).

_____. *Le bluff technologique*. Paris: Hachette, 1988.

_____. *Le système technicien*. Paris: Le cherche midi, 2004b.

_____. *L'illusion politique*. Paris: La Table Ronde, 2004c.

_____. *L'Empire du non sens: l'art et la société technique*. Paris: PUF, 1980

_____. *Propagandes*. Paris: Economica, 1990.

FARIÑAS MATONI, Luis Maria. *El derecho a la intimidad*. Madrid: Trivium, 1983.

HERVEG, Jean. *Confidentialité et sécurité pour les applications de telemedicine en droit européen*. Disponível em: <<http://www.lex-electronica.org/articles/v12-1/herveg.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2010.

JENKINS, Simon. A Grã-Bretanha sob o terror da vigilância. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 fev. 2008, p. A16.

LEAL, Scheila do Rocio Cercal dos Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. A inviolabilidade de correspondência na Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000.

LUCCA, Newton de. *Aspectos atuais da proteção aos dados pessoais no âmbito do espaço virtual*. Disponível em: <<http://ce.desenvolvimento.gov.br/dataprotection/default.asp?M=D>>. Acesso em: 31 jan. 2008.

_____. Títulos e contratos eletrônicos – o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000.

MORALES PRATS, Fermín. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Barcelona: Ediciones Destino, 1984.

ORTEGA Y GASSET, José. Vitalidad, alma, espíritu. In: *El espectador*. Madrid: Espasa Calpe, 1966. t. 5, t. 4.

_____. Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía. In: *Obras de José Ortega y Gasset*. Madrid: Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1982. v. 21.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 9, 1979.

_____. *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho: el impacto sócio-jurídico de las N. T. de la información*. Madrid: Fundesco, 1987.

PISON CAVERO, José Martinez de. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1993.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à Intimidade em ambiente da Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000.

PORTER, Henry. Royaume Uni Tous Fichés. Paris, *Courrier International* n. 891, nov./déc. 2007.

RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1998.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no Direito brasileiro. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 55, p. 53-84, jul./set. 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SPOHR, Elizabet Medeiros; SAUVE, Jacques Philippe. *Avaliação do impacto de tecnologias da informação emergentes nas empresas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2003.

TANJI, S. et al. A importância do registro no prontuário do paciente. *Enfermagem Atual*, Petrópolis, n. 24, p. 16-20, 2004.

TEIXEIRA, Joseni. *Notas jurídicas sobre o prontuário do paciente*. São Paulo: GT, 2007.

TROUDE-CHASTENET, Patrick. *Lire Ellul: ntroduction à l'oeuvre socio-politique de Jacques Ellul*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 1992.

_____. Critique de la politique et du politique dans l'oeuvre de Jacques Ellul. In: _____. *Jacques Ellul, Penseur sans frontières*. Le Bouscat: L'Esprit du Temps, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia Probatória dos Contratos Celebrados pela Internet. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 353, p. 206, 2001.

TURBAN, Efrain et al. *Tecnologia da informação para gestão: transformando os negócios na economia digital*. 3 ed. Tradução de Renato Schinke. Porto Alegre: Bookman, 2004.

URABAYEN, Miguel. *Vida privada e información: conflicto permanente*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1977.

A inelegibilidade do analfabeto segundo uma perspectiva concretista

Adriano Sant'Ana Pedra

Sumário

1. Introdução. 2. A elegibilidade como direito fundamental político. 3. A situação do analfabeto no Brasil. 4. A importância do contexto social para determinar a inelegibilidade do analfabeto. 5. Conclusões.

O pior analfabeto é o analfabeto político. Ele não ouve, não fala nem participa dos acontecimentos políticos. Ele não sabe que o custo de vida, o preço do feijão, do peixe, da farinha, do aluguel, do sapato e do remédio dependem de decisões políticas. O analfabeto político é tão burro que se orgulha e estufa o peito dizendo que odeia a política. Não sabe o imbecil que da sua ignorância política nasce a prostituta, o menor abandonado e o pior de todos os bandidos que é o político vigarista, pilantra, corrupto e lacaio dos exploradores do povo. (BRECHT, Bertolt, 2010)

1. Introdução

A eleição dos representantes políticos é um tema muito caro na democracia representativa. Por meio das eleições, o povo, titular do poder, designa aquelas pessoas que tomarão as decisões em seu nome. Todavia, nem todas as pessoas estão aptas para serem eleitas, pois, para tanto, precisam preencher certas condições estabelecidas pela Constituição.

O texto constitucional brasileiro prescreve que os analfabetos são inelegíveis (artigo 14, § 4º). Percebe-se aí uma restrição a um direito fundamental, que só será legítimo se

Adriano Sant'Ana Pedra é Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) nos cursos de graduação, especialização e mestrado. Professor da Escola da Magistratura do Espírito Santo (EMES). Procurador Federal.

demonstrada a sua razoabilidade. O tema assume uma dimensão ampla na medida em que o Brasil, infelizmente, ainda apresenta altos índices de analfabetismo.

A questão também apresenta muitas divergências, pois não é possível definir com precisão o grau de instrução que um candidato deve ter para ser considerado alfabetizado, e, portanto, elegível, principalmente levando em consideração a realidade social de cada uma das milhares de circunscrições eleitorais no Brasil e tendo em vista ainda a exigência de conhecimento para desempenhar as atribuições dos diversos cargos eletivos existentes.

A análise da inelegibilidade do analfabeto será feita a partir da teoria da concretização constitucional. A fim de se emancipar de uma hermenêutica tradicional, são adotados neste trabalho algumas das proposições da metódica estruturante de Friedrich Müller. Neste contexto, toma-se o ordenamento constitucional como um sistema normativo aberto, e a teoria concretista de Friedrich Müller propõe-se a atender as demandas da sociedade contemporânea, que tem como características a diferenciação social e o pluralismo político.

Neste contexto, é imprescindível fazer a distinção entre texto normativo e norma. A estrutura da norma constitucional apresenta-se determinada pelo programa normativo e pelo âmbito normativo, e a conexão entre ambos vai resultar na norma de decisão. Toda essa análise permitirá verificar em que medida a inelegibilidade do analfabeto dependerá do contexto experimentado.

2. A elegibilidade como direito fundamental político

Os direitos políticos constituem o poder que os cidadãos ativos têm de participar direta ou indiretamente das decisões do seu Estado (PEDRA; PEDRA, 2010, p. 10). Os direitos políticos são direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status*

civitatis, constituídos de instrumentos que visam disciplinar as formas de atuação da soberania popular, permitindo o exercício da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 664),

“os direitos políticos (ou de participação política) são *direitos de cidadania*, ou seja, direitos dos indivíduos enquanto *cidadãos*, enquanto membros da ‘república’, que o mesmo é dizer, da coletividade politicamente organizada e são simultaneamente parte integrante e garantia do princípio democrático, constitucionalmente garantido.”

Conforme preceitua a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 14, *caput*, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular. Nos termos da Constituição brasileira, é possível elencar como direitos políticos: o direito de sufrágio; o direito de votar em eleições, plebiscitos e referendos; a iniciativa popular; a ação popular; a organização e participação de partidos políticos; bem como a elegibilidade.

A elegibilidade é o direito subjetivo público que detém o cidadão para submeter o seu nome à apreciação dos seus pares, postulando a designação para um mandato político no Legislativo ou no Executivo, mediante a sufragação popular.

Na lição de Luís Pinto Ferreira (1983, p. 364),

“a elegibilidade é a capacidade de ser eleito, a qualidade de uma pessoa que é elegível nas condições permitidas pela legislação. A elegibilidade é, na restrita precisão legal, o direito do cidadão de ser escolhido mediante votação direta ou indireta para representante do povo ou da comunidade, segundo as condições estabelecidas pela Constituição e pela legislação eleitoral.”

A verificação da elegibilidade de um cidadão é *conditio sine qua non* para a efetivação de uma candidatura, sendo necessária ainda a conveniência pessoal do cidadão e do partido político ao qual se ache filiado, que deverá submetê-lo à convenção partidária para a escolha dos seus candidatos.

Todavia, como não existem direitos absolutos, a elegibilidade também não o será. Pode-se afirmar que a inelegibilidade é a ausência de capacidade eleitoral passiva, ou seja, a inexistência do direito de ser votado, constituindo assim uma restrição ao *status* de cidadania.

Nas palavras de Luís Pinto Ferreira (Idem), “a inelegibilidade é o contrário da elegibilidade”. A inelegibilidade¹ se configura pela inaptidão jurídica para receber voto, obstando, dessa forma, a existência da candidatura. Segundo a lição de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra (2009, p. 56), a “inelegibilidade é a impossibilidade de o cidadão ser eleito para cargo público, em razão de não poder ser votado, impedindo-o de exercer seus direitos políticos de forma passiva”, não obstante permanecer intacta sua cidadania ativa, ou seja, o direito de votar nas eleições.

Nos termos do texto constitucional brasileiro (art. 14, § 4º), os analfabetos² são inelegíveis, ou seja, estão impossibilitados de exercer um cargo eletivo³. Todavia, embora seja estabelecida essa prescrição, a Constituição não traz o conceito de analfabeto nem os critérios que devem ser verificados

¹ Não se deve confundir *inelegibilidade* com *incompatibilidade*. A primeira impede alguém de ser candidato; a segunda permite a candidatura, mas impõe a escolha entre o mandato eletivo e a atividade tida por incompatível.

² Para estes o voto é facultativo, nos termos do artigo 14, § 1º, II, “a”, CF.

³ O texto constitucional chileno também faz exigência de instrução mínima para o exercício de cargo eletivo. De acordo com a Constituição do Chile (artigo 46), para ser eleito senador requer-se ser cidadão com direito a sufrágio, ter cursado o ensino médio ou equivalente e contar com trinta e cinco anos completos no dia da eleição (Cf. MARINKOVIC; URQUIAGA; ALCALÁ, 2005, p. 229).

para que o candidato ao cargo eletivo possa ou não ser considerado como tal.

3. A situação do analfabeto no Brasil

As restrições por deficiência de instrução, embora mereçam críticas, geralmente são justificadas em razão da necessidade de um grau mínimo de instrução para o exercício consciente do direito de sufrágio (PEDRA, 2005, p. 208). No Brasil, os analfabetos não podem eleger-se (artigo 14, § 4º, Constituição brasileira de 1988) e, para eles, o alistamento eleitoral e o voto são facultativos (artigo 14, § 1º, II, “a”, Constituição brasileira de 1988). Convém dizer que o direito de sufrágio não era reconhecido aos analfabetos⁴, no Brasil, até a Emenda Constitucional nº 25/1985, que modificou o texto constitucional anterior (1967/1969).

Em um país com elevado número de adultos analfabetos, restringi-los pura e simplesmente do pleno exercício dos direitos políticos é esquecer que a educação é direito de todos e dever do Estado⁵, visando a preparar as pessoas para o exercício da cidadania (artigo 205, CF).

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a situação da educação no Brasil apresentou melhorias significativas nas últimas décadas. Houve uma substancial queda da taxa de analfabetismo de pessoas de mais de 15 (quinze) anos de idade⁶, nos seguintes

⁴ Contudo, os analfabetos permaneceram privados da capacidade eleitoral passiva.

⁵ O analfabetismo é um problema histórico do nosso país, e também era preocupação do legislador constituinte. Em discurso na ocasião da promulgação da Constituição brasileira, o presidente da Assembleia Nacional Constituinte lembrou que, “num país de 30.401.000 analfabetos, afrontosos 25% da população, cabe advertir: a cidadania começa com o analfabeto” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 921).

⁶ Convém anotar que, no Brasil, o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos (artigo 14, § 1º, I, CF) e facultativos para “a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (artigo 14, § 1º, II, CF). Além disso, é condição de elegibilidade “a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para

números: 33,6% no ano de 1970; 25,5% no ano de 1980; 20,1% no ano de 1991; 13,6% no ano de 2000; e 11,8% no ano de 2002. Todavia, apesar da redução apresentada, o Brasil ainda possui um total de 14,6 milhões de pessoas analfabetas⁷, uma quantidade absoluta alarmante.

O esforço para melhorar a educação dos brasileiros não é recente. Segundo o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais “Anísio Teixeira”, no Mapa do Analfabetismo no Brasil, a história mostra que “tão antigas quanto o analfabetismo no País, são as tentativas de erradicá-lo”⁸. Entre essas tentativas, estão as seguintes propostas de alfabetização: Campanha de Educação de Adolescentes e Adultos (1947, Governo Eurico Gaspar Dutra); Campanha Nacional de Erradicação do Analfabetismo (1958, Governo Juscelino Kubitschek); Movimento de Educação de Base (1961, criado pela Conferência Nacional de Bispos do Brasil – CNBB); Programa Nacional de Alfabetização, valendo-se do método Paulo Freire (1964, Governo João Goulart); Movimento Brasileiro de Alfabetização – Mobral (1968-1978, Governos da Ditadura Militar); Fundação Nacional de Educação de Jovens e Adultos – Educar (1985, Governo José Sarney); Programa Nacional de Alfabetização e Cidadania – PNAC (1990, Governo Fernando Collor de Mello); Declaração Mundial de Educação para Todos (assinada, em 1993, pelo Brasil em Jomtien, Tailândia); Plano Decenal de Educação para

Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador” (artigo 14, § 3º, VI, CF).

⁷ Dados disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/educacao.html>>. Acesso em: 10 out. 2010. Se forem consideradas aquelas pessoas que não concluíram o processo de alfabetização, que dura quatro anos, o Brasil apresentava em 2002 um total de 32,1 milhões de pessoas nesta situação, o que representava 26% da população de 15 anos ou mais de idade.

⁸ Disponível em: <<http://www.inep.gov.br/estatisticas/analfabetismo>>. Acesso em: 10 out. 2010.

Todos (1993, Governo Itamar Franco) e o Programa de Alfabetização Solidária (1997, Governo Fernando Henrique Cardoso). Tais programas salvacionistas objetivaram combater o analfabetismo. Embora alguns tenham deixado relevantes contribuições, outros foram marcados pela seletividade, exclusão social, dominação e imposição cultural, e, por isso, não conseguiram atingir o seu objetivo.

É preocupante essa grande quantidade de pessoas analfabetas, o que exige a implantação de políticas públicas que melhorem as condições educacionais do brasileiro. A alfabetização proporciona possibilidades de inserção social, como instrumento para uma sociedade mais justa e igualitária. O indivíduo, ao se tornar um leitor, adquire mais autonomia em relação à sua própria vida. Nesse sentido, é oportuna a citação de Paulo Freire (1987, p. 120), para quem não existe transformação social sem a contribuição da educação:

“O importante do ponto de vista de uma educação libertadora, e não ‘bancária’, é que, em qualquer dos casos, os homens se sintam sujeitos de seu pensar, discutindo o seu pensar, sua própria visão do mundo, manifestada implícita ou explicitamente, nas suas sugestões e nas de seus companheiros.”

A alfabetização, assim como a aquisição do conhecimento que ela proporciona, tem significado historicamente um privilégio que permite a detenção do poder pelas classes dominantes⁹. Luiz Carlos Cagliari (1989, p. 10) afirma que a diminuição do analfabetismo representaria o

⁹ Segundo dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais “Anísio Teixeira” (INEP), os índices de analfabetismo estão diretamente relacionadas à renda familiar. Nos domicílios que possuem renda inferior a um salário mínimo (o equivalente atualmente a cerca de trezentos dólares), o índice alcança 29%, enquanto nas famílias que possuem renda superior a dez salários mínimos, o índice é de apenas 1,4%. Disponível em: <http://www.inep.gov.br/imprensa/noticias/outras/news03_19.htm>. Acesso em: 10 out. 2010.

“compartilhamento do saber do poder e do poder do saber. A igualdade de chances tornar-se-ia perigosa demais para os que quisessem mandar e ter quem lhes obedecesse. Nada melhor do que a ignorância para gerar a obediência cega, a subserviência e o conformismo, como destino irrevogável da condição humana.”

No entanto, para que uma norma jurídica seja válida para todos, deve ser posta por todos. A igualdade política “é talvez o aspecto mais importante sob o qual podemos abordar a questão da igualdade. Ela exige que qualquer pessoa, desde que possa decidir livremente, possa participar do poder do Estado pelo voto, ainda que analfabeto” (SALGADO, 1996, p. 35). E só garantindo a igualdade é que uma sociedade pluralista pode ser considerada uma sociedade democrática¹⁰.

Em verdade, se o povo é incapaz¹¹ de compreender os problemas do Estado, isto se deve única e exclusivamente ao próprio Estado. Neste limiar de século XXI, apesar de todos os avanços que a Humanidade conquistou, muitos países ainda se encontram em um universo de repressão intelectual.

¹⁰ Marcelo Campos Galuppo explica que uma sociedade pluralista precisa ser também uma sociedade democrática. “Caso contrário, sua existência como sociedade pluralista também estaria ameaçada. Pois só numa sociedade democrática o pluralismo pode ser exercitado e, assim, deixar de ser uma mera existência de concepções divergentes para se tornar a convivência de projetos realizados na medida do possível” (GALUPPO, 2002, p. 210).

¹¹ A este respeito, comenta Maria Victoria de Mesquita Benevides (2003, p. 80): “O povo é incapaz, segundo tais crenças, porque, entre suas múltiplas carências, costuma-se destacar que: o povo é incompetente para votar em questões que ‘não pode entender’; é incoerente em suas opiniões (quando as tem) e é, ainda, politicamente irresponsável, nada lhe sendo cobrado; o povo tende a votar de forma mais ‘conservadora’ e, quando muito solicitado, torna-se ‘apático’ para a participação política; o povo é mais vulnerável, do que seus representantes, às pressões do poder econômico e dos grupos ‘superorganizados’; o povo é dirigido pela ‘tirania da maioria’ e dominado pelas ‘paixões’”.

O direito à educação é um dos direitos humanos fundamentais mais importantes, e está diretamente relacionado à participação política dos cidadãos. Entretanto, infelizmente, no Brasil, “dela estão excluídos os analfabetos, o que na verdade importa praticamente na exclusão de metade da população brasileira, em condições pela idade, da participação desse processo político” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 31).

Existem muitos municípios no Brasil onde mais da metade da população adulta é analfabeta. Nestes casos, como impedir que um analfabeto seja o representante político dessa comunidade? Fazer uma interpretação literal do artigo 14, § 4º, da Constituição brasileira é deixar toda essa multidão de analfabetos sem representação.

Outro problema que se tem é na identificação de quem é analfabeto nos termos da Constituição. Todas as pessoas nascem analfabetas, evidentemente, e, quanto aos recém-nascidos, é possível ter certeza quanto ao seu absoluto desconhecimento da leitura e da escrita. Mas o que dizer de uma pessoa que já completou dezoito anos de idade (idade mínima para se eleger no Brasil), ainda que nunca haja tido acesso à escola? Não se pode desprezar que essa pessoa tenha conhecimentos mínimos de letras e números, por exemplo, o que lhe permite tomar o ônibus certo para ir para o trabalho ou ainda apertar o botão correto do elevador para ser conduzido ao pavimento que deseja.

Convém dizer que, mesmo para aquelas pessoas que tiveram acesso à escola e nela permaneceram por mais de três anos, não há garantia de um acesso autônomo às práticas sociais de leitura e escrita. Muitas dessas pessoas não são capazes de ler textos longos ou ainda localizar e relacionar suas informações.

Nas estatísticas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), é considerada analfabeta aquela pessoa que declara não saber ler e escrever um bilhete simples no idioma que conhece, além da-

quela que relata que aprendeu a ler, mas esqueceu¹². Até o ano de 1940, os formulários dos censos definiam a pessoa como analfabeta ou alfabetizada perguntando-lhe se sabia assinar o nome. A partir do censo de 1950, até o de 2000, a pergunta passou a ser: “sabe ler e escrever um bilhete simples?”¹³. A mudança na pergunta reflete a preocupação com o uso social da escrita e não uma mera confirmação acerca de saber escrever – ou até mesmo desenhar – o próprio nome.

É possível identificar uma gradação do nível de alfabetização de uma pessoa, que parte desde (1) aqueles que não conseguem realizar tarefas simples que envolvem a decodificação de palavras e frases, passando por (2) aqueles que possuem capacidade de localizar informações explícitas em textos curtos, seguindo-se (3) aqueles que possuem capacidade de localizar informações em textos um pouco mais extensos, podendo realizar pequenas inferências, indo até (4) aqueles que possuem capacidade de ler textos longos, relacionando partes de um texto, realizando inferências e sínteses.

Adriano Soares da Costa (2009, p. 105) escreve que “não existe – nem existirá – um critério seguro e definitivo de decidibilidade da aplicação do signo *analfabetismo*”. E acrescenta que há situações em que

“poderá o leitor recitar algumas palavras, ou frases, ou o texto inteiro, mesmo com alguma dificuldade. Ao término da leitura, indagado sobre o que leu, não expressar qualquer entendimento. Seria ele um analfabeto, ou um semi-analfabeto, ou como classificá-lo? Ressalta, à evidência, a vaguidade do termo *analfabetismo*, que não pode ser aplicado com inte-

gral tranquilidade sem alguns critérios que auxiliem o seu uso” (COSTA, 2009, p. 104).

É possível dizer, assim, que o termo “analfabetismo” é vago. Uma palavra é vaga quando não se pode dizer, em certos casos, se ela se aplica ou não ao objeto. Nesse sentido, a *vagueza* ou *vaguidade* refere-se à *extensão*.

Nos termos vagos, não há uma regra definida para a sua aplicação. Existe um estado de indeterminação da palavra. A vagueza pode ser considerada como “a incapacidade de determinarmos se a linguagem da realidade social está abrangida pelo conceito de uma palavra. Por outro giro: é a impossibilidade de aplicarmos determinada palavra à linguagem da realidade social” (MOUSSALEM, 2001, p. 55).

Os critérios pelos quais se pretende explicar o significado de um termo da linguagem natural não permitem decidir, em todos os casos, “os limites precisos para sua denotação, devendo os usuários decidirem pragmaticamente se incluem ou não determinadas situações, objetos ou subclasses de termos dentro da denotação” (WARAT, 1995, p. 76).

Existem zonas de *certeza positiva*, zonas de *certeza negativa* e zonas de *incerteza*. Há situações em que as palavras aplicam-se perfeitamente à linguagem constitutiva do real (zonas de certeza positiva) e há outras situações em que a inaplicabilidade é manifesta (zonas de certeza negativa). Todavia, em determinados casos, a aplicabilidade da palavra é incerta (zonas de incerteza).

“Há um foco de intensidade luminosa onde se agrupam os exemplos típicos, aqueles diante dos quais não se duvida que a palavra seja aplicável. Há uma zona de obscuridade em torno, onde estão situados todos os casos em que não se duvida que a palavra não seja aplicável. O trânsito de uma zona para a outra é gradual; entre a luminosidade total e a obscuridade total há uma zona de penumbra sem limites preci-

¹² Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2001, 35% dos analfabetos já frequentaram a escola. Cf. o “Mapa do Analfabetismo no Brasil”, disponível em: <http://www.inep.gov.br/imprensa/noticias/outras/news03_19.htm>. Acesso em: 10 out. 2010.

¹³ Cf. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. MEC/INEP. Censo escolar (2001). Disponível em <www.inep.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2010.

sos. Ela não começa nem termina em nenhum lugar, mas, paradoxalmente, existe. As palavras que usamos diariamente para aludir ao mundo em que vivemos e a nós mesmos carregam consigo esta imprecisa aura de imprecisão” (CARRIÓ, 2006, p. 34).

Muitas palavras não são consideradas vagas porque não suscitam dúvidas na nossa mente. Todavia, “todas as palavras que usamos para falar do mundo que nos rodeia, e de nós mesmos, são, ao menos, *potencialmente vagas*” (Idem), pois suas condições de aplicação não estão determinadas em todas as direções possíveis.

Sempre é possível imaginar circunstâncias, suposições ou casos diante dos quais o uso não dita nem a aplicação nem a não aplicação do termo. Além disso, “um texto que na sua letra ou à luz da experiência parecia claro pode obscurecer-se face à provocação de um caso novo” (QUEIROZ, 2000, p. 105). É o que ocorre com a palavra “analfabeto”. Por isso Herbert L. A. Hart (2001, p. 141) afirma que as línguas naturais têm irredutivelmente uma *textura aberta*.

4. A importância do contexto social para determinar a ineligibilidade do analfabeto

A Constituição aberta é uma característica das sociedades complexas, porque, diante da multiplicidade dos problemas que podem surgir, a Constituição necessita de soluções para acompanhar esse casuismo problemático, e, por isso, o conteúdo dessas normas necessita ser objeto de *concretização*.

Enquanto, na hermenêutica tradicional, “a interpretação era compreendida apenas como a *descoberta* do sentido do texto normativo”, na *concretização* “o processo interpretativo não é apenas cognitivo, mas fundamentalmente volitivo, criativo” (TAVARES, 2006, p. 60). Nesse sentido, “o direito é essencialmente voluntarista, vale dizer, necessita da vontade do intérprete” (BASTOS, 2002, p. 47). Em virtude disso, é possível dizer que “toda concretização

constitucional é aperfeiçoadora e criativa” (BONAVIDES, 2003, p. 504) e que “a norma é *construída*, pelo intérprete, no decorrer do processo de *concretização* do direito” (GRAU, 2006, p. 77).

Isto faz Friedrich Müller dizer que a *teoria estruturante do direito* não é apenas uma nova concepção, mas também uma concepção inovadora da teoria do direito. Ela “resulta, pela primeira vez, de um *conceito pós-positivista de norma jurídica*” (MÜLLER, 2007, p. 161). A norma jurídica não mais se encontra pronta nos textos normativos, mas somente será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso. Desse modo, escreve Friedrich Müller (2007, p. 150):

“‘Concretizar’ não significa aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e concluir. E também não, como no positivismo sistematizado da última fase de Kelsen, ‘individualizar’ uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual ‘mais restrito’. Muito pelo contrário, ‘concretizar’ significa: *produzir* diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.”

A *metódica estruturante* de Friedrich Müller é formada por três elementos, quais sejam, (i) o *programa normativo*, (ii) o *âmbito normativo* e (iii) a *norma de decisão*. Segundo o *método concretista*¹⁴ de Friedrich Müller¹⁵,

¹⁴ Nas palavras do próprio autor, “pode-se dizer, caso queiram, ‘concretista’. Isso exprime, creio eu, o mesmo que quando chamei minha *Teoria e metódica do direito* de ‘realista’” (MÜLLER, 2007, p. 271).

¹⁵ Paulo Bonavides (2003, p. 498) escreve que o método concretista de Friedrich Müller “tem sua base medular ou inspiração maior na tópica”. Porém, o próprio Friedrich Müller (2007, p. 272) contesta esta visão: “não estou de acordo com Paulo Bonavides quando ele afirma possuir minha posição uma ‘inspiração tópica’”.

não há identidade entre a norma e o texto normativo.

“Quando juristas falam e escrevem sobre ‘a’ constituição, referem-se ao texto da constituição; quando falam ‘da’ lei, referem-se ao seu teor literal. Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos (*Grundsachverhalt*) de uma não-identidade de texto da norma e norma. Entre dois aspectos principais o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ‘ponta do iceberg’” (MÜLLER, 2000, p. 53).

A teoria estruturante do direito considera normativos aqueles elementos que conferem uma direção rumo ao processo decisório, ou seja, elementos sem os quais o caso seria decidido de maneira diferente. Esses elementos constituem o *programa normativo* (dados da linguagem) e o *âmbito normativo* (dados reais).

O *programa normativo* representa a análise do texto normativo (elemento linguístico). O programa da norma é o resultado da interpretação do texto normativo, ou seja, o que é expresso pelo teor literal bem como todos os recursos interpretativos auxiliares, sendo formado a partir dos dados da linguagem. Como se trata de um dos elementos que se destinam a alcançar a norma de decisão, o programa normativo constitui um resultado intermediário e provisório da interpretação de todos os dados linguísticos (Idem, 2007, p. 162).

O *âmbito normativo* (ou *domínio normativo*) abrange as interferências provocadas na norma pela realidade (elemento empírico). Trata-se de um conceito a ser determinado estruturalmente e se refere às partes integrantes da normatividade que são co-constitutivas da norma. Esclarece ainda Friedrich Müller (2007, p. 30) que o âmbito normativo não é um conglomerado de fatos materiais, mas uma conexão de elementos estruturais extraídos da realidade social a partir da perspectiva seletiva e valorativa do programa normativo.

Saber até que ponto a interpretação e a aplicação do direito podem apoiar-se na facticidade social e em resultados da pesquisa sociológica – sem errar o alvo da normatividade do direito – deve ser visto como um problema de metodologia jurídica. Friedrich Müller (2008, p. 35) adverte que “aspectos da realidade social só podem entrar na dogmática e metódica jurídicas no interesse da normatividade jurídica, a serviço da racionalidade especificamente jurídica em vinculação à norma”.

O método normativo-estruturante pressupõe a existência de uma implicação necessária entre o programa da norma e o âmbito da norma, ou seja, um nexo entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular, uma vinculação tão estreita que “a própria normatividade, tradicionalmente vista como atributo essencial dos comandos jurídicos, parece ter-se evadido dos textos para buscar apoio fora do ordenamento” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 106). A estrutura da norma assinala a conexão entre o programa da norma e o âmbito da norma e, por isso, “a norma só pode compreender-se como uma articulação destas duas dimensões” (CANOTILHO, 2002, p. 1200).

Na decisão sempre se tem a possibilidade de optar entre alternativas semânticas distintas, mas essa possibilidade necessita satisfazer as particularidades e as exigências normativas de cada caso concreto. A norma objeto da interpretação não se confunde com o texto, mas se apresenta como resultado de um trabalho de construção.

A *norma de decisão* constitui a solução do problema concreto apresentado, dentro dos parâmetros jurídicos. Nas palavras de Friedrich Müller (2008, p. 148), “a norma de decisão é o estado de agregação mais individualizado da norma jurídica, e não uma entidade autônoma situada ao lado dela”. E ainda acrescenta:

“A concretização é, realisticamente considerada, a *construção* da norma jurídica no caso concreto. A norma

jurídica não existe, como vimos, *ante casum*, mas só se constrói *in casu*. A norma é a formulação geral da decisão jurídica; a formulação individual (isto é, o teor da decisão) chama-se *norma de decisão*" (MÜLLER, 2007, p. 162).

Dessa forma, a norma que estabelece a ineligibilidade do analfabeto deve ser construída a partir do texto constitucional, fazendo-se uma interpretação sistemática do § 4º do artigo 14, e também levando em consideração os dados da realidade social brasileira.

O Brasil é um país plural, com diferenças regionais e intrarregionais, onde o sistema educacional está organizado de forma descentralizado, com responsabilidades da União, dos Estados e dos Municípios. Toda essa complexidade faz com que o país tenha Municípios como Jordão, no Estado do Acre, com uma população de cerca de 4.500 pessoas, com taxa de analfabetismo da população de mais de 15 anos em torno de 60%, e municípios como São Paulo, no Estado de São Paulo, com uma população de cerca de 10.500.000 pessoas, com taxa de analfabetismo da população de mais de 15 anos em torno de 5%¹⁶.

O "Mapa do Analfabetismo no Brasil"¹⁷, estudo produzido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais "Anísio Teixeira" (INEP), que reúne indicadores produzidos no ano de 2000 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e pelo próprio INEP, traça um panorama da situação educacional de todos os municípios brasileiros. Segundo o referido estudo, o Brasil possui cerca de 16 milhões de *analfabetos* com mais de 15 anos de idade e 30 milhões

¹⁶ Cf. "Indicadores do Censo Demográfico de 2000 e do Censo Escolar de 2000", disponível em: <<http://www.inep.gov.br/estatisticas/analfabetismo/default.htm>>. Acesso em: 10 out. 2010.

¹⁷ Disponível em: <http://www.inep.gov.br/imprensa/noticias/outras/news03_19.htm>. Acesso em: 10 out. 2010.

de *analfabetos funcionais*, definição que o Mapa utiliza para as pessoas com menos de quatro anos de estudo.

Além de apresentar e analisar dados gerais, o estudo detalha a situação do analfabetismo no Brasil, apresentando informações por faixa etária, gênero, raça, localização (rural e urbana) e renda domiciliar. É possível verificar, a partir do estudo, que entre os cem municípios com maior número de analfabetos estão 24 capitais de Estados. O Município de São Paulo apresenta o maior número de pessoas que não sabem ler e escrever: 383.000. Em seguida está o Município do Rio de Janeiro, com 199.000. Entretanto, na zona rural brasileira, a taxa de analfabetismo é três vezes maior que a da zona urbana (28,7% e 9,5%, respectivamente). A maior concentração de analfabetos está na população com mais de 60 anos (34%), enquanto que a taxa de analfabetismo na população com idade entre 10 e 19 anos é de 7,4%. A taxa de analfabetismo das pessoas com mais de 15 anos de idade varia de acordo com a região: 11,6% na região Norte; 26,6% na região Nordeste; 7,8% na região Sudeste; 7,8% na região Sul; e 10,8% na região Centro-Oeste¹⁸.

Como se nota, existem muitos lugares onde o índice de analfabetismo é bastante significativo, e isso pode definir uma eleição. No Brasil, a *circunscrição eleitoral*¹⁹ é estabelecida nos termos do artigo 86 do Código Eleitoral, que dispõe que, "nas eleições presidenciais, a circunscrição será o País; nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo Município"²⁰. Nesse contexto, um Município com 60%

¹⁸ Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/tabela3.shtm>>. Acesso em: 10 out. 2010.

¹⁹ A *circunscrição eleitoral* corresponde à zona que demarca quais votos serão levados em conta quando da atribuição de mandatos (Cf. PEDRA, 2008b, p. 17).

²⁰ Nem sempre as circunscrições eleitorais têm por base uma delimitação territorial, embora seja a maioria dos casos. É possível que seja um conjunto étnico, por exemplo, como é o caso dos *Maori* na Nova Zelândia (Cf. PEDRA, 2007, p. 22).

de analfabetos na população adulta teria apenas 40% de cidadãos aptos para serem candidatos a cargos eletivos, sem contar outras hipóteses de inelegibilidade (artigo 14, CF) ou ainda as situações de privação de direitos políticos (artigo 15, CF). O curioso é que os analfabetos podem exercer o poder²¹ diretamente nas consultas populares (plebiscito e referendo, por exemplo), mas lhes seria vedado exercer o poder como representantes políticos.

Diante dessa situação brasileira, é necessário interpretar o artigo 14, § 4º, da Constituição Federal à luz da teoria da concretização. Deve ser assim porque a norma jurídica só se movimenta diante de uma situação concreta, pela ação do aplicador do direito, que é o intermediário entre a norma e os fatos da vida (PEDRA, 2008a, p. 11). Daí, a inelegibilidade do analfabeto dependerá do contexto no qual ele está inserido, e, para tanto, deverá ser levada em consideração a sua circunscrição eleitoral e o cargo eletivo a que deseja concorrer.

Nesse sentido também é a lavra de Adriano Soares da Costa (2009, p. 106), que não despreza a diversidade que se encontra no Brasil:

“Um vereador de cultura pouca, semi-analfabeto beirando ao analfabetismo completo, poderá ser importante líder político em sua comunidade de imensa maioria de semi-analfabetos, tão encontradiços nos grotões do Brasil. Sem embargo, o mesmo não ocorrerá quando o candidato pleitear um cargo de governador do Estado, ou presidente da República, ou senador”.

Assim, por menos instruído que seja, um representante político analfabeto provavelmente saberá identificar melhor as dificuldades de outras pessoas que estão nessa mesma situação. Devidamente assistido por

²¹ Cf. artigo 1º, parágrafo único, da Constituição brasileira: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

assessoria idônea²², o mandatário analfabeto poderá exercer bem determinados cargos.

Deve-se destacar que as peculiaridades de cada uma das diversas circunscrições eleitorais brasileiras e dos respectivos cargos eletivos impedem que se estabeleça um padrão para todos eles. A elegibilidade ou inelegibilidade do analfabeto deve levar em consideração a realidade apresentada em cada circunscrição eleitoral e as aptidões exigidas para cada cargo eletivo.

5. Conclusões

Segundo a teoria da concretização, as normas constitucionais resultam da conexão entre o *programa normativo* (*Normprogramm*), ou seja, a sua expressão literal, e o *âmbito normativo* (*Normbereich*), entendido como a realidade circundante. Como o *âmbito normativo* está sujeito à diversidade encontrada no contexto brasileiro, os resultados da concretização da norma podem ser diversos apesar de o texto normativo – e, com isso, no essencial, o *programa normativo* – ser o mesmo.

²² Pessoas de confiança e recursos tecnológicos também auxiliam a leitura de textos para pessoas com deficiência visual, pois ainda são poucos os textos disponíveis em Braille. Convém ainda registrar que a dificuldade para ler tudo o que está sob a sua responsabilidade também ocorre com aquelas pessoas que têm excessiva quantidade de tarefas. É o que ocorre, por exemplo, com os ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, embora possuam “notável saber jurídico” (artigo 101, CF), não têm tempo para se dedicarem à leitura de todos os autos de processos a seu cargo. A este respeito, merece ser transcrita parte da entrevista dada pelo ministro Cezar Peluso, presidente desta Corte, à revista *Veja*: “*Veja*: – Os ministros leem todos os processos que julgam? *Cezar Peluso*: – É humanamente inconcebível para um ministro trabalhar em todos os processos que recebe. Ninguém dá conta de analisar 10.000 ações em um ano. O que acontece? Você faz um modelo de decisão para determinado tema. Depois, a sua equipe de analistas reúne os casos análogos e aplica o seu entendimento. Acaba-se transferindo parte da responsabilidade do julgamento para os analistas. É claro que o ideal seria que o ministro examinasse detidamente todos os casos”. Cf. *Revista Veja*, edição nº 2.172, ano 43, nº 27, de 07 de julho de 2010, p. 20.

Assim sendo, a norma não pode ser isolada da realidade, pois esta é parte integrante e constitutiva daquela. A realidade social brasileira apresenta muitos analfabetos, que estão nessa situação, em grande parte, porque o Estado brasileiro não proporcionou um efetivo acesso à escola a essas pessoas (escola, transporte, merenda, etc.). Nessa hipótese, é injusto considerar inelegível uma pessoa quando ela foi vítima da ausência do Estado na prestação do direito fundamental à educação.

Enquanto forem eleitas apenas pessoas alfabetizadas, distantes muitas vezes do problema da ausência da educação, não se pode esperar que medidas efetivas sejam tomadas em prol dos analfabetos. Dessa forma, naquelas circunscrições eleitorais onde o índice de analfabetismo é significativo e para aqueles cargos eletivos que podem ser exercidos sem prejuízo para o interesse público, a serem avaliados de acordo com cada caso concreto, deve ser permitida a candidatura de pessoas analfabetas, que poderão bem desempenhar os seus mandatos com o auxílio de assessoria idônea.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 3. ed. São Paulo: Ática, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. ANDRADE, Antônio Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRECHT, Bertolt. Analfabeto político. Disponível em: <<http://www.comunismo.com.br/brecht.html>>. Acesso em: 16 mar. 2011.
- CAGLIARI, Luiz Carlos. *Alfabetização e linguística*. São Paulo: Scipione, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2007. v. 1.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2006.
- COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armino Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- MARINKOVIC, Mario Verdugo; URQUIAGA, Emilio Pfeffer. ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derecho constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOUSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Tradução de Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Galdes Ferreira. São Paulo: RT, 2007.
- _____. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- _____. A importância do concreto no processo interpretativo dos direitos fundamentais. *Depoimentos – Revista de Direito da FDV, Vitória*, n. 14, p. 9-12, jul./dez. 2008a.

_____. Reforma política: compromissos e desafios da democracia brasileira. In: _____. *Arquivos de direito público: as transformações do Estado brasileiro e as novas perspectivas para o direito público*. São Paulo: Método, 2007.

_____. Sistema eleitoral e democracia representativa. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos. *Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Forum, 2008b.

_____; PEDRA, Anderson Sant'Ana. A inelegibilidade como consequência da rejeição de contas. In: COELHO, Marcus Vinícius Furtado; AGRA, Walber de Moura (Org.). *Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas*. Brasília: OAB, 2010.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 82, jan. 1996.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

O feminino e o trabalho doméstico

Paradoxos da complexidade

Mônica Sette Lopes

O trabalho doméstico, que é predominantemente feminino, constitui um dado da experiência de discriminação na composição da igualdade com a lei. Fato historicamente relevante, é preciso situar com precisão a incoerência deste campo profissional que recebe a menor força de tutela da Constituição e da legislação.

A propaganda da loja de perucas estava ao alcance da mão e dos olhos num salão de beleza. Protótipo do feminino idealizado e comercializado, o panfleto elencava os atributos de uma mulher¹. Um cansaço imaginar esta mulher tão mecanicamente perfeita e disponível. Ao alcance da mão e dos olhos. Como qualquer meio de propaganda, o objetivo do rol de qualidades era acolher e encontrar a empatia daquelas que desejam ser exatamente assim:

Bonita, bem humorada, saudável,
batom na boca, alto astral, cabelos
limpos, unhas feitas, amiga, coerente,
alegre, prestativa e firme.

Há na soma dessas qualidades a pavimentação de um terreno limpo, plano, inerte na definição do que *deve ser* a mulher. Na soma das características que conforma a idealização, o igual entre nós corresponderia à imagem polarizada entre a boa aparência e o bom coração, como um único sem arestas, sem história, sem trespasses.

Mônica Sette Lopes é Professora Associada da Faculdade de Direito da UFMG, Doutora em Filosofia do Direito.

¹ Para maior aprofundamento, cf. Funck, Widdholzer.

Um único de igualdade indissolúvel na disponibilidade. Um único invisível de tão igual.

A sensação não é diversa quando se examinam os preceitos da lei que prescrevem a igualdade entre homens e mulheres. Esta não é característica deste feixe de interesses depositado na lei como faixa de regulação. Trata-se de um dado do direito que pode ser agudamente visto no que concerne à faixa viva de subjetividades que caracteriza os conflitos e os interesses, sob a visão do feminino, tão arraigado numa base histórica de diferenciação.

O direito transita na dialética entre abstração e concreção. A segurança quanto à garantia de observância dos conteúdos repousa na generalidade. Mas é um descanso artificial. A dinâmica dos processos de concreção não se isola nos conceitos e nas prescrições. O enunciado da lei e os princípios são mensagens lançadas para a assimilação por um largo espectro de destinatários, que os recebe e os aplica a partir de medidas que se vão estabelecendo inclusive quanto aos lastros com a historicidade da cultura, como horizonte central pelos quais leis e princípios são vistos. A abstração da lei constitui, assim, apenas uma referência que é repetida como uma mensagem que não tem a força de incidência plena que se lhe atribui, ainda que se considere o peso da sanção e sua expansão por várias esferas de relação jurídica (a pena, a indenização, a multa, a execução forçada etc.).

Como tornar iguais as pessoas? Como distribuir igualdade entre elas e suas demandas, interesses e/ou necessidades específicos?

A igualdade como ênfase do sistema não pode ser analisada como fator abstrato porque ela se torna concreta em bases de realidade. Isto é o que apontam as observações de Margaret Davies (2007, p. 224, tradução nossa):

“Pela ênfase na igualdade (*equality*) como o mesmo (*sameness*), o direito quase alcança o enfrentamento da

pluralidade dos seres humanos e suas diferentes posições sociais e contribuições para a comunidade. O alegado limite entre o direito e o reino do social, do moral e do político também reforça a autodefinição do direito como objetivo e neutro, tirando-o da subjetividade viva dos seres humanos”.

O mesmo será sempre uma dificuldade porque não encontra correspondência exata nos padrões vivenciados, que são múltiplos porque cada pessoa é também um feixe múltiplo de relações e de história. O sentido de igualação é um vetor genérico e abstrato da ordem jurídica, como um impulso que vem dela, por meio de definições que espalham uma tendência igualadora, como ideologia desdobrada da matriz que é o *todos-são-iguais-perante-a-lei*. O valor que está consignado neste esquema que abrange a totalidade do sistema constitui uma mensagem, um sentido que deve impregnar todos os lugares de aplicação do direito. Mas constitui, simultaneamente, um problema, talvez, o maior que a efetividade do direito tem a enfrentar. A certeza, que vem da concretude da vivência, é de que, no campo das subjetividades, não é exatamente assim.

As diferenças escapam do terreno da abstração e se acomodam nas margens do costume vivido, do hábito, da tradição. Elas passam por nós, transitam pelos espaços públicos e privados. Mas nem sempre se deixam ver. O discurso estereotipado da lei evita certos veios da concretude. E a ideia de neutralidade do direito parece bastante na teoria, mesmo quando se transforme no esconderijo onde residem, inertes, emudecidos, os corpos de pessoas que não conseguem ser como os outros, que não guardam a definição de sua identidade a partir de uma medida idêntica.

A equação poderia ser traduzida de forma límpida, suave até. Homens e mulheres são iguais. Mulheres são iguais a outras mulheres. Há história, todavia. Há os lugares onde as pessoas se situam, neste emaranhado em que as relações jurídicas são reflexos

dos signos e das intervenções dos vários nichos da vida. Quem, o que, como, onde é ou está cada pessoa? Cada mulher?

No caso brasileiro, quando se fala em trabalho, por exemplo, há a superposição do valor igualação na medida em que há previsão expressa de “proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, na forma da lei” (art. 7º, XX, da Constituição de 1988) e “proibição de diferença de salários, de exercício de função e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX, da Constituição de 1988).

No entanto, como os paradoxos são da essência dos processos de igualação pelo direito, a distinção que avilta o sentido dos dois dispositivos constitucionais está no mesmo art. 7º, no parágrafo único que estipula os direitos dos empregados domésticos. São apenas alguns dos atribuídos a homens e mulheres em razão do *status* de empregado. Não são todos. A distinção parece normal. Como se houvesse um merecimento que justificasse esta forma de distribuir justiça. Como se não houvesse merecimento para a igualdade.

Os domésticos abrangem faixa significativa do mercado de trabalho brasileiro e têm, sabidamente, o menor nível de proteção jurídica formal. Do problema da limitação de jornada à ausência de uma organização sindical, o menoscabo e a distinção vêm desde a Constituição, onde tudo tende à igualação e à preservação do sentido tutelar menos o emprego doméstico.

O uso do artigo definido masculino (o(s) doméstico(s)) nos parágrafos anteriores esconde, porém, um aspecto fundamental na sua aparente generalidade: o trabalho doméstico é fundamentalmente feminino. Um levantamento feito pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2006 apurou que os percentuais implicavam a contraposição de 5,7% de homens contra 94,3% de mulheres².

² Cf. o levantamento disponível em <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalho-](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalho-erendimento/pme_nova/perfil_trabalha_domesticos.pdf)

O recorte da feminilidade maciça do ofício pode ser visto já na maior distinção entre os empregados em geral e as empregadas domésticas: elas não têm direito, a partir de uma previsão normativa expressa, à garantia de emprego a partir da concepção. Quando são mães, são tratadas de forma diferente das outras mães, daquelas que não são *domésticas*, que são urbanas, que são rurais, que são públicas. A regulação cria uma figura híbrida segundo a qual se garante a elas a licença maternidade, a cargo do sistema previdenciário, mas não se lhes assegura a permanência no emprego.

Se uma enquete for feita entre os empregadores domésticos, é bastante provável que as donas de casa, que, se empregadas, gozam deste direito, acharão bastante razoável e natural o discrimen.

A justificação para a diferença virá também como preconceito: ela tende a reforçar a baixa qualidade do trabalho, do caráter, da pessoa da empregada, denegrindo no absoluto a imagem e a dignidade das trabalhadoras. Tende até mesmo a menosprezar o trabalho, como se ele fosse de uma simplicidade que, por si, já o tornasse coisa de menos valia. Ouvir esses argumentos é ser levado à concepção de que as empregadas domésticas são más profissionais por excelência, como uma característica sua, do mesmo modo como usar batom, fazer as unhas e manter os cabelos limpos são atributos da mulher em geral. Elas se transformam numa massa invisível plasmada pela indiferença e pelo desprezo. Sem personalidade.

Em relação a elas, repete-se o estigma já percebido em outras etapas da história. Ao concluir o longo estudo sobre as mulheres e o direito da antiguidade tardia, Arjava (1996, p. 266, tradução nossa) ressalta que a tremenda mudança histórica ocorrida na passagem da Antiguidade para a Idade Média afetou mais homens do que mulheres:

“Entre mulheres, a mudança foi mais sentida pelas proprietárias urbanas.

[erendimento/pme_nova/perfil_trabalha_domesticos.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalho-erendimento/pme_nova/perfil_trabalha_domesticos.pdf). Acesso em 10 jul. 2009.

Quanto menos posses a mulher tivesse, menos alternativas ela tinha na vida. Se ele tirasse seu sustento da agricultura de subsistência, como fazia a maioria, ela dificilmente notaria qualquer diferença”.

As domésticas talvez não tenham notado qualquer diferença no que concerne à igualação do trabalho feminino. Elas talvez possam dizer o mesmo em relação ao feminismo, a cujos ideais não têm acesso, como se não lhes aplicasse. A deficiência no nível dos direitos atribuídos esconde um dado ainda mais perverso. A exploração deste trabalho essencialmente, tradicionalmente feminino é vista, no Brasil, como uma consequência natural a sustentar a possibilidade de que outras mulheres deixem a casa e desenvolvam atividades produtivas para além das domésticas. Dentro de uma tradição construída, é preciso que elas estejam lá, para que as outras possam ser. Para essas mulheres que se colocam como empregadoras, é aceitável que tenham empregadas que não gozem do regime de limitação de jornada, que não gozem de descanso semanal, que não durmam a noite toda para acompanhar o sono de seus filhos e para permitir que elas próprias durmam. Para elas parece aceitável que a empregada não tenha uma casa sua, não tenha vida própria, não tenha independência pessoal de dispor de seu tempo. Não possa projetar outro futuro. Ela deve ser somente um apêndice da casa, um ente silencioso que dá o ritmo da organização do lar sem qualquer sobressalto. Ela deve ser insípida, inodora, incolor, mais invisível do que qualquer dos utensílios domésticos, porque não pode *estragar*. Ela deve adaptar-se ao tempo das necessidades.

Por isso, a doméstica é, entre as mulheres brasileiras, um resíduo da diferença que é imposta e aceita. E não é desairosa a constatação de que ela assume as funções que amoldam o feminino mais tradicional, os afazeres domésticos em sua essencialidade. Essa distinção, no tratamento jurídico

imposto a este ofício preponderantemente feminino, diz algo sobre os direitos da mulher e sobre sua categorização, na linha da observação de realidades a que se refere Juliana Neuenschwander Magalhães (2001, p. 78):

“Quando juristas pensam em direitos da mulher como uma categoria específica de direitos subjetivos diversa dos direitos chamados *direitos humanos*, eles reconstróem a realidade dos direitos humanos baseados na diferença homem/mulher. Esta é uma diferença que, na sociedade contemporânea, ainda produz *realidades*. Realidades não são mais do que construções resultantes da introdução de distinções pelas quais o mundo é observado”.

Às vezes a convicção sobre a realidade, sobre as distinções pelas quais se observa o mundo, consuma-se num de repente prosaico. Um observador surpreendido com o susto da realidade, como constatação surpreendente. Reparada muitas vezes, mas nunca totalmente absorvida. Na porta da padaria, por exemplo. Havia participado, na noite anterior, de um encontro com adultos alfabetizando num projeto do Tribunal do Trabalho da 3ª Região destinado a dar-lhes a conhecer o direito e o processo do trabalho. A maioria eram mulheres. A totalidade delas eram empregadas domésticas. Na porta da padaria, cedo, estava com a cabeça abaixada quando ouvi uma voz leve, silenciada, um sopro quase: “Estava lá ontem”. Custei um pouco a identificar este lugar onde estivera junto com aquela pessoa, que continuou: “Tinha muitas coisas a perguntar, mas preferi ficar calada”. O que ela tinha a perguntar ligava-se à grande disparidade entre o empregado urbano e o empregado doméstico, ao qual não se atribui, por exemplo, qualquer garantia quanto à limitação da jornada de trabalho. Por isso, elas podem servir o café da manhã às 6h e o jantar às 22h e cuidar para que tudo esteja a contento antes e depois de fazê-lo

e se retirar para o pequeno quarto que lhes é destinado. Como se vivessem a melhor vida. A que merece ser vivida.

Em relação às suas empregadas domésticas, mulheres, donas de casa, reproduzem um ritmo de dominação masculina. Simone de Beauvoir (2009, p. 933), antes do chamado para fraternidade que é o sentido humano e libertário de sua obra, afirma que

“O fato é que esse sacrifício parece aos homens singularmente pesado; poucos há que desejem do fundo do coração que a mulher acabe de se realizar (...)”.

O mesmo parece se dar no imaginário das donas de casa em relação às domésticas como ideia ressoante. A elas interessa que esta situação se perpetue e que se espalhe no âmbito das famílias, que se reproduza de modo a manter uma oferta dócil desta força de trabalho passiva. Manter um acervo potencial que percorra as famílias de forma presencial (irmãs, primas, tias) e para o futuro (filhas, netas, sobrinhas) com a velha prática de *buscar no interior* do Estado, como se fosse para a abertura das possibilidades da vida, quando o desejo encoberto muitas vezes é o de que elas permaneçam robotizadas no contínuo dos afazeres da casa. Sem dar sustos. Sem produzir surpresas. Sem falhar. Sem mudar. Por anos a fio. Todos os dias o mesmo dia.

Há alguns anos tive uma aluna que havia sido doméstica. Ouvir o seu relato foi uma experiência muito determinante. Ela reconhecia o lado bom da atividade como profissão: o salário não era dos piores nas condições do mercado de trabalho brasileiro e para a formação de que ela dispunha, ela não gastava com moradia ou com alimentação, não havia grande complexidade. No entanto, ela ressaltou o lado negativo que apagava todos os aspectos positivos: ela não tinha domínio de seu tempo e a sensação de estar integralmente disponível para o trabalho impedia que fizesse projetos para o futuro. Incomodava-a a sensação de que os que a contratavam não imaginavam

que ela ou suas irmãs, primas, pudessem ser outra coisa. Às domésticas não se permite sonhar com outro futuro – nem para si, nem para os seus que vão sendo integrados na mesma teia. O relato mais simbólico, porém, foi o de seu primeiro dia de aula. Aprovada no vestibular mais concorrido para o curso de direito na cidade, numa universidade federal, ela estava conhecendo a escola quando deu de cara com um ex-patrão, advogado. Ele perguntou o que ela estava fazendo ali, presumindo que não seria possível que ela estivesse estudando. A coincidência deste encontro é cheia de significação. Para aquele patrão e muito provavelmente para toda a sua família, aí incluída sua esposa, a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais não era um lugar ao qual aquela mulher pudesse ter acesso, a não ser que fosse para continuar sua sanha de faxinas. Ela estava, portanto, deslocada e todo o seu esforço para ser algo diferente esbarrava no estigma que estará para sempre na forma de conceber daqueles com quem ela trabalhou.

Bauman (2005, p. 44), depois de falar que a identificação é também “um fator poderoso na estratificação, uma de suas dimensões mais divididas e fortemente diferenciadoras”, diz:

“Num dos pólos da hierarquia global emergente estão aqueles que constituem e desarticulam as suas identidades mais ou menos à própria vontade, escolhendo-as no leque de ofertas extraordinariamente amplo, de abrangência planetária. No outro pólo se abarrotam aqueles que tiveram negado o acesso à escolha da identidade, que não têm direito de manifestar suas preferências e que no final se veem oprimidos por identidades aplicadas e impostas *por outros* – identidades de que eles próprios se ressentem, mas não têm permissão de abandonar nem das quais conseguem se livrar. Identidades que estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam...”

A trabalhadora doméstica, no contexto brasileiro, está, portanto, entre estes aos quais se nega o “acesso à escolha da identidade”. Não se lhe dá o tempo para manifestar as preferências. Não se lhe permite a pretensão a ser igual ainda que no campo agonal da busca da identidade feminina como processo não exaurido. Não se lhe permite a identificação com a face mais abrangente da identificação com as outras mulheres e suas buscas. Ela é, portanto, um *outro* abandonado ao seu destino de invisibilidade e sem qualquer canal por meio do qual possa expressar o testemunho de sua experiência de silêncio e de busca de identidade e de identificação.

O relato da experiência desta faixa da cultura que abrange um volume considerável de pessoas não passa, no mais das vezes, de uma oralidade expandida, difusa. A cultura que produzem com seus fazeres e com sua realidade no trabalho não tem canal de expressão que possa fazer com que elas sejam ouvidas. Como a moça do encontro matinal que não teve coragem de perguntar, elas não têm muito com quem falar. Assim, no que concerne a elas, a vivência na *multicultura* é permeada pelo silêncio e pela invisibilidade.

Por trás dessa cultura, há uma história que passa pela posição dos escravos domésticos em relação aos demais. Escravos de dentro de casa. Não se pode estabelecer a medida exata com que o marco da historicidade brasileira, vivenciada até o final do século XIX, desdobra-se para o século XXI, na marca de um trabalho que é tratado como se fosse diferente de todas as outras formas de subordinação. Há uma dificuldade em impor as formalidades da lei àqueles cujas vidas se misturam à da família. E aí reside o equívoco. O empregado doméstico não é parte da família. Ainda que deva ser tratado com a lhanza necessária a qualquer ambiente de trabalho, ele presta serviços à família e sua profissão não o distingue dos demais empregados na cidade. Há uma demanda cotidiana das atividades

que eles realizam por força de um contrato e não pelo prazer de servir.

O serviço, porém, é *serviço de mulher*, encargo firmado nela como uma parte da tradição nos cuidados da casa. Essa *coisa de mulher* tem ritmo próprio e Simone de Beauvoir (2009, p. 589-590) descreve exatamente este circuito de atividades que se destina às donas de casa e às domésticas como suas substitutas:

“Lavar, passar, varrer, descobrir os flocos de poeira escondidos sob a noite dos armários é recusar a vida, embora detendo a morte: pois num só movimento o tempo cria e destrói; a dona de casa só lhe apreende o aspecto negativo. Sua atitude é maniqueísta. A característica do maniqueísmo não é somente reconhecer dois princípios, um bom e outro mau: é afirmar que o bem se alcança pela abolição do mal e não através do movimento positivo; (...). Toda doutrina da transcendência e da liberdade subordina a derrota do mal ao progresso para o bem. Mas a mulher não é chamada a edificar um mundo melhor; a casa, o quarto, a roupa suja, o assoalho são coisas imutáveis: a única coisa que ela pode fazer é expulsar indefinidamente os princípios maus que nelas se introduzem: ela ataca a poeira, as manchas, a lama, a imundície; combate o pecado, luta contra Satã. Mas é um triste destino ter que rechaçar continuamente um inimigo, ao invés de se voltar para metas positivas; com frequência a dona de casa suporta-o com ódio”.

Essa é a vida que é transferida para as domésticas como se elas fossem para sempre e naturalmente prisioneiras desse fiar constante dos dias que nunca se esgota, que nunca se realiza em perfeição. Não tem fim. Um relógio que desperta todos os dias para um ritmo interminável em que amor pelo cuidado do outro tem que ser exercido à exaustão. A poeira se renova. Os copos sujos. Os pratos sujos. As roupas sujas. As

roupas limpas para passar. As providências materiais que cada um da família exige. A sequência permanece. Motocontínuo.

A jornalista Eliane Brum (2008) fez uma reportagem chamada *Mães vivas de uma geração morta*, em que analisa as histórias das mães de crianças e adolescentes que são cooptados pelo tráfico de drogas e morrem muito cedo. Ela percebe e relata a face dupla das vidas dessas mulheres: de um lado, são estigmatizadas como *mães de bandido*, de outro lado, são aceitas nas casas de classe média para assumir atividades que seriam das *mães dessas famílias*. Assumem o papel de *mães de família*, mas das famílias de outras mães. Cuidam de seus filhos, de sua casa, da monótona rotina doméstica. São mulheres partidas, mas mostram um feminismo que admite reservas e exceções:

“O mais violento nesse olhar que não vê é que partimos essas mulheres em duas. De um lado, são aquelas que servem para cuidar de nossos filhos. De outro, são aquelas que fracassaram ao cuidar dos delas. São autorizadas a cruzar a fronteira entre pátrias para prestar serviços que os de cá não querem fazer. Como os imigrantes africanos nos países da Europa, os latino-americanos nos Estados Unidos. Com a diferença de que este é o seu país. Mas, na melhor parte dele, na porção com serviços, educação, saúde e dignidade, são estrangeiras. E, quando os mundos paralelos se cruzam na intersecção da violência, tudo isso é esquecido. Elas voltam a ser rostos borrados, tornam-se apenas ‘mães de bandidos’. E o mais brutal é que não as reconhecemos em nenhum dos dois lugares em que as colocamos” (Idem, p. 241-242)

Estrangeiras no seu país, imigrantes na senda da história do direito e suas linhas de proteção, mesmo quando não sejam mais as que foram *buscadas no interior*, estas mulheres não têm direito a uma lei igual para a disciplina de seu trabalho, ainda

que se situem na faixa da dependência que é característica do direito do trabalho e da origem de suas regras. Ainda que a diferença entre *elas e nós*, as mulheres que estamos do outro lado, possa ser notícia de primeira página de jornal (JORNADA..., 2010, p. 1), seus direitos ainda não cabem na proteção porque todos lutaram.

Junto com a apuração de que as domésticas recebem a “pior remuneração do país”, a matéria, baseada em pesquisa do DIEESE, consigna algumas melhorias, principalmente no padrão de duração de jornada, mas reforça a não uniformidade, pelas variações constatadas nas várias regiões do país:

“Segundo o Dieese, as jornadas mais extensas são cumpridas pelas domésticas do Nordeste. Em Recife, as mensalistas com carteira assinada trabalham em média 54 horas por semana. Na região, as que não são negras e não têm registro formal trabalham em média 59 horas por semana. Negras não formalizadas trabalham 57.

As menores cargas horárias foram registradas em São Paulo e em Porto Alegre, onde as empregadas domésticas cumprem em média 41 horas semanais.

Patrícia Costa, economista do Dieese, afirma que trabalhadoras que dormem no local de trabalho costumam ter jornada mais extensa, mas que mesmo as demais cumprem longas jornadas. ‘Existe informalidade na relação com a família. Como a atividade se exerce em casa, é difícil estabelecer o limite.’

Costa destaca que cada vez menos trabalhadoras aceitam dormir no emprego. Entre as regiões pesquisadas, o Distrito Federal teve o maior percentual de domésticas dormindo no emprego, com 25%.” (Idem).

É bastante significativo o fato de a matéria haver sido publicada no caderno Dinhei-

ro. No caso das domésticas, o argumento do custo da mão de obra e de seus encargos, da má formação para o trabalho atua já na formação da lei como um impedimento a que ela se ajuste ao sentido geral de igualação. Aquilo que tradicionalmente não justifica qualquer alteração na legislação trabalhista brasileira, sustentada na indisponibilidade dos direitos outorgados aos empregados, é facilmente aceito como razão para não se estender às domésticas o que já se consuma como tradição, principalmente a limitação da jornada de trabalho.

A pergunta que se coloca, portanto, diz respeito à lei: se é ela quem discrimina, como mudar, pela lei, a direção da cultura? Como fixar a identidade e igualdade como dados da cena? Como identificar este *outro* como parte da integridade?

Não se trata de questões novas ou que se apliquem apenas a esta faixa de circunstâncias e de necessidades. O problema é o mesmo em toda a história das alterações do sentido da igualdade segundo a lei e, de forma mais generalizada, pode ser visto na história da proteção à mulher, como acentua Margaret Davies (2007, p. 215, tradução nossa):

“Dito de outro modo, não podemos simplesmente ver o direito como uma fonte de mudanças sociais, porque como acontece frequentemente o direito reproduz os valores que constituem problema para as mulheres coletiva e individualmente nas esferas política e jurídica. Precisamos de achar caminhos para enfrentar os pressupostos fundamentais do direito, em vez de apenas esperar que a mudança virá da reforma legislativa”.

O não reconhecimento das mulheres-domésticas atinge corpo e alma. Ele está na base da cultura e contamina reações as mais diversas. No romance *A distância entre nós*, Thrity Umrigar traz interessante tradução da relação entre duas mulheres: uma empregada (Bhima) e sua patroa (Sera). O cenário é o da Índia e sua sensí-

vel divisão em castas. Mas ainda que não se tenha essa marca formal na tradição de separação entre as pessoas, há respingos que ressaltam o que nelas há de comum (suas dificuldades familiares, pessoais, na convivência com os maridos) e de distinto (o lugar onde cada uma estava na sociedade dividida pela tradição). Para a realidade brasileira, essa obra pode se traduzir numa chamada para vozes que não se ouvem com tanta vibração e franqueza. O trecho que a seguir se reproduz pode dar uma ideia clara disso, quando mostra a reação de Sera à naturalidade da relação entre sua filha Dinaz, ainda criança, e Bhima:

“E mesmo assim... a simples ideia de Bhima sentada em suas poltronas a repugna. Só de pensar nisso fica tensa, exatamente como naquele dia em que pegou a filha, então com 15 anos, dando um abraço carinhoso em Bhima. Observando aquele abraço, Sera foi tomada por emoções conflitantes: orgulho e espanto pela espontaneidade com que Dinaz quebrou um tabu não explicitado, mas também um sentimento de repulsa tal que teve que reprimir a vontade de mandar a filha ir lavar as mãos. ‘O que é surpreendente’, pensa Sera, relembrando o incidente. Ela mesma tinha declarado em inúmeras ocasiões que Bhima era uma das pessoas mais limpas que conhecia” (UMRIGAR, 2006, p. 37).

O que no corpo de Bhima repugna não é real. É uma diferença intangível centrada no que ela faz, no de onde ela veio, no seu papel. Domésticas parecem diferentes porque domésticas. É uma marca de distinção que tem como parâmetro o exercício de uma profissão que é silenciada na margem dos direitos. Mas é preciso que elas existam para que outras mulheres possam usufruir do sentido pleno de sua necessidade de se realizar como pessoa. É preciso que elas assumam os protótipos tradicionais do feminino que dizem respeito à maternidade, aos cuidados da casa, à organização

dos serviços domésticos. É preciso que elas absorvam as tramas que couberam um dia exclusivamente às mulheres, mas que o façam de forma imperceptível, que não se deixem notar, que se apaguem do espaço público onde se dialoga em torno dos direitos e deveres. A elas se reserva apenas um canto, outro lugar. Outro elevador. Outra entrada. Tudo isolado. Tudo sem a identificação da igualdade. É esse o espaço descrito por Bauman (2005, p. 45-46) quando discute os percalços da conquista de identidade:

“Há um espaço ainda mais abjeto – um espaço abaixo do fundo. Nele caem (ou melhor, são empurradas) as pessoas que têm negado o direito de *reivindicar* uma identidade distinta da classificação atribuída e imposta. Pessoas cuja súplica não será aceita, cujos protestos não serão ouvidos, ainda que pleiteiem a anulação do veredito. São pessoas recentemente denominadas de ‘sub-classe’: exiladas nas profundezas além dos limites da sociedade – fora daquele conjunto no interior do qual as identidades (e assim também o direito a um lugar legítimo na totalidade) podem ser reivindicadas e, uma vez reivindicadas, supostamente respeitadas. Se você foi destinado à subclasse (porque abandonou a escola, é mãe solteira, vivenda da previdência social, viciado ou ex-viciado em drogas, sem-teto, mendigo ou membro de outras categorias arbitrariamente excluídas da lista oficial dos que são considerados adequados ou admissíveis), qualquer outra identidade que você possa ambicionar ou lutar para obter lhe é negada *a priori*”.

Não há uma identificação entre suas necessidades e os padrões de acesso e de referência que caracterizam o feminino como tendência à igualação. Se se considera a ordem jurídica brasileira e as pressões políticas que se instalam, as domésticas

são invisíveis para este campo e se colocam num limbo onde se submetem ao peso da tradição de dominação que se configura a partir da imposição do masculino. Elas se submetem ao peso de uma tradição que se forma com as necessidades de uma esfera do feminino que pertence a uma escala social diversa da delas – a partir de um padrão de vida de classe média preponderantemente. Diz-se preponderantemente porque, no nicho das relações que elas mesmas estabelecem, não é incomum que tenham que contratar quem cuide de seus próprios filhos, o que certamente significa um nível de pauperização e de invisibilidade na escala dos direitos e dos deveres ainda maior. Com o que ganham não poderão sequer chegar perto dos níveis mínimos de remuneração e dos direitos trabalhistas que lhes são reconhecidos. E criam assim uma informalidade subalterna onde o distanciamento e a exclusão são mais profundos.

A trabalhadora doméstica é, portanto, o *outro* do *outro*. A ela se outorga precária legitimidade no exercício de ser pessoa. A ela não se concede, por força desta tradição implantada, a possibilidade do gozo das conquistas históricas porque não se lhe abre a porta da igualação. Elas não são valorizadas no espaço público por causa de seu trabalho. E é comum, por isso, que não declarem sua profissão porque não a reconhecem como um ofício, mas como uma atividade provisória, que não é delas, com a qual não querem ser identificadas. Perguntadas sobre o que fazem, respondem com o lugar: “Trabalho em casa de família”. A resposta marca a provisoriedade deste ofício cujo valor nem elas mesmas reconhecem.

Trabalhar na casa, no lar, é estar no ponto da máxima intimidade da pessoa. Contraditoriamente, mesmo absorvidas pelo curso de um trabalho rotineiro e cotidiano, as empregadas costumam funcionar como um apêndice não integrado. É interessante esse estado de coisas quando se considera a ancestralidade com que o

feminino é assimilado na personificação da vivência em intimidade. Levinas (1991, p. 129, tradução nossa) expõe isso como parte de sua abordagem ética:

“Esta alteridade situa-se sobre um outro plano diverso da linguagem e não representa uma linguagem truncada, balbuciante, ainda elementar. Ao contrário, a discricção desta presença inclui todas as possibilidades da relação transcendental com o outro. Ele compreende-se e exerce sua função de interiorização sobre o fundo da plena personalidade humana, mas que, na mulher, pode precisamente se reservar para abrir a dimensão da interioridade. (...) A familiaridade é uma conquista, uma energia da separação. A partir dela, a separação constitui-se como permanência e habitação. Existir significa desde então permanecer. Permanecer não é exatamente o simples fato da realidade anônima de um ser jogado na existência como uma pedra lançada atrás de si. É um recolhimento, um vir através de si, uma retirada para o lar como para um terra de asilo, que responde a uma hospitalidade, a uma atenção, a uma acolhida humana. Acolhimento humano onde a linguagem que se silencia permanece como uma possibilidade essencial. Este ir e vir silencioso do ser feminino, que faz ressoar de seus passos as espessuras secretas do ser, não é o mistério problemático da presença animal e felina cuja estranha ambiguidade é evocada por Baudelaire”.

Quando elas dizem que trabalham “em casa de família”, se separam daquela intimidade como um espaço não seu. Não se trata da casa de sua família. A sua descrição é de ordem diversa, próxima da anulação. É uma realidade ambígua porque o seu ser feminino não se expande nele como “fonte de doçura em si” (Idem), que se encarrega de abrir a revelação da interiorização da

personalidade humana. A ela não se reserva qualquer perspectiva que ultrapasse a invisibilidade que se espera dos seus cuidados. Eles devem ser traduzidos ou apropriados pela gestão de *outrem*, que muitas das vezes assume, pela realização do ser invisível, a identidade daquela que efetivamente o fez, daquela que *trabalhou*. A dimensão da interiorização é conseguida a partir do trabalho imperceptível, do outro cuja face não se mostra.

Houve uma vez, na sala de audiências, este lugar de encontros com a miscelânea da vida. A testemunha indicada pela autora era empregada doméstica e, na fase de qualificação, cabia a ela dizer quem era. Nome. Estado civil. O endereço veio balbuciado. Ao final decifra-se o impasse. Ela não tinha casa. Não tinha residência. Indicara os dados de uma irmã casada que visitava nas folgas. Morar no trabalho é uma fratura na sua identidade. Solta no espaço. Pessoa sem direção. Sem endereço.

Verifica-se a exclusão de uma faixa significativa de demandas femininas – neste caso aquelas que dizem respeito às trabalhadoras domésticas – chamando a atenção para a disparidade que existe nas necessidades do *segundo sexo* na apreensão de seus elementos internos que não se caracterizam pela uniformidade e que se traduzem na concepção de uma cena complexa em que os padrões de dominação se repetem e se reforçam em relação a um segmento que não é reconhecido como legitimado à igualação.

Numa pesquisa feita sobre o trabalho feminino na província de Minas Gerais, no século XVIII, Luciano Figueiredo desvenda um quadro paradoxal. Confrontadas com a necessidade de trabalhar para sobreviver no cenário desproporcional (e decadente) da economia minerária (o *falso fausto*), as mulheres pobres (escravas ou livres) enfrentaram um estigma de invisibilidade e de diferenciação de identidade que não obteve, todavia, o papel relevante por elas desempenhado no âmbito da economia:

“A presença feminina em ocupações comerciais agravava substancialmente as tensões sociais, fazendo com que sobre elas recaísse intensa repressão. Ao atraírem escravos e homens pobres para o consumo, lazer e prazer, negras e mulatas apareciam na perspectiva oficial como agentes da desordem. O desdobramento lógico dessa situação seria a obrigatoriedade de homens controlarem as transações comerciais nas vendas, como inúmeras vezes se propôs. (...) Evidenciava-se, contudo, um insolúvel paradoxo, pois, apesar de representarem um importante papel na desagregação da ordem escravista, a contribuição feminina nas atividades comerciais garantia como reconhecida eficácia o abastecimento de gêneros básicos à população trabalhadora, assegurando em última instância uma das condições essenciais para a reprodução da economia mineradora” (FIGUEIREDO, 1999, p. 200).

Isso não se apresenta como um dado relevante na composição da história oficial. São fatos que não interessam para o relato da memória de formas pasteurizadas e que, por isso, impõem-se como inexistentes, inexpressivos, ociosos, ainda que tenham marcado significativamente o âmbito de uma economia local. Eles, porém, são um exemplo de algo que se apresenta como um fator ainda mais contundente no quadro das invisibilidades e que se acentua no tema ora tratado, o das domésticas.

À disparidade no campo do tratamento legislativo associa-se uma tendência à valorização da cultura da informalidade que se reflete não apenas na forma como as normas trabalhistas existentes (pagamento de salário mínimo, vale-transporte, registro de Carteira de Trabalho, concessão de férias e de dias de repouso) são assimiladas e espontaneamente cumpridas, como no descuido na manutenção dos instrumentos que permitirão a prova deste cumprimento.

A interpretação do que são os direitos é sempre permeada por fatores colaterais e irrelevantes como indicativos de bons tratos e de atenção. Assim, é comum a referência ao conforto do local de trabalho, com a indicação de que forneceram-se sabonete, toalha e outros itens de asseio, como justificativa para a ausência de recibos de pagamento de salários, de férias, de recebimento de vales-transporte. Ao juiz que tem que instruir e julgar um caso desses é sempre extremamente desgastante o ter que explicar à dona de casa, normalmente irritada com o fato apenas da ação, porque seu procedimento não é suficiente aos olhos da lei.

Os descaminhos da cultura revelam-se na solução dos conflitos deduzidos judicialmente. A despreocupação com a forma embaraça a procura da verdade. A falta de registros, de recibos detalhados e contemporâneos aos pagamentos, de comprovantes de entrega dos vales-transporte, de comprovantes escritos de eventuais pedidos de demissão ou de dispensa imotivada são apenas sintomas da complexidade e tormento da prova, quando tudo ocorre no recôndito dos lares aonde só os íntimos têm acesso. A prova testemunhal implica aqui percalços maiores. As testemunhas normalmente não têm contato com os detalhes da prestação de serviços ou podem se situar como amigos de uma das partes. Assim, a dificuldade da prova apresenta-se como um problema já que os fatos encontram-se fora do plano geral que pudesse permitir alguma exposição pública. Quem sabe o que acontece dentro de cada casa é quem nela vive. O cotidiano dos fatos não se expande além dos portões.

Nada disso, porém, é aleatório. Trata-se de um desdobramento natural das circunstâncias que se assomam histórica e socialmente.

Os erros e os deslizos das empregadas domésticas, aquilo que caracteriza a potencialidade de qualquer trabalhador para a infração de regras, são vistos nelas como um dado inerente que baliza a sua inserção

como um *mal necessário* que não merece mais direitos do que tem.

Apesar de constituírem uma faixa significativa do ponto de vista quantitativo no setor de serviços, sua força de trabalho é excluída de qualquer das formas de expressão por segurança e é banalizada e estigmatizada como se fosse desnecessária ou irrelevante. O dado macabro que se apresenta, subliminarmente, porém, é o desejo de reprodução ou de manutenção do *status*: para a trabalhadora doméstica, qualquer tentativa de mudar é vista como indesejada e é reprimida. A sua condição de doméstica deve ser mantida e a extensão dela no campo de sua família, dentro do mesmo estratagema de dominação, é vista como algo natural.

Falta, certamente, a apreensão do *outro*, consubstanciada na visão de Levinas. Nele é a presença e a consciência da responsabilidade pelo *outro* que se demonstra num face a face que é a essência da ética vivenciada. A frase que marca essa disponibilidade para a convivência é o “eis-me, aqui”, que posiciona o sujeito diante de todos, com os sentidos aguçados e muito especialmente com a abertura para a identificação total que se dá no contato de um rosto e de outro rosto, esse fator que faz deflagrar o sentido da igualdade.

Na mudez das domésticas está uma grande medida de mulheres que se percebe como um *outro*, sem o domínio de si, sem autonomia (Cf. BEAUVOIR, 2009, p. 352). Que têm muito a dizer e a perguntar, mas não têm coragem porque não se veem e não são vistas. E não têm sua autonomia reconhecida nem por elas, nem pelos demais (homens e mulheres).

A resposta para a dimensão a ser definida para a trabalhadora doméstica não está na imagem dela que se monta como um ideal de mulher (bonita, bem humorada, saudável, batom na boca, alto astral, cabelos limpos, unhas feitas, amiga, coerente, alegre, prestativa e firme), nem na observação estática da diferença com que seus direitos

são rearranjados na estrutura formal da lei, infringindo todo o sentido de igualação. A resposta para as necessidades desta categoria social marcadamente feminina está no tempo e em como ele apanha a cultura e a realidade. Está na certeza de que a justiça faz-se para o *outro*. E é preciso buscá-las com o olhar, vê-las bem fundo e perguntar: e se fosse eu ali onde ela está? Eu que sou exatamente como ela?

Referências

ARJAVA, Antti. *Woman and law in late antiquity*. New York: Oxford University, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BRUM, Eliane. *O olho da rua: uma repórter em busca da literatura da vida real*. São Paulo: Globo, 2008.

DAVIES, Margaret. Notes towards an optimistic feminism: a long view. In: GUNNARSSON, Asa; SVENSSON, Eva-Maria; DAVIES, Margaret. *Exploiting the limits of Law: swedish feminism and the challenge of pessimism*. London: Ashgate, 2007.

ELÓSEGUI ITXASO, María. *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres: una análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy*. Madrid: Universidad de Zaragoza, 2003.

FIGUEIREDO, Luciano. *O avesso da memória: cotidiano e trabalho da mulher em Minas Gerais no Século XVIII*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999.

FUNCK, Suzana Bornéo; WIDHOLZER, Nara (Org.). *Gênero em discursos da mídia*. Florianópolis: Mulheres; Santa Cruz do Sul: Edunsc, 2005.

JORNADA das domésticas chega a 59 horas semanais. Folha de São Paulo, São Paulo, p. 1. Disponível em: <<http://www1.folhaul.com.br/fsp/dinheiro/fi0503201013.htm>>. Acesso em: 8 mar. 2010.

LEVINAS, Emmanuel. *Entre nous: essais sur le penser-à-l'autre*. Paris: Grasset, 1991.

LUNA, Fracisco Vidal; COSTA, Iraci del Nero da; KLEIN, Herbert S. *Escravidão em São Paulo e Minas Gerais*. São Paulo: EDUSP, 2009.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Women and human rights. In: BRÖSTL, Alexander; PAVČNIK, Marijan. *Legal Philosophy: Proceedings of the 19th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)*. Stuttgart: Franz Steiner, 2001.

UMRIGAR, Thrity. *A distância entre nós*. Tradução de Paulo Andrade Lemos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

A regulação da propriedade imaterial na Constituinte de 87/88

Direito à comunicação, direitos fundamentais e
econômicos

Carlo José Napolitano

Sumário

1. Introdução. 2. Breve histórico da proteção jurídica da propriedade imaterial. 3. Aparentamentos sobre as diferenças de tratamento jurídico relacionados ao direito de autor e a propriedade industrial. 4. Resumo da pesquisa nos Diários do Congresso Nacional – Assembleia Constituinte. 5. Conclusões.

1. Introdução

O presente artigo é resultado de pesquisa com idêntico título e que partiu do pressuposto que o direito à comunicação é composto por um conjunto de direitos isolados, relacionados à regulação jurídica da comunicação, que reunidos se transformam naquele. Dentro desses direitos que compreendem o direito à comunicação, podem ser relacionados: o direito à liberdade de expressão, a regulamentação quanto à pluralidade e diversidade nos meios de comunicação, o direito de antena, a regulamentação dos meios de comunicação social e comunitária, a liberdade de imprensa, o direito de informação, o direito à informação, a liberdade de opinião, os direitos relacionados à propriedade imaterial (direitos autorais, direito da propriedade industrial, direitos sobre os programas de computadores), entre outros. Esses direitos estão previstos e garantidos na Constituição brasileira de 88.

Carlo José Napolitano é Professor Assistente Doutor – Departamento de Ciências Humanas – Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação – Unesp/Bauru. Doutor em Sociologia pela Faculdade de Ciências e Letras – Unesp/Araraquara. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – Bauru/SP.

Reconhecidamente a atual Constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, tem nítido caráter substancial, programática, dirigente, tendo em vista que ela estipula inúmeras finalidades, objetivos e valores que o Estado e a sociedade brasileira devem concretizar ou pelo menos almejar. Um desses valores substantivos almejados no processo constituinte foi o direito à comunicação.

Nesse sentido, o texto constitucional prevê inúmeras regras protetivas ao direito à comunicação, em especial, aos direitos da propriedade imaterial. Como exemplo: o artigo 5º, XXVII, que dispõe que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. Trata-se da garantia constitucional aos direitos autorais, neles compreendidos os direitos sobre os programas de computadores; e o artigo 5º, XXIX, que assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, garantindo o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Trata-se, portanto, dos direitos da propriedade industrial.

A regulação constitucional desses direitos garante o acesso à cultura, à educação e à informação, direitos fundamentais do cidadão. No entanto, também configuram normativas de grande conotação econômica, em especial, nesse período de terceira revolução industrial (Cf. ASCENSÃO, 2008, p. 22), conhecido por sociedade da informação.

A informação, segundo Grau (2003, p. 114), na modernidade, passa a ter caráter de mercadoria – econômica e política – transformando-se em instrumento de poder.

Essa hipótese de trabalho também está assentada em Ascensão (2008a, p. 19 e 22), para quem há um evidente choque de interesses entre o direito de propriedade dos

autores de obras criativas e o acesso aos bens culturais, sendo aquele freio inibidor para a expansão destes. Segundo ainda o autor português, o direito autoral, em especial, beneficia muito mais as empresas detentoras dos direitos do que propriamente o criador, tratando-se efetivamente de um direito de proteção aos investimentos. Por essas razões que as legislações passaram a dar maior importância a essa regulação.

Ainda para Ascensão (2008b, p. 39), no mundo moderno, a informação passa a ter um aspecto político de fundamental importância, chega a dizer que quem domina a informação domina o mundo, sendo fator de extrema importância na economia moderna.

A compreensão dos direitos de propriedade imaterial, simultaneamente, como mercadoria e como direitos fundamentais pode, potencialmente, gerar um conflito de interesses, o que, por hipótese, acarretou grandes discussões e debates na sua regulação constitucional.

A partir das considerações apresentadas, o projeto objetivou verificar e interpretar, na perspectiva dogmática e histórica, a regulação constitucional dos direitos relativos à propriedade imaterial durante o processo constituinte de 87/88, no intuito de averiguar eventual choque de interesses econômicos e sociais na produção desses direitos. A hipótese da pesquisa era de que prevaleceu, ao final dos debates constituintes, a concepção desses direitos como direitos econômicos em detrimento de sua compreensão como direitos fundamentais.

Para se alcançar o objetivo proposto, foram pesquisadas nos Diários do Congresso Nacional as propostas e as discussões dos constituintes acerca da regulação dos direitos de propriedade imaterial, interpretando-se essa regulação constitucional.

Para dar continuidade e razão à pesquisa e devido à imensidão de informações contidas nos Diários, optou-se por fazer uma pesquisa a partir de palavras-chave relacionadas à temática da investigação.

Com isso, decidiu-se pesquisar os textos por meio das seguintes palavras-chave: direito autoral, direito de autor, propriedade intelectual, propriedade imaterial, propriedade industrial, marcas e patentes.

O presente trabalho está assim estruturado: apresentação do histórico da regulação jurídica da propriedade imaterial, seguida de breves apontamentos sobre as diferenças existentes entre o direito autoral e a propriedade industrial. Após essa análise introdutória, segue o resumo da pesquisa feita nos Diários do Congresso Nacional sobre a temática, por fim, algumas conclusões sobre o tema foram apresentadas.

2. Breve histórico da proteção jurídica da propriedade imaterial

É sabido que os direitos imateriais têm duas bases jurídicas remotas: a União de Paris (1833) e a de Berna (1886). A primeira trata dos direitos sobre a propriedade industrial, a segunda trata dos direitos autorais. As duas Uniões passaram por diversas revisões. A que trata dos direitos da propriedade industrial foi revista em Roma (1885), em Madri (1891), em Bruxelas (1897), em Washington (1911), em Haia (1925), em Londres (1958) e em Estocolmo (1967). A sobre o direito de autor foi revista em 1896 - Paris, 1908 - Berlim, 1928 - Roma, 1948 - Bruxelas, 1967 - Estocolmo e 1971 - Paris.

A Convenção de Roma (1948), por exemplo, serviu para garantir os direitos conexos aos direitos autorais, devido às novas tecnologias, em especial, as telecomunicações. Garante-se a partir de então, por exemplo, direitos aos executantes e intérpretes de obras protegidas pelo direito autoral.

A regulação jurídica desses direitos, conforme Afonso (2009), surge a partir da evolução das tecnologias. Somente se fala em direito autoral após a invenção da prensa por Gutenberg, fato que facilitou a cópia de trabalhos impressos. Esse expediente era extremamente difícil no período imediatamente anterior. Naquela época

histórica, o detentor de uma obra escrita, por exemplo, detinha o direito de propriedade sobre o corpo material, não havendo distinção entre o corpo e o conteúdo da obra. Esse desmembramento é a razão da criação do direito autoral. Ainda segundo o autor acima mencionado, a primeira edição de lei protetiva ao direito de autor foi na Inglaterra em 1710, que ficou conhecida como a lei da Rainha Ana. Outras leis se seguiram na França e nos Estados Unidos. No Brasil, a primeira lei foi a criadora dos cursos de direito no Brasil que garantiu aos docentes desses cursos privilégios sobre suas obras pelo prazo de dez anos: trata-se da lei 496/1898, conhecida como Lei Medeiros de Albuquerque. Seguiram-se o Código Civil de 1916, a lei 5.988/1973 e as atuais leis 9.609/98 e 9.610/98. Menciona ainda a proteção nos Códigos Criminais do Império, entre outras.

Nos dias atuais, esses direitos passaram a ter uma importância econômica sem precedentes, assumindo os acordos internacionais um papel de extrema importância.

Na década de 90 do século passado, a Organização Mundial do Comércio estabelece uma regulação internacional sobre a propriedade intelectual, conhecida pela sigla inglesa TRIPS (Acordo sobre aspectos da propriedade intelectual relativos ao comércio) e passa a exercer pressão para que todos os países sigam essa regulação.

Contudo, no plano internacional, existe uma lacuna na regulamentação em declarações de direitos humanos recentes. Os pactos internacionais de direitos humanos de 1966 (sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), por exemplo, não trataram do direito da propriedade privada.

Segundo Comparato (2008, p. 282), seria possível identificar duas explicações para esse fato:

“De um lado, a resistência dos países do bloco soviético em reconhecer a propriedade como direito humano, em contradição a um princípio fun-

damental do comunismo. De outro, a verificação de que, ao contrário do que sucedia no século XVIII, a propriedade privada já havia, na segunda metade do século XX, deixado de ser o grande instrumento de segurança econômica dos indivíduos diante do poder estatal absoluto.”

Entretanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos corrige essa lacuna no artigo 21 prevendo a proteção à propriedade privada, desde que esta atenda a sua função social.

Ainda no artigo 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, há a menção do direito à/de: participação da vida cultural; desfrutar do progresso científico e suas implicações; beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor; difusão da ciência e cultura.

Desse modo, verifica-se que há uma antiga e ampla regulação dos direitos relacionados à propriedade imaterial, sugerindo-se ainda a internacionalização e padronização na sua regulação jurídica.

3. Apontamentos sobre as diferenças de tratamento jurídico relacionados ao direito de autor e a propriedade industrial

A teoria jurídica em regra procura apresentar diferenças entre os direitos de autor e os direitos relacionados à propriedade industrial. No entanto, nas duas regulamentações, o objeto da lei é regular as relações jurídicas resultantes entre o autor e sua obra. Nesse sentido, qualquer criação intelectual, independentemente da sua qualidade intrínseca, merece proteção; no entanto, deve-se ter no mínimo originalidade na obra criada.

Diante disso, nem toda a produção intelectual interessa ao direito de autor. Como por exemplo: a criação jurisprudencial e legislativa. Ademais, não é a ideia que se protege, e sim o suporte ou a forma sob

a qual está apresentada a ideia. Segundo Bittar (1981, p. 41), não há proteção, por parte do direito, da ideia contida na mente do autor, a obra necessariamente deve ser expressa ou estar contida em algum tipo de suporte, tal como o livro, o filme, o CD, a novela, etc.... Nesse sentido, o direito autoral não protege as atividades criativas orais, como, por exemplo, uma forma específica de se narrar um jogo de futebol, ou alguma forma de se expressar durante a narração de uma partida.

A ideia não necessariamente precisa ser originalíssima, como também não se preocupa o direito em reconhecer o mérito intelectual ou merecimento substancial da obra criada. Segundo Bittar (Idem, p. 44), não há valoração de cunho subjetivista na concessão da proteção.

Algumas diferenças entre o direito autoral e a propriedade industrial podem ser apontadas. A primeira visa à satisfação de objetivos estéticos, um apreço ao belo, na segunda o escopo é a utilidade material da coisa, objeto do direito industrial.

Nesse sentido o direito autoral protege a paternidade e a integridade da obra criada, enquanto o direito da propriedade industrial visa à proteção do produto criado.

Outra diferença recorrentemente apontada é a questão dos prazos: enquanto os direitos de autor têm prazos longos, os dos direitos industriais são mais exíguos. Essa diferença de prazo se justifica pelo interesse coletivo subjacente à criação intelectual ou industrial, estas são mais necessárias que aquelas, por isso, o prazo é mais reduzido.

Ademais, na regulamentação internacional, há diferenças de tratamento. Há o sistema individual/subjetivo de linhagem europeia e nitidamente francesa que se volta para o criador. E há o sistema comercial, de linhagem americana e inglesa, cujo objetivo volta-se para a obra em si.

No sistema anglo-norte-americano, do *common law (copyright)*, há a confusão entre autor e titular do direito, centra-se no direito de exploração e comercialização.

No sistema do direito de autor, ou do *civil law*, não há essa confusão, há a proteção individualista em relação ao autor. Esse fato explica por que as legislações adeptas da tradição primeiramente apontada não garantem expressamente os direitos morais ao autor.

Ascensão (2008b, p. 28) menciona que a *common law* preocupa-se com a reprodução, com a cópia, por isso, a denominação *copyright*, na terminologia inglesa. Para esse sistema jurídico, a cópia tem mais importância que a criatividade, ao passo que, na tradição jurídica romanística, a proteção dada pela lei refere-se à atividade criativa, dando-lhe dignidade.

Essas diferenças, entretanto, não podem ser consideradas de maneira absoluta tendo em vista a ocorrência de um fenômeno mundial de convergência entre os modelos jurídicos da *common law*, anglo-saxônico, adotado nos EUA, por exemplo, e da *civil law*, romano-germânico (europeu), adotado em nosso país. Alguns trabalhos indicam essa convergência (Cf. CAPPELLETTI, 1993; VIANNA et al., 1997).

4. Resumo da pesquisa nos Diários do Congresso Nacional – Assembleia Constituinte

Como mencionado na introdução, optou-se, devido à extensão do material a ser pesquisado¹, por estabelecer um critério de busca nos Diários do Congresso Nacional. Importa mencionar que todos os discursos, debates e falas proferidos em plenário e nas

¹ Para se ter uma ideia da dimensão dos dados, a Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em 02 de fevereiro de 1987 e terminou em 05 de outubro de 1988, com a promulgação da nova constituição. Nesse período (um ano, oito meses e três dias), foram realizadas 341 sessões plenárias. Na comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher, foram realizadas 26 reuniões de 07 de abril de 1987 a 23 de maio do mesmo ano. Na comissão da ordem econômica, foram realizadas 14 reuniões, no período de 01 de abril de 1987 a 12 de julho de 1987. Para cada sessão, há um diário com o registro de todas as falas e proposições.

comissões temáticas da Assembleia foram registrados, transcritos e publicados nos Diários.

O critério de busca, conforme mencionado, utilizou as seguintes palavras: direito autoral, direito de autor, propriedade intelectual, propriedade imaterial, propriedade industrial, marcas e patentes. Após pesquisa com essas expressões, chegou-se aos seguintes resultados: em plenário ocorreram apenas duas menções expressas sobre “direito autoral”, duas sobre “propriedade intelectual”, cinco sobre “propriedade industrial”, o mesmo número para “patentes” e “marcas”; nas atas da comissão da ordem econômica, o número de menções foi ainda menor, houve apenas uma menção cada para os temas “propriedade industrial”, “patentes” e “marcas”; nas atas da comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher, o resultado foi duas menções para a temática “direito de autor” e uma menção para os demais itens pesquisados.²

A baixa incidência de argumentos relacionados aos direitos de autor (direito autoral e direito de autor) em detrimento da maior quantidade de aparição de argumentos relacionados aos direitos da propriedade industrial (direito industrial, patentes e marcas) pode indicar que o legislador constituinte deu maior atenção a estes direitos do que aqueles.

No que diz respeito aos direitos da propriedade industrial, talvez a chave explicativa para a maior menção e atenção dos constituintes a esse assunto se deva ao fato de que esses direitos representam grande potencial e valor econômico.

Para Comparato (2008, p. 539), a importância econômica da propriedade industrial fica confirmada tendo em vista que 97%

² Optou-se por analisar também essas duas comissões pois, no texto final da constituição no capítulo referente aos direitos fundamentais e no da ordem econômica, o que corresponde às comissões mencionadas, a temática direitos imateriais aparece, mesmo que indiretamente.

do total de patentes registradas no mundo pertencem a poucos países desenvolvidos e isso explica o impulso dado à regulação jurídica dessa propriedade imaterial.

Também, a baixa incidência de argumentos em geral, dezenove no total do plenário, pode também indicar que os constituintes não deram muita atenção a essa temática.

Esse fato foi corroborado pelo Deputado Constituinte Sr. José Theodoro Mendes (2010). Segundo o parlamentar, na Assembleia Nacional Constituinte, a temática referente à organização do Estado e a dos Poderes concentrou maior atenção dos parlamentares, havendo até mesmo um esvaziamento em relação a outras questões.

O representante do Escritório de Direitos Autorais, Jaury Nepomuceno de Oliveira (2010), disse, em entrevista, que a atenção dada aos direitos autorais somente tomou relevo com o desenvolvimento de novas tecnologias³, em especial, com a tecnologia digital e pela internet, pois, até então, cópias ou reprodução de obras autorais eram extremamente difíceis; no entanto, com o desenvolvimento tecnológico, a cópia de direitos autorais se tornou mais fácil, passando a ter preocupação dos autores e legisladores.

Também em entrevista, a representante do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Sonia Maria da Silva (2010), afirmou que em 88 o tema Propriedade Industrial e Intelectual não era um assunto que as pessoas tinham conhecimento do valor que ele tem hoje; no entanto, a regulação jurídica constitucional não poderia ser tratada de forma tão displicente, sem a participação do povo, dos interessados.

Essas afirmações dos entrevistados podem ser chaves explicativas para a pouca atenção dada ao tema durante o processo constituinte.

³ O entrevistado mencionou inclusive o desenvolvimento da nanotecnologia como sendo um marco profundo na regulação do direito de autor, tecnologia essa que facilita a cópia.

Após a localização dos assuntos, foram selecionados e lidos os discursos, falas, proposições dos deputados e senadores constituintes, bem como de personalidades da sociedade civil que participaram das audiências.

Não obstante as poucas menções acerca do tema, é possível extrair algumas ideias que nortearam a elaboração do texto final.

Logo no mês de março de 87, por exemplo, houve um debate acerca da propriedade de *software*. Em discurso o constituinte Nivaldo Machado (PFL-PE) aborda a importância da regulação jurídica desse direito apontando “implicações sócio-comportamentais muito mais profundas do que a simples operação eletrônica que este (o computador) é capaz de efetuar” e que “a lei de *software* necessariamente contrariará interesses de grupos econômicos”. No entanto, tal debate estava restrito a um projeto de lei em trâmite, não estava diretamente relacionado ao processo constituinte.

Essa foi a única menção acerca da propriedade imaterial no primeiro semestre dos trabalhos constituintes. No entanto, no segundo semestre, os debates ficaram mais acalorados, em especial, ao se tratar da possibilidade ou não de patentear produtos farmacêuticos.

Observe-se que, até a Constituinte de 88, não era permitido, no Brasil, patentear produtos farmacêuticos; somente era possível ter o privilégio legal em relação a processos de produção. Essa regra estava em consonância com a Convenção de Berna.⁴ Entretanto, países produtores de remédios como os Estados Unidos e Suíça, por exemplo, tinham legislações protetivas a essas criações. Sem dúvida alguma, essa foi a grande questão travada nos debates constituintes acerca da propriedade imaterial.

⁴ Essa afirmativa é corroborada por Silva (2010). Segundo a entrevistada, na época do governo Collor, o INPI recebeu a incumbência de elaborar um anteprojeto de lei da propriedade industrial e que, na legislação anterior, não havia proteção para produto químico, produto farmacêutico, por exemplo.

Em agosto de 87, o Constituinte Assis Canuto (PFL-RO) profere discurso no plenário informando que os fármacos representavam, em 1987, 40% das importações no setor de química fina e que a possibilidade ou não de patentear produtos farmacêuticos abalaria as multinacionais desse setor. Aduziu ser indispensável definir uma política para o setor, priorizando a indústria nacional.

Esse pensamento, sem dúvida, norteou os debates constituintes. É sabido que, na redação original da constituição, o texto estabelecia reserva de mercado para vários setores da atividade econômica.⁵

Em fevereiro de 1988, Deputados Constituintes de vários partidos e de diferentes posições ideológicas apresentam requerimento de fusão de propostas constitucionais aglutinando várias proposições relativas ao tema direito autoral.

Esse requerimento foi assinado por representantes do Partido dos Trabalhadores, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro, do Partido Liberal e do Partido Trabalhista Brasileiro.

Com a fusão de emendas, o texto constitucional teria a seguinte redação: “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença. Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. E assegurada a proteção, nos termos da lei, às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas inclusive nas atividades desportivas. Será assegurado aos criadores, intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas o direito de fiscalização sobre o aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem.”⁶

⁵ Abordei esse assunto com mais aprofundamento na minha dissertação de mestrado, indicando vários autores que apontavam o texto original como sendo xenófobo.

⁶ Não foi esse, entretanto, o texto final aprovado.

Segundo o Constituinte Artur da Távola (PMDB-RJ), o texto, apresentado em comum acordo entre vários partidos, “é fruto de entendimento produtor de um dos textos mais importantes da atual Assembléia Nacional Constituinte”, tratando-se de um “lúcido acordo [...], dos mais ricos que aqui se produziram”.

Ainda segundo esse Constituinte, é “a primeira vez que no texto constitucional o legislador inclui as atividades científica e de comunicação ao lado das atividades intelectual e artística. O legislador de 1988 garante à expressão a sua lúdima liberdade, razão de ser de tantas lutas da humanidade.”

Ainda em fevereiro de 88, o Constituinte Sérgio Brito (PFL-BA) profere discurso, em plenário, contra as propostas que possibilitariam a patente de fármacos e a favor de uma proposta por ele apresentada que proibiria patentes sobre fármacos e alimentos, conclamando os colegas com as seguintes palavras:

“rogamos a V. Ex.as o repúdio a toda e qualquer tentativa de se implantar no Brasil o sistema de patentes nas áreas não abrangidas pela legislação atual, farmacoquímica e alimentícia, dando alento àqueles que tanto lutam e lutaram pela independência tecnológica de nosso País, pois as relações de poder no mundo contemporâneo passam e passarão sempre pelo grau de desenvolvimento de cada nação, que será mais ou menos livre de acordo com a sua evolução. O futuro desta Nação, Sr. Presidente e nobres colegas Constituintes, será o reflexo dos atos que presentemente efetuarmos e se todos estivermos irmanados por um mesmo objetivo de confiança, patriotismo e coragem venceremos as pressões movidas por interesses que, por certo, não são os mesmos do povo brasileiro. Esta é a hora nacional. Com o espírito voltado à grandeza da Pátria. Pedimos aprovação da nossa emenda, que há de representar,

no amanhã, o símbolo do desenvolvimento nacional, principalmente na área da saúde e da alimentação. Muito obrigado. (Palmas.)”

Muito embora seguido por aplausos, como consta da nota taquigráfica, a proposta do deputado Sérgio Brito foi rejeitada por 356 votos, contra 115 a favor e 14 abstenções.

Uma outra proposta de redação foi apresentada em plenário, desta vez de autoria da Constituinte Cristina Tavares, com co-autoria de Nelton Friedrich, que objetivava a garantia do direito universal de uso, reprodução e imitação das descobertas científicas e tecnológicas referente à vida, à saúde e à alimentação. Essa proposta também foi rejeitada pelo plenário: 236 votos contra, 175 a favor e 14 abstenções.

Começa então a aparecer nos discursos referências a pressões de empresas multinacionais e de países, em especial, dos Estados Unidos, anunciando eventuais retaliações caso o Brasil adote medidas protetivas em relação aos fármacos e outros produtos patenteáveis.

Um deles, proferido pelo Constituinte Eduardo Jorge (PT-SP), ao referir-se sobre a informática, aponta ameaças de retaliações em relação a produtos brasileiros nos EUA.

Mansueto de Lavor (PMDB-PE) aponta tentativa de interferência das multinacionais em assuntos internos de regulação jurídica na área de remédios, dizendo repudiar as “alterações advogadas pelas multinacionais no texto constitucional, [...] lembrando que o aprofundamento dos modernos instrumentos de poder e de domínio em nosso País pode fazer a alegria de *Wall Street* ou da *City* londrina, mas seguramente será negativo para a soberania do Brasil, para nossa cultura e para a qualidade de vida de nosso povo.”

A pressão era tamanha que, nos debates, foram mencionadas incursões de matérias em jornais e notas transmitidas pela televisão, todas pagas por grupos multinacionais interessados na regulação jurídica do setor farmacêutico.

O interesse, segundo a Constituinte Abigail Feitosa (PSB-BA), em discurso proferido em julho de 88, existia, pois 85% das receitas obtidas no mercado farmacêutico brasileiro eram dominadas por empresas americanas e europeias.

No mesmo período, Fernando Santana (PCB-BA) informava os colegas deputados que a pressão americana sobre os constituintes brasileiros era decorrência de uma provocação da *Pharmaceutical Manufactures Association*, poderosa associação de produtores de medicamentos dos EUA, sobre o governo daquele país, que, objetivando proteger a sua indústria, estava ameaçando de retaliação comercial o Brasil, caso fosse adotada qualquer medida restritiva ao patenteamento de qualquer produto, em especial, dos fármacos.

Nas comissões as menções sobre o tema foram basicamente repetições dos pronunciamentos e alegações proferidas no plenário.

O que chama a atenção é a participação da sociedade civil nos debates durante o processo constituinte. Essa é uma característica da Constituição de 1988, por isso, a menção e a definição de ser uma constituição cidadã. Em vários trechos dos debates, há a menção a respeito da participação de sindicatos e associações de artistas fazendo proposições acerca da regulação dos direitos autorais. Um exemplo marcante é a participação do escritor José Louzeiro, na comissão dos direitos e garantias individuais, para discorrer e debater sobre a temática dos direitos autorais. Nessa sessão, diversos representantes da sociedade civil participaram, fazendo perguntas e opinando sobre o tema. No discurso, o escritor faz menção ao artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10/12/1948, que dispõe que “todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.”

Também merece atenção um pronunciamento do deputado carioca Artur da

Távola que afirma ser o direito autoral “[...] o princípio da garantia da liberdade a mais plena possível para a criação.”

Fica evidente com esse pronunciamento que, a respeito do direito autoral, o norte dos debates sugeriria uma ampla proteção ao processo criativo da atividade intelectual, artística e científica.

Mais adiante o deputado chega a sugerir também a proteção do direito autoral para as atividades de comunicação. Como é sabido, no final dos trabalhos constituintes, essa regra não foi adotada.

Confirma esse argumento o pronunciamento do deputado peemedebista gaúcho Antonio Britto, a seguir transcrito, que contraditava o deputado do PL paulista Ricardo Izar que propunha o controle das atividades artísticas. Segundo Britto,

“já tivemos oportunidade de debater intensamente a questão levantada pelo nobre Constituinte Ricardo Izar, quando, em dispositivo anterior, fixamos, por ampla maioria, o princípio geral. Qual o princípio geral que a nova Constituição, a partir do texto oferecido pelo nobre Relator Bernardo Cabral, está procurando estabelecer? É um só: o da ampla liberdade de criação e de expressão do pensamento. Este princípio tem permeado todas as decisões que tomamos até aqui. No entanto, no capítulo oportuno, o das Comunicações, serão discutidas, definidas e votadas as eventuais restrições contra eventuais abusos cometidos na utilização daquela liberdade, que é o princípio geral, através dos meios de comunicação, se for o caso e quando houver discussão. Por isso, na medida em que encaminho contrariamente à emenda do nobre Constituinte Ricardo Izar, quero deixar claro, mais uma vez, que estamos, na verdade, no Capítulo I, fixando os princípios gerais, que não podem, sob pena de macular o texto constitucional, ser

outros senão o da ampla liberdade: liberdade de expressão e de pensamento; liberdade de expressão na atividade intelectual, artística e científica; liberdade dos meios de comunicação. Lá adiante, no capítulo ‘Da Comunicação’, discutiremos uma questão específica, ou seja, como a Constituição pode encontrar formas pelas quais a sociedade trate de defender-se contra eventuais abusos. Até porque, Sr. Presidente, tem sido norma neste País – graças a Deus – que apenas quando se envolvem a utilização e a difusão pelos meios de comunicação de massa é que se estabelece algum mecanismo de defesa da sociedade. O teatro, os espetáculos de diversão pública, todos eles têm recebido, permanentemente, ampla liberdade. E assim entendo que deva continuar.”

Esses, portanto, foram os discursos e debates localizados nos Diários do Congresso Nacional durante a Assembleia Nacional Constituinte. Com a pesquisa, algumas breves conclusões podem ser apontadas, conforme segue abaixo.

5. Conclusões

A hipótese da pesquisa de que os direitos de propriedade imaterial representam ambivalência de tratamento restou confirmada. Reconhece-se que houve grande preocupação dos constituintes em garantir o acesso à informação e à cultura, direitos fundamentais do cidadão; no entanto, tendo em vista a dimensão econômica que esses direitos representam, pode-se concluir que foi essa a natureza atribuída pelos constituintes a esses direitos.

Esse choque de interesses foi debatido durante todo o processo constituinte, não com a intensidade que se imaginava, pois, conforme ficou relatado, o tema da propriedade imaterial despertou pouco interesse dos constituintes, pois, na época, não se

dava tanta importância ao assunto, bem como, foram outros temas que nortearam, com mais vigor, os debates constituintes, como, por exemplo, a definição jurídica da organização do Estado.

No entanto, quando a temática foi debatida, ficou comprovado que a regulação jurídica constitucional desses direitos representa a influência exercida pela pressão do poder econômico, evidenciando que tais direitos reproduzem esses valores em detrimento dos direitos fundamentais.

Referências

- AFONSO, Otávio. *Direito autoral*. Barueri: Manole, 2009.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor e a internet. Em particular as recentes orientações da comunidade europeia. In: _____. *Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra, 2008a.
- _____. Direito de autor sem autor e sem obra. In: _____. *Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra, 2008b.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: RT, 1981.
- BRASIL. Diários do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>>. Acesso em: 27 out 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDES, José Theodoro. Entrevista concedida, por telefone, a Carlo José Napolitano em: 6 jul. 2010. Bauru, Brasil, 2010.
- OLIVEIRA, Jaury Nepomuceno. Entrevista concedida a Carlo José Napolitano em: 13 jul. 2010. Rio de Janeiro, Brasil, 2010.
- SILVA, Sonia Maria da. Entrevista concedida a Carlo José Napolitano em: 15 jul. 2010. Rio de Janeiro, Brasil, 2010.
- VIANNA, Luis Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

Do positivismo ao pós-positivismo jurídico

O atual paradigma jusfilosófico constitucional

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e
Guilherme Pereira Dolabella Bicalho

Sumário

Introdução. 1. O positivismo jurídico. 2. O pós-positivismo jurídico. 2.1. A questão dos valores: abertura valorativa do sistema. 2.2. Normas jurídicas: princípios e regras. 2.3. Constituição: *locus* principal dos princípios. 2.4. Aumento do foco político no Judiciário. 2.5. Alguns excessos de correntes extremadas do pós-positivismo: um alerta necessário. Conclusão.

Introdução

O neoconstitucionalismo é em essência uma nomenclatura utilizada para informar um novo direito constitucional, composto por pensamentos ora coincidentes, ora até mesmo antagônicos em relação ao constitucionalismo clássico. Uma das características do neoconstitucionalismo é estruturar-se sobre a perspectiva filosófica do pós-positivismo¹. Nesse contexto, a busca de uma identidade para esse pensamento jusfilosófico atual é um problema que necessita de investigação mais aprofundada. É essa pesquisa que se propõe no presente trabalho.

Diante do inicialmente exposto, o objetivo do presente estudo será a identificação de características do pós-positivismo – pen-

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes é Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), pós-graduado em Direito Público, é professor de Direito Constitucional e Direito Tributário do UniCEUB/DF, Procurador do Distrito Federal, advogado e consultor em Brasília.

Guilherme Pereira Dolabella Bicalho é Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), é professor de Direito Tributário do Instituto dos Magistrados do Distrito Federal (IMAG/DF), Procurador do Distrito Federal, advogado e consultor em Brasília e Belo Horizonte.

¹ Nesse sentido, ver Luis Roberto Barroso (2007, p. 22) e George Marmelstein (2008, p. 10-15). Este último, em que pese não utilizar o termo neoconstitucionalismo, baseia sua teoria dos direitos fundamentais na perspectiva do pós-positivismo.

samento filosófico basilar, orientador, para a interpretação e concreção da legislação constitucional – identificadas no pensamento de autores contemporâneos que se propõem a estudar o tema, tecendo-se algumas comparações entre eles.

Para atingir os objetivos propostos, foi utilizada pesquisa bibliográfica em que se buscou identificar os trabalhos científicos mais relevantes sobre o tema, com o objetivo de realizar um trabalho com amplitude suficiente para sua utilização como revisão bibliográfica a demonstrar a realidade social estudada.

1. Positivismo jurídico

Muitas vezes o direito foi responsável por sacrificar um de seus grandes objetivos – a justiça – em nome da segurança jurídica. Mas isso teve uma explicação. Na transição da idade média para a moderna, de meados do século XVIII ao início do século XIX, a sociedade reclamava limites ao poder concentrado e ilimitado do soberano. Buscavam-se barreiras aos arbítrios dos reis absolutistas.

Os movimentos constitucionais modernos, cuja origem remonta às criações da Constituição francesa de 1791 e da Constituição dos Estados Unidos de 1787, trouxeram consigo também um mito no sistema jurídico: a lei. Esse instrumento conformador da liberdade dos cidadãos passa a ser considerado o único a legitimar a limitação dos seus direitos. Somente a lei válida poderia impor obrigações aos cidadãos. A lei e o primado da soberania popular ganham tamanha importância que são alçados a um patamar de dogma (MENDES et al., 2007, p. 176-180).

Roger Aguiar (2004, p. 146) condensa o pensamento da época ao aduzir que a “colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos

pelo absolutismo”. E qual era o reclamo da sociedade: *a limitação do soberano*, a imposição de balizas às suas arbitrariedades.

A lei passa a ser considerada a expressão máxima da soberania popular, soberania essa que é considerada o fundamento central para a criação dos Estados modernos. “O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. A visão radical da soberania popular ganha espaço” (MENDES et al., 2007, p. 176).

A representação política, nesse contexto, “tem como ponto de partida a teoria da soberania nacional e a soberania nacional conduz a um governo representativo” (CANOTILHO, 2003, p. 113). A titularidade do poder passa a ser atribuída ao povo, mas para o seu exercício era necessária a delegação desse poder aos seus representantes, os quais seriam então os únicos legitimados para confeccionar a maior expressão da vontade popular – a lei. Esse pensamento foi imortalizado no art. 6º da Declaração francesa de 1789, o qual dispunha que a lei “é a expressão da vontade geral”. E continuava: “Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação”.

Com esses fundamentos, criou-se um ambiente extremamente favorável à supervalorização desse diploma normativo. A lei adquire, então, um novo *status*, nunca visto na história. A sociedade necessitava *afastar* a abertura do sistema jurídico *aos valores jusnaturais*, uma vez que muitas atrocidades eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não). Nesse contexto, buscava-se *segurança jurídica e objetividade do sistema*, e o Direito positivo cumpriu bem esse papel.

Essa mudança, decorrente também da estruturação do Estado moderno, ocorreu sobre três pilares. O primeiro refere-se à *posição da norma positiva no sistema*. Como dito, a lei passa a ganhar mais relevância jurídica que os postulados principiológicos, a ponto de afastar os princípios não posi-

tivados do ordenamento, ou no mínimo retirar-lhes a força normativa. As normas de conduta passam a ser adstritas à lei, a qual passa a ser o ponto central de conformação da sociedade. Com isso, os códigos são transportados para o centro do Direito.

O segundo trata do *modo de confecção* desse diploma normativo. Antes desse momento, a lei não se formava a partir de construções teóricas, mas, sim, de um estudo dos casos concretos, fruto do legado romano. A formulação de leis passava por uma minuciosa análise dos casos concretos e das soluções aplicáveis aos mesmos. Na modernidade, as leis adquirem “um caráter de abstração desconhecido em épocas pretéritas, passando a expressar um padrão de comportamento contido em uma relação obrigatória entre uma hipótese abstrata e sua consequência” (AGUIAR, 2004, p. 145).

O terceiro é quanto à *forma de aplicação das leis*. A partir de então, a lei passa a prever uma solução *a priori*, sendo aplicada ao caso concreto por meio de um método dedutivo. Passa a ser um “comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo” (Idem, p. 146), não permitindo soluções criadas *a posteriori* de sua confecção, ou seja, os efeitos decorrentes da aplicação da norma são conhecidos anteriormente a sua concreção, o que atendia a uma necessidade de proteção dos indivíduos em face dos desmandos dos soberanos absolutistas. Ganha-se em segurança jurídica e objetividade.

É nesse contexto que surge o *positivismo jurídico*² contrapondo-se ao jusnaturalismo

² O objeto do presente estudo não se aproxima do positivismo jurídico, o qual é trazido para seu interior tão somente para demonstrar as peculiaridades do pós-positivismo. Por isso, não há qualquer pretensão de aprofundamento nesse campo filosófico. Para aprofundamento da origem histórica e espécies do positivismo jurídico, ver a obra de Norberto Bobbio intitulada *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito* (2006, *passim*). Há ainda que se destacar o alerta de Gustavo Biscaia de Lacerda (2009) de que o esforço de buscar um denominador comum para a expressão *positivismo* é um erro em face de deixar de lado importantes aspectos particulares de cada teoria

1) por valer apenas em *alguns lugares*, ao contrário deste, que vale em toda parte; 2) por ser *mutável*, enquanto este é imutável no tempo; 3) por ter *fontes* distintas deste; 4) por ser conhecido “através de uma declaração de vontade alheia (promulgação)”, em contrapartida a este, que é conhecido através da razão; 5) porque, em seu *objeto*, os comportamentos são por si mesmos indiferentes, “assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo”, enquanto neste os comportamentos são bons ou maus em si mesmos; e, por último, 6) em face do critério da valoração das ações: aquele estabelece aquilo que é útil, enquanto este, aquilo que é bom.

O direito natural é empurrado “para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX” (BARROSO, 2007, p. 22). O positivismo jurídico surge, então, em contrapartida ao jusnaturalismo com vistas a buscar a objetividade do sistema e, para tanto, “equipara o direito à lei” (Idem). O Direito passa a ser produção da vontade humana a partir de sua criação pelo Estado através da lei. Conforme Gustavo Biscaia de Lacerda (2009), esse pensamento teve o condão de embasar a superação do jusnaturalismo, a separação do Direito do divino e a limitação do poder soberano pela lei, bem como afastar a abertura do sistema jurídico aos valores jusnaturais, uma vez que muitas atrocidades – como a caça às bruxas, a perseguição aos cientistas, etc. – eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não).

Modernamente, é centrado nas ideias³ de Augusto Comte e tem em Kelsen e, pos-

ou escola. Todavia, para o presente estudo, com vistas a não perder o foco no objeto proposto, a inclusão de suas várias correntes em uma só roupagem far-se-á necessária.

³ Impende frisar que não se pretende neste estudo o aprofundamento na contribuição de teóricos positivistas ou na forma como se moldam seus critérios de aferição de validade da norma jurídica. A rápida

teriormente, em Hart seu apogeu⁴. Comte, considerado por alguns, como Gustavo de Lacerda (2009), como o fundador do positivismo, abandona a busca de causas religiosas para centrar seu pensamento na busca empírica nos próprios fenômenos observáveis, propondo a “separação entre Igreja e Estado”. O ponto central de sua obra é a tentativa de separar a religião de aspectos racionais (Ibidem).

Hans Kelsen (1994), mais tarde, coroa o positivismo iniciado por Comte com sua Teoria Pura, estabelecendo o *positivismo jurídico* ou *juspositivismo* (LACERDA, 2009). Para ele, o direito deveria ser considerado como tal, independente de outras ciências ou da moral. As fontes do Direito “têm que ser buscadas apenas no próprio Direito, excluindo-se as fontes extrajurídicas, como hábitos e costumes compartilhados, além de valores disseminados socialmente” (Idem). O estudo do Direito deveria ser desprovido de valores; a moral seria extrínseca ao ordenamento jurídico. Ele não ignorou a carga valorativa que informa o fato jurídico, mas simplesmente ressaltou a necessidade de o fenômeno jurídico ser analisado como tal; independentemente de outras áreas do conhecimento.

É de grande importância a posição dos valores na concepção de Direito em Kelsen. Para ele, a norma superior sustenta a validade das normas inferiores, mas até onde? Esta cadeia de validade precisa encontrar o elemento de validade em uma última norma superior (KELSEN, 1994, p. 215-216). Então, o fundamento de validade de todo o sistema se baseia na *norma fundamental*, que se mostra como o fato produtor de normas, cuja essência é dinâmica, pressuposta, na qual todo conteúdo pode ser inserido no

direito; não se confunde com a Constituição, que é o conteúdo estático desta norma (Idem, p. 217-221). A norma fundamental, pressuposta e dinâmica, insere-se no sentido lógico-jurídico de Constituição, enquanto a Constituição vigente, em sentido jurídico-positivo (Ibidem, p. 222).

Assim, a justiça estaria na própria lei, cabendo ao aplicador do direito aferir tão somente a validade formal da norma e não a justiça ou correção de sua aplicação, uma vez que a norma fundamental que valida todo sistema é condição lógico-transcendente, desprovida de conteúdo valorativo (KELSEN, 1994, p. 225-228). A positivação de uma norma que fosse identificada como válida seria a forma de aferição do conteúdo material do direito – a verificação da validade da norma ocorre por meio de sua compatibilidade com a Constituição. Se determinado conteúdo foi positivado, deve ser entendido como *reto e justo* (KELSEN, 2000).

Em sua ótica, o conteúdo valorativo de uma norma era dado pelo legislador, não cabendo ao hermenêuta a identificação do substrato axiológico da norma quando de sua aplicação concreta. O ordenamento jurídico, para ele, não contemplava uma aplicação valorativa da norma, ou qualquer pauta de correção. A questão se limitava ao aspecto de validade da lei e não de seu conteúdo. Se fosse válida, deveria ser aplicada conforme o legislador a concebeu. Alfonso García Figueroa (2009a, p. 224, tradução nossa) destaca que, para Kelsen, “o direito pode ter ‘qualquer conteúdo’”, uma vez que a aferição de legitimidade tem um caráter formal.

Hebert Hart (1996) contribui com o positivismo jurídico no que se refere à análise do critério de verificação da validade da norma – ponto central do positivismo. Em seu pensamento, que ganhou a análise e crítica de Dworkin (2002), informa que a validade da norma passa por sua aceitação como obrigatória pelo grupo por ela regido. Outra inovação do autor é considerar duas espécies de regras: as primárias, de *obriga-*

análise das principais teorias que ora se apresenta é suficiente para o prosseguimento da investigação.

⁴ Bobbio (2006, p. 25-130) traça os aspectos históricos, seus representantes e as várias correntes na Alemanha, França e Inglaterra, mas, para o presente estudo, os três autores indicados são suficientes para demonstrar as características do fenômeno.

ção, dizem respeito ao que as pessoas devem ou não fazer, como formas de controle social; e as secundárias, em que se inclui a *regra de reconhecimento*⁵, asseguram que as regras primárias possam ser criadas – se uma norma é válida, significa que ela satisfaz aos critérios da regra de reconhecimento; categorias complexas não previstas por seus antecessores. Mas continua a entender o direito distante das questões valorativas ou morais⁶. Após a sua morte, Joseph Raz, seu discípulo, passa a ser o maior expoente vivo do positivismo jurídico.

Carl Schmitt (1961) também advogou contra a admissão da moral na concreção do Direito. Na obra *A Tirania dos Valores* (título original: *Die Tyrannei der Werte*) de 1960, o autor defende a ideia de que não é possível ordenar o direito e a política pelos valores, uma vez que estes têm uma forte expressão subjetiva. Critica o crescimento da importância de valores excludentes e de flutuação livre nos contextos jurídico, político e ideológico.

Em suma, a questão central para o positivismo gira em torno da *segurança jurídica*, enquanto o ponto relativo à *justiça* da aplicação de uma norma restringe-se ao aspecto de sua *validade*, sob o prisma *formal* (Kelsen, Joseph Raz, Hart – em sua visão anterior). O aplicador do direito não realiza a verificação se os efeitos, quando da concreção, são bons ou ruins, justos ou injustos, há somente a

⁵ A regra de reconhecimento é responsável pela identificação de quais *regras de obrigação* serão unificadas de modo a não evitar dúvidas sobre sua aplicabilidade. Ela é um fato, e não uma presunção, como em Kelsen. É uma regra secundária que informa como os juízes reconhecem a norma válida. Há ainda as *regras de alteração* que permitem a inserção de novas regras primárias no sistema e as *regras de julgamento* identificam que indivíduos devem julgar e qual as regras processuais para tanto.

⁶ Sua posição original foi revista em alguns aspectos em face das fortes críticas de Dworkin. O exposto nesse parágrafo faz parte de sua tese originária, antes da incorporação de seu Pós-escrito à obra *O Conceito de Direito*. A partir de então, ele aceita uma possibilidade de a regra de reconhecimento adotar algum aspecto material, substantivo, moral, com o objetivo de evitar as incorreções do sistema.

aferição de sua validade, o sistema não adota uma pretensão de correção. Portanto, os aspectos morais são extrínsecos ao direito⁷.

O positivismo, nas palavras de Dworkin (2002, p. 27-28), pode ser resumido em três preceitos-chave: (a) acreditar o direito como “um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo poder público”, regras essas que são aferidas quanto a sua validade (*pedigree*); (b) caso não se encontre uma solução dentro do direito (conjunto de regras) para uma determinado fato, o aplicador da norma deve ir “além do direito na busca de algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra jurídica já existente”; e (c) dizer que “alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (...) Na ausência de tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica”.

O positivismo jurídico é então entendido como *ciência da legislação positiva*, que “pressupõe uma situação histórica concreta: a concretização da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância legislativa” (ZAGREBESLKY, 2007, p. 33, tradução nossa). Seu significado supõe uma redução de tudo o que pertence ao mundo jurídico, à lei, incluindo os direitos e a justiça, simplificação que concebe o trabalho dos juristas como mero serviço da lei, com a busca pura e simples da vontade do legislador.

Alfonso García Figuerola (2009a, p. 17, tradução nossa) aduz que o que se modifica com a transposição do direito natural para

⁷ A inexistência de alguma abertura axiológica na aplicação da norma fez com que normas absolutamente injustas fossem aplicadas pelos juízes sem a possibilidade de sua correção, como as já citadas *leis de Nuremberg*, ou na Itália as *leis facistas*, ou no Brasil os *Atos Institucionais* pós-64. Para Luis Roberto Barroso (2007, p. 22), foram as barbáries sobre a proteção da legalidade que promoveram a decadência do positivismo após a Segunda Guerra.

o direito positivo é o título da legitimação: “já não é a autoridade dos doutores, senão a autoridade da fonte de produção [legislador como único legitimado à produção jurídica]; não a verdade, senão a legalidade; não a substância, é dizer, a intrínseca justiça, senão a forma dos atos normativos”.

Qual seria o papel dos princípios segundo essa vertente jusfilosófica? No positivismo, os princípios têm uma natureza *supletiva* ou *interpretativa*, diferentemente da fase jusnaturalista anterior, em que eles poderiam regular a conduta das pessoas. Nas palavras de Mamari Filho (2005, p. 17), a natureza dos princípios gerais é “ eminentemente supletiva, integradora, na medida em que se admite que o sistema de leis (positivas) é incapaz de regular todas as situações havidas na vida cotidiana”.

Os princípios ainda detinham outras funções: eram utilizados para dirigir a interpretação dos operadores do direito, orientar o legislador e também como uma espécie de *lex legum*, garantindo homogeneidade na sucessão das leis. Dessa forma, os princípios entram nos textos legais como *fonte normativa subsidiária*; são inseridos nas normas positivas, bem como nos textos teóricos, mas com uma posição supletiva ou interpretativa. Nessa perspectiva, são verdadeiros “tapa buracos” do sistema (SCHIER, 2005, p. 116).

Zagrebelsky (2007, p. 112) demonstra claramente qual era a posição dos princípios segundo essa corrente. As normas de princípio, contenedoras de fórmulas vagas, referências ético-políticas, formulavam promessas não realizáveis no momento; esconderiam, pois, um vácuo jurídico e “produziriam uma contaminação das verdadeiras normas jurídicas com afirmações políticas, proclamações de boas intenções, etc. Estas normas não poderiam ser alegadas perante um juiz (...) [pois] aumentariam a desconfiança no direito” (ZAGREBELSKY, 2007, p. 122, tradução nossa). Sua operatividade como autêntico direito estaria sujeita a uma intermediação legislativa. Ou seja, não se portavam como direitos subjetivos.

Portanto, não poderiam ser vindicadas em juízo. Essas normas teriam uma importância “exclusivamente política ou virtual” (Idem, p. 113, tradução nossa).

O positivismo teve seus louros ao criar consistentes fundamentos para o direito se estabelecer como ciência e para a efetivação da *segurança jurídica* e da liberdade diante dos desmandos dos reis absolutos; criou limites racionais aos arbítrios do poder. Contudo, não conseguiu encontrar soluções diante da “fraqueza da norma para, em dados momentos e sob certas circunstâncias, promover e garantir a justiça” (AGUIAR, 2004, p. 151).

Fica para trás o positivismo acríptico do século XIX – que pregava sua vinculação mesmo quando existia distância entre a representação da realidade e a própria realidade –, que hoje só está presente como um resíduo, “na opinião que, pelo inconsciente geral, têm de si mesmos os juristas práticos (sobretudo os juizes)” (ZAGREBELSKY, 2007, p. 33, tradução nossa).

As fortes críticas dos não-positivistas fizeram com que alguns teóricos do positivismo tentassem adotar sua teoria ao mundo atual. Com isso, ao lado do *positivismo exclusivo*⁸ de Joseph Raz, “para muitos o último positivista puro” (FIGUEROA, 2009a, p. 201, tradução nossa), cria-se o *positivismo débil, inclusivo*⁹ ou *includente*, como os de Hart¹⁰ e Luis Cruz, cuja regra de reconhecimento permite a possibilidade de abertura ao sistema moral, relativizando o parâmetro de validade unicamente formal da norma¹¹. Há ainda outras vertentes como o *positivismo crítico* de Luigi Ferrajoli,

⁸ O positivismo exclusivo, segundo Alexandre Garrido da Silva (2006, p. 335), é aquele que não admite nenhuma relação conceitual entre direito e moral ou entre o direito tal como ele é e o direito tal como ele *deve ser*, cujos representantes são Kelsen, Joseph Raz e Hart (antes de se tornar inclusivo com seu *Pós-escrito*).

⁹ Sobre as diferenças entre o positivismo exclusivo e inclusivo, v. Alfonso García Figuerola (2009c, p. 184-184).

¹⁰ Após a inclusão em sua obra do *Pós-escrito*.

¹¹ Figuerola (2009b, p. 27-28) ensina que essa forma de positivismo abre-se ainda a outras nomenclaturas

que “desenvolve uma teoria particular de direito baseada também no direito constitucionalizado, mas ao mesmo tempo defende que não existe uma vinculação conceitual necessária entre direito e moral” (Idem, p. 226, tradução nossa).

Como lembrado anteriormente em relação às leis de Nuremberg, em nome da lei o direito foi utilizado para a realização de barbáries e atrocidades. O mundo não mais aceitava o império de uma lei tirânica. Alguns parâmetros morais de justiça precisavam ingressar no direito, visto que somente os critérios formais de validade não eram suficientes. Com isso, surge o movimento de aproximação do Direito com a moral, o pós-positivismo.

2. O pós-positivismo jurídico

Um novo pensamento jusfilosófico entra em cena para impor limites valorativos ao aplicador do direito, com uma pretensão de correção do sistema (FIGUEROA, 2009a, p. 201-251). Decisões flagrantemente apartadas da justiça, como as que permearam o facismo e o nazismo, não mais poderiam ser aceitas. A sociedade percebeu que, “se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei (...), o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos” (MARMELSTEIN, 2008, p. 10). Com isso, cria-se um ambiente propício à transformação; juntamente com o neoconstitucionalismo, surge um novo pensamento jusfilosófico: o *pós-positivismo*¹² ou não-positivismo.

como positivismo aberto, flexível, ético, dúctil. Há ainda o *positivismo corrigido* de Peces-Barba.

¹² O termo foi introduzido no País por Paulo Bonavides em 1995, na quinta edição de seu Curso de Direito Constitucional. Alexandre Garrido da Silva (2006, p. 336) informa que o pós-positivismo ou não positivismo defende a ideia de que “há ou deve haver um relacionamento entre o direito e a justiça (moral). Sua versão forte, defendida por Alexy e Dworkin, informa que essa vinculação é necessária, deve existir; por isso a negação do positivismo. A ideia fraca ou débil considera a

Antes de prosseguir, é bom que se frise as diferenças entre os conceitos de *neoconstitucionalismo* e de *pós-positivismo*. O primeiro é uma característica comum do constitucionalismo ocidental que tem início no segundo pós-Guerra e apogeu na contemporaneidade, enquanto o segundo é o embasamento da filosofia do direito para aquele. O primeiro traduz uma *ideologia ou metodologia constitucional* que abrange o segundo como pilar de sustentação de algumas de suas posições, mas com ele não se confunde; o *pós-positivismo* é, pois, a matriz jusfilosófica que embasa as ideias neoconstitucionais. Para Barroso (2007, p. 22), “o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo”. Em outras palavras, o pós-positivismo pode ser encarado como a concepção teórica do neoconstitucionalismo, pois permite repensar alguns alicerces jurídicos, como a teoria da norma¹³, a teoria das fontes¹⁴, a teoria da interpretação¹⁵, etc.

Diversas nomenclaturas são utilizadas para esse novo paradigma filosófico como *pós-positivismo*, *antipositivismo*, *neopositivismo*, etc¹⁶. Há ainda versões do positi-

inclusão de elementos morais “desejável ou preferível à exclusão, mas não analiticamente necessária” (Idem).

¹³ As normas jurídicas não são mais somente as leis, decisões judiciais, costumes, etc.; a normatividade dos princípios reformula essa teoria.

¹⁴ Os princípios não são mais fontes secundárias, como previa o art. 4º da LICC, porém fontes primárias capazes de regular condutas.

¹⁵ A teoria da interpretação alcança novo *status* ao receber influência da filosofia do direito: “a tópica (e a retomada em se pensar o estudo dos casos a partir de problemas neles suscitados), a hermenêutica (e todos os métodos de interpretação conhecidos e incrementados pela metodologia constitucional contemporânea) e a argumentação jurídica (no tocante à justificação do intérprete)” (MOREIRA, 2009, p. 218).

¹⁶ Há autores que argumentam no sentido de que o pós-positivismo ou não positivismo seria, em verdade, uma variação do jusnaturalismo. Manuel Atienza (2009) é um deles; no artigo *Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del derecho?*, mostra uma conexão entre algumas teses jusnaturalistas e as teorias de Dworkin, Alexy, Carlos Nino e, em alguma medida, Ferrajoli. Luis Prieto Sanchís (2009, p. 423-425) qualifica expressamente Dworkin de jusnaturalista. Alfonso García Figueroa (2009b) também tangencia essa conclusão demonstrando dois tipos de antipositivismo: o interno

vismo jurídico que pretendem justificar o neoconstitucionalismo, entre as quais, *soft-positivismo*¹⁷, *positivismo inclusivo*, *flexível*, *ético*, *dúctil*, etc. Então, duas correntes podem ser visualizadas: o *neoconstitucionalismo pós-positivista ou não-positivista*¹⁸ e o *neoconstitucionalismo positivista*¹⁹.

(pós-positivismo/jusnaturalismo) e o externo (que critica a própria dialética que mantém positivistas e não positivistas). A outra corrente, que é adotada no presente estudo, é a de que o pós-positivismo é uma corrente eclética que pretende unir os pontos positivos de ambas as correntes e afastar suas inconsistências. É oposto ao positivismo por não sustentar a “separação do direito com a moral e a política”; afasta-se do jusnaturalismo por ser fundado “em propostas de incremento da racionalidade, como a festejada ponderação” (MOREIRA, 2009, p. 216).

¹⁷ Apesar de Hart não ser um neoconstitucionalista, sua teoria foi adaptada após as severas críticas de Dworkin (2002). Ou seja, flexibilizou sua teoria com vistas a sustentar as mudanças ocorridas no mundo jurídico contemporâneo, por isso a referência ao seu termo. Hebert Hart (1996, p. 312) utilizou o termo *soft-positivismo* em seu *Pós-escrito*, no sentido de a *regra de reconhecimento* (critério de aferição da validade de uma norma) poder “incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos”. Não teve a pretensão de se juntar ao pós-positivismo, mas de responder às críticas de Dworkin. Hart ainda se coloca como positivista (inclusivo), mas já admite uma abertura do sistema jurídico aos valores, ainda que bem mais singela que os pós-positivistas.

¹⁸ Entre eles, Robert Alexy, que concordou com a colocação de seu trabalho na categoria *pós-positivista*, respondendo à questão formulada em entrevista realizada no Ceará em 2003, publicada na Revista Trimestral de Direito Civil, 2006, conforme lembrado por Antônio Cavalcanti Maia (2009, p. 9); José Antonio Seoane (apud SILVA, 2010, p. 126) informa que Alexy é o principal representante do neoconstitucionalismo não-positivista; Dworkin (2002, p. 35), que também é adepto dessa corrente, pois propõe um *ataque* ao positivismo, para alguns, como García Figueroa (2009a, p. 216), ele é um antipositivista; Zagrebelsky (2007, p. 33), que, apesar de não utilizar o termo, mostra-se um não-positivista; MacCormick (2006, p. 18), que, apesar de não ser necessariamente um neoconstitucionalista, declara-se um pós-positivista; entre outros. No Brasil, Luis Roberto Barroso (2007, p. 22), Paulo Bonavides (2009, p. 264), George Marmelstein (2008, p. 11), André Rufino do Vale (2009, p. 42), Luís Sérgio Mamari Filho (2005, p. 18), Roger Silva Aguiar (2004, p. 152), entre diversos outros.

¹⁹ Entre os quais, Luiz M. Cruz (2006, p. 9,62 et seq.), que é da corrente de que o neoconstitucionalismo pode ser sustentado pelo positivismo jurídico em sua versão

A crise do positivismo e sua derrocada são evidenciados, entre outras razões, 1) pelo pluralismo e a complexidade da sociedade pós-moderna, que fazem sucumbir a ideia de completude do sistema positivo codificado, e 2) pelas dificuldades de mitigar a aplicação das normas positivas mesmo diante de soluções absurdas ou desproporcionais, como no exemplo do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista. O positivismo jurídico tradicional passa a não ser capaz “de explicar adequadamente a realidade do direito” (FIGUEROA, 2009a, p. 228-229, tradução nossa).

Autores como Robert Alexy (2008b), Ronald Dworkin (2002), Gustavo Zagrebelsky (2007), García Figueroa (2009a) e, entre os nacionais, Paulo Bonavides (2009), Luís Roberto Barroso (2007), André Rufino do Vale (2009), Humberto Ávila (2009)²⁰, entre muitos outros, entendem o direito segundo essa nova perspectiva. Apesar de não serem linearmente coincidentes seus pensamentos, pode ser identificada uma série de características comuns em suas ideias.

Segundo André Rufino do Vale (2009, p. 47), há um ponto de convergência entre os autores citados: eles “relativizam a sepa-

includente ou inclusiva; da mesma forma que Hart, o autor espanhol entende que o critério de validação formal do direito deve abranger uma abertura material, aproximando com isso o direito da moral. Luigi Ferrajoli (2009) e Susana Pozzolo (2009) também são positivistas (moderados) defensores do neoconstitucionalismo. Alfonso García Figueroa (2009a, p. 202, tradução nossa) aduz que, segundo o positivismo inclusivo, “é possível que a regra de reconhecimento de um sistema jurídico apresente caráter substantivo, moral”. O autor critica essa corrente ao destacar que a *mera possibilidade* de correção das normas jurídicas não soluciona o problema, a qual deveria prever uma *necessária* correção. García Figueroa (Idem, p. 202-203) vai mais além e explica que existe, junto às estratégias excludentes e includentes, outra forma de reafirmação do ideário positivista, que consiste em buscar refúgio em sua própria história vinculada à busca de segurança e certeza.

²⁰ Ávila (2009, p. 26) propõe um “novo paradigma para a discussão e aplicação das espécies normativas”, com algumas críticas substanciais aos trabalhos de Alexy, Dworkin, Esser, entre outros. Contudo, por não apresentar uma oposição frontal a esses trabalhos, foi incluído como pós-positivista.

ração entre Direito e Moral, admitindo critérios materiais de validade das normas". Foi visto que uma das principais críticas ao modelo positivista foi a falta de critérios valorativos para a aplicação da norma, a qual favoreceu, muitas vezes, decisões distantes da justiça ou mesmo absurdas. O pós-positivismo tenta firmar bases filosóficas para sanar essa problemática, com o escopo de implementar direitos constitucionais a partir da verificação axiológica das normas aplicáveis concretamente.

Em 1967, o norte-americano Dworkin²¹ foi o primeiro autor da teoria do direito recente a apresentar os princípios jurídicos de uma forma oposta ao pensamento positivista. É o próprio autor que, ao iniciar o capítulo sobre a diferenciação entre regras e princípios, demonstra de pronto sua posição antipositivista ao afirmar: "quero lançar um ataque geral contra o positivismo" (DWORKIN, 2002, p. 35). Um pouco mais tarde, do outro lado do globo, na Alemanha, Robert Alexy²² formula sua teoria dos direitos fundamentais, em 1979, também em uma visão não-positivista. Na Itália, Zagrebelsky,²³ em 1992, toma a mesma postura.

Nesse ponto, é importante frisar que, apesar do fato de Dworkin ter se destacado como o primeiro autor recente a discutir essa temática, a reflexão sobre a posição dos princípios no ordenamento não deixou de existir anteriormente a ele. André Rufino do Vale (2009, p. 41-61) ressalta a contribuição

²¹ O primeiro trabalho de Ronald Dworkin sobre o tema foi *The model of rules* publicado em 1967. Sua teoria foi aprimorada no texto *Taking rights seriously* de 1977. A tradução deste para o português ocorreu em 2002 pela Martins Fontes com o título *Levando os direitos a sério*.

²² Robert Alexy foi posterior; seu primeiro trabalho sobre a temática foi publicado em 1979, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, trabalho que foi incorporado à obra *Theorie der Grundrechte*.

²³ O título original de sua obra sobre o tema, publicada em 1992, é *Il Diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*. A tradução para o espanhol se deu sob a rubrica *El derecho dúctil*, cuja primeira edição é de 1995. Não há tradução para o português.

de Josef Esser, ainda em 1961, para a discussão²⁴. Tanto ele quanto Karl Larenz, este com os princípios do direito justo, tiveram forte influência nas ideias de Alexy. Também destaca que Roscoe Pound traz nítidas influências sobre o pensamento de Dworkin (VALE, p. 41). Contudo, ante a delimitação do objeto do presente trabalho, a contribuição desses autores não será analisada.

No presente trabalho, serão analisados centralmente os dois autores mais influentes sobre o que se convencionou chamar de pós-positivismo, Alexy e Dworkin. A presente análise – sem a pretensão de completude, frise-se – tomará como base o pensamento de Alexy, por entender que sua teoria é mais completa que a de Dworkin, sobretudo ao não identificar uma única resposta correta como decisão jurídica.

Para Barroso (2007, p. 22), o pós-positivismo é a corrente que perpetrou a "confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo". Da mesma forma, para André Rufino do Vale (2009, p. 31) e para Manuel Atienza (2004, p. 309), o neoconstitucionalismo combina aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico em uma só corrente. É, pois, uma posição eclética que tenta conciliar as duas correntes antagônicas anteriores.

Sobre a confluência das duas correntes anteriores, André Rufino do Vale (2009, p. 33) chega a duas conclusões: 1) a complexidade das normas constitucionais não pode ser explicada exclusivamente a partir do positivismo ou do jusnaturalismo, tampouco do realismo jurídico; e 2) aspectos diferentes de cada uma das teorias são imprescindíveis para poder compreender as normas fundamentais no fenômeno constitucional contemporâneo. Assim, conclui o autor que "a compreensão das normas de direitos fundamentais pressupõe uma teoria a

²⁴ Pietro Sanchís (2000, p. 17) lembra que, desde a época das codificações, existem posicionamentos doutrinários que informam que o direito não se compõe somente de normas.

mesmo tempo integradora – de aspectos relevantes do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico – e superadora – de tratamentos isoladamente positivistas, jusnaturalistas e realistas” (VALE, 2009, p. 33).

Então, na contemporaneidade, a longa discussão entre positivistas e jusnaturalistas não tem mais razão de ser. Antônio Cavalcanti Maia (2009, p. 7) aduz que o pensamento jurídico contemporâneo está *além* da querela entre jusnaturalismo e positivismo jurídico²⁵. Assim, o foco central da filosofia do direito não é mais a verificação de qual das teorias passadas deve prevalecer. O que se busca atualmente são as bases de uma nova teoria: o pós-positivismo.

As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como a) a *abertura valorativa do sistema jurídico* e, sobretudo, da *Constituição*; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a *Constituição* passa a ser o *locus* principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica.

Um grande desafio está lançado, o de buscar a justiça dentro de uma sociedade pluralista. Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho (apud VALE, 2009, p. 21), “se a sociedade é plural, a *Constituição* deve ser pluralista”, a qual tem na justiça seu referente principal. Esse é, em essência, o pensamento central do neoconstitucionalismo, cuja matriz filosófica será agora esmiuçada.

2.1. A questão dos valores: *abertura valorativa do sistema*

Por trás de toda *norma* há valor. Na configuração do *dever ser* positivado em uma

²⁵ No mesmo sentido, Alfonso Garcia Figueroa (2003, p. 197, tradução nossa) ensina que há uma “superção do paradigma que rege a dialética positivismo/jusnaturalismo em favor de um modelo neoconstitucional”. André Rufino do Vale (2009, p. 32) pensa da mesma forma, pois informa que os direitos fundamentais “são, simultaneamente, direitos positivos e direitos naturais (morais)”.

norma jurídica há um plexo de valores que lhe deram origem. O que não significa dizer que *direito* se confunde com a *moral*. Miguel Reale (2006, p. 42), ao expor a teoria do *mínimo ético*, informa que o direito “representa apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver”. O direito é, portanto, parte da moral, armada de garantias específicas.

Todavia, existem atos juridicamente lícitos que podem não o ser do ponto de vista moral, podem ser imorais ou, no mínimo, amorais. Então, apesar de ser influenciado pela moral – com acréscimo de garantias, ou sanções, que lhe conferem o caráter obrigatório²⁶ –, há que se distinguir um campo de direito que não se confunde com a moral (REALE, 2006, p. 43). O primeiro é *deontológico* enquanto o segundo é *axiológico* (FIGUEROA, 2009a, p. 125).

Mas como a moral se interrelaciona com o direito? Alguns valores socialmente relevantes são recepcionados pelo direito e, a partir de então, ganham coercibilidade e todas as suas demais características. Esse processo se dá em regra segundo ações racionais de escolha pelo legislador, as quais apresentam margens de decisão livre, ou seja, pode não haver identidade com a moral, como nos casos das leis injustas já citadas. Mesmo assim, Reale (2006, p. 33-34) assevera que a obrigatoriedade do direito vem *banhada de exigências axiológicas*, uma vez que os valores sociais fizeram parte da confecção da norma jurídica, isto é, “toda norma enuncia algo que *deve ser*, em virtude de ter sido reconhecido *um valor* como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório”.

²⁶ Não há espaço para longas divagações entre direito e moral, como diferenciar a coercibilidade do direito e a impossibilidade de coerção da moral, ou aprofundar entre a característica jurídica de heteronomia e a autonomia da moral em face da impossibilidade de sua imposição por terceiros. Os aspectos que serão apresentados são os considerados estritamente necessários à análise da ampliação do conteúdo axiológico do direito e, mais especificamente, da *Constituição*.

É nesse sentido que Alexandre Walmott Borges (2009, p. 58) enuncia que é uma trama de valores sociais que reflete nas normas jurídicas. A coletividade expressa opiniões comuns sobre os valores relevantes para si, os quais servem como fundamento para a produção de textos normativos. A produção normativa, contudo, não decorre de fatos, ou de um simples recorte de condutas, mas antes de “uma valoração que é estabelecida sobre os fatos”; então, “as normas jurídicas são decorrência de valorações comuns sobre fatos/condutas, reputados valiosos (...) e aí a sua inserção no ordenamento” (BORGES, 2009, p. 59). Dessa forma, os valores jurídicos indicam, também, “as finalidades a serem alcançadas pelo ordenamento”, uma vez que expressam valores sociais como justiça, segurança, igualdade, paz (CASTILHOS, 2009, p. 778).

Visto que os valores integram o direito no momento de sua constituição, é importante a busca por um significado de *valor* para, então, verificar como ele passa a ingressar no ordenamento, em um segundo momento, por intermédio dos princípios. Robert Alexy, embasando-se nos ensinamentos de von Wright, afirma que os conceitos axiológicos são aqueles que giram em torno do que *é bom*, do que *tem valor*. São utilizados quando algo pode ser qualificado como bom; “como bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito” (ALEXY, 2008b, p. 145).

Alexandre Walmott Borges (2009, p. 64) informa que “o valor é dado pela vivência que dele temos, daquilo que é valioso”; por isso, os valores são relações de adaptação, em que se estabelece o valor positivo e o valor negativo. Então, reconhecer algo como valioso “é emitir juízo de valor sobre alguma coisa, é dar valor a alguma coisa”, de forma a polarizá-la como boa ou ruim (BORGES, 2009, p. 66). Relaciona-se com o complexo de sensações decorrente da relação do sujeito com os objetos que o circundam. Trata-se de juízo sobre se algo tem

ou não valor para determinado agente. Portanto, valor *é relacional*, depende da relação do sujeito com o objeto. É nessa relação que se descobre o que *é bom*, ou *é justo*, ou *tem valor*. Valor é a *qualidade* da coisa registrada para uma determinada pessoa, o sujeito.

Identificar o que é bom ou justo para determinada sociedade, em seu turno, é exatamente aferir os valores de seus integrantes. Com apoio em Pontes de Miranda, Walmott Borges (2009, p. 66) conclui que os valores são “escalas de ajustabilidade – em relação ao mundo – dos sentimentos do sujeito, numa escala que algo tem valor para alguém, no momento em que influencia a existência de outro, torna-se a representação e ajustabilidade objetiva”. Assim, os *valores sociais* são estimativas (valorações) de objetos feitas por vários atores da sociedade, somadas às valorações dos demais atores. Esse plexo de valores é internalizado no direito, em um primeiro momento, pelo Constituinte/legislador. Logo, os valores sociais são os fundamentos do dever ser.

É sabido que o Direito é uma *ciência social axiológica e normativa* (prescritiva). Miguel Reale já ressaltava, em sua *Teoria Tridimensional do Direito*, a relação dos fatos com valores e com as normas. Tanto no positivismo como no pós-positivismo, não se modifica a noção de que os valores ingressam o direito de alguma forma²⁷. A diferença entre as duas correntes, no que se refere ao ingresso de valores no sistema, é que no primeiro²⁸ os valores ingressam nas normas tão somente por meio da atividade legislativa, ou seja, a valoração entre o que é bom ou não para determinada sociedade em determinado contexto social é aferida pelo legislador. Isto é, a moral é elemento externo ao direito, uma vez positivada não mais interage com este.

²⁷ Não se está a afirmar que os valores são intrínsecos ao direito segundo a visão positivista – pois não o são. Nessa corrente, os valores são externos ao direito. Contudo, no momento da escolha de qual conduta será permitida e qual será proibida, são os valores que dão o norte ao legislador.

²⁸ Aqui a referência é ao positivismo clássico, exclusivo.

Nesse ponto calha uma observação: o legislador não tem a *obrigação* de se pautar nesses valores para construir a norma jurídica. Pode confeccioná-la independentemente deles, pois a regra de reconhecimento não contém um referencial valorativo, visto usar critério formal de validade. Mesmo em descompatibilidade com os valores sociais, se a regra tiver sido posta, deve ser aplicada. Portanto, não é cabível ao juiz, no momento de sua atividade de interpretação/aplicação, aferir a compatibilidade da norma com os valores sociais.

O magistrado somente aplica a lei, buscando a *vontade do legislador*, sem verificar se ela é boa ou não, se é justa ou injusta; não há aferição do conteúdo valorativo pelo aplicador da norma. A velha máxima de Montesquieu de que o juiz é a *boca da lei* se impõe. Com essa concepção, o positivismo jurídico não foi capaz de propiciar justiça às relações sociais. Um *vácuo de justiça* entre a confecção da norma e sua aplicação tornou-se o principal problema dessa argumentação filosófica. “Só uma forma incredivelmente tosca de positivismo jurídico – uma forma que aliás foi repudiada por Herbert Hart, o maior positivista de nosso século – poderia produzir esse tipo de isolamento” (DWORKIN, 2006, p. 57-58).

O pós-positivismo, ao contrário, cria sustentação jusfilosófica para que se possam buscar parâmetros de justiça ou equidade quando da aplicação concreta do direito. Isso se dá com a *abertura valorativa do sistema*. Nessa nova corrente, a forma e o momento da inserção dos valores no sistema são alterados; *os valores permeiam o sistema tanto no momento da confecção da norma como durante sua aplicação*. Os princípios são os carreadores dos valores nessa concretização. “Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido” (ALEXY, 2008b, p. 153). Assim, os valores servem-se dos prin-

cípios para oxigenar o sistema e, com isso, o direito passa a conter uma *pretensão de correção*²⁹. Até mesmo as regras, sobretudo as que contenham *conceitos jurídicos indeterminados* mas não somente elas, necessitam de um juízo de valor prévio do magistrado para a sua concreção (LARENZ, 2003, p. 406-413).

Com isso, o operador do direito pode identificar princípios norteados em valores relevantes e aplicá-los concretamente, mesmo que a lei não os contemple de pronto ou lhes seja contrária. Assim, é possível afastar determinada norma quando de sua aplicação em concreto com o escopo de se buscar uma solução justa. Os princípios jurídicos são aceitos, então, como “pautas axiológicas, abertas e indeterminadas” (MENDES et al., 2007, p. 121).

Sobre o tema, o posicionamento de Luís Roberto Barroso:

“O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender *uma leitura moral do Direito*, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais” (BARROSO, 2007, p. 22, grifo nosso).

Está posta a abertura valorativa do sistema jurídico. Robert Alexy (2008b, p. 29), ao enfatizar a necessidade de uma teoria dos princípios, afirma que um dos objetivos de sua pesquisa “é a reabilitação da tão depreciada teoria valorativa dos direitos

²⁹ Sobre a pretensão de correção do direito, vide artigo de Alexandre Garrido da Silva (2006, p. 336-340) com o título *Direito, correção normativa e a institucionalização da justiça* que examina com profundidade a obra de Alexy (2005, p. 35) intitulada *La institucionalización de la justicia*. A pretensão de correção refere-se à possibilidade de um enunciado normativo ser fundamentado ou justificado, com vistas a verificar se “o ato jurídico é material e procedimentalmente correto”.

fundamentais". Assim, o novo pensamento se afasta das decisões que tentam negar um mínimo de valoração quando da concreção das normas. Não se admite mais o isolamento do aplicador do direito em relação aos valores que respaldam e sustentam o direito. A leitura axiológica do direito em busca de ideais de justiça são admitidos e necessários na atual conjuntura. Decisões desprovidas de qualquer identificação de justiça, ao argumento da pura e simples vontade do legislador, não mais podem ser aceitas, sobretudo as opressoras da dignidade do ser humano.

Assim, a lei dá espaço aos princípios e estes, aos valores. Os princípios passam ao centro dos sistemas constitucionais e levam consigo os valores que lhes dão sustentação. A letra fria da lei não pode mais ser aceita incondicionalmente. Os valores oxigenam o sistema quando necessário; oxigenação essa que ocorre quando da aplicação concreta da norma. Cumpre ressaltar que, como será reforçado a seguir, a Constituição é a sede natural dos princípios e, por isso, a abertura do sistema se dá principalmente através dela. Não obstante, o sistema jurídico não abarca os princípios somente na Carta, por isso o pós-positivismo se aplica também aos demais ramos do direito. Mas sua principal seara é constitucional.

Para Alexy (Idem), a positivação dos direitos fundamentais representa "uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais". Mais à frente, ressalta que "o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico" (ALEXY, 2008b, p. 109). Assim, o direito se abre aos valores e se aproxima da moral.

Impende trazer à baila o entendimento de Dworkin (2006, p. 11) de que a leitura moral (axiológica) da Constituição evidentemente "não é adequada para a interpreta-

ção de tudo quanto uma constituição contém". As Constituições são permeadas por normas-regra e normas-princípio. Para as regras é que o autor afirma não ser adequada a leitura moral, *uma vez que não há que se falar em análise valorativa de uma norma-regra* como a que especifica a idade mínima para a elegibilidade de um Presidente em trinta e cinco anos. Nesse caso a leitura moral já foi feita pelo legislador.

As normas-regra constitucionais caracterizam-se por serem fechadas, casuísticas, com reduzido grau de abstração. Quando da criação dessas regras, pelo Constituinte, é que se analisam e ponderam os valores sociais envolvidos. Com as regras, a verificação valorativa se dá previamente³⁰. Não cabe, *em regra*, ao intérprete essa aferição, porque todos os critérios para subsunção do caso concreto foram objetivamente delineados pelo legislador. Mais à frente será demonstrado que, por exceção, também é possível a leitura valorativa das regras. Por hora, essa ideia geral de que a leitura moral não se faz necessária à interpretação das regras é bem-vinda. Então, a ampliação valorativa da aplicação do direito ou a interpretação moral da Constituição (Dworkin) restringe-se, *em regra*, às normas abertas e com maior abstração denominadas princípios ou normas-princípio.

Nesse cenário, há a inclusão, nos textos constitucionais contemporâneos, "de vários *standards morais*, na forma de princípios, valores e direitos fundamentais, já que tais *standards* realizam uma plasmação jurídica de conteúdos de natureza moral nos ordenamentos jurídicos hodiernos" (MAIA, p. 10). É por isso que "os princípios constitucionais abriram uma via de penetração moral no direito positivo" (Idem, p. 6).

Cumpre frisar o destaque de André Rufino do Vale (2009, p. 7) no sentido de que as normas constitucionais contêm duas faces; "além dos elementos deontológicos",

³⁰ Nisso, não há discordância entre positivismo e pós-positivismo.

possuem um caráter axiológico, “de conteúdo valorativo”. É dizer: essas normas, além de seu caráter normativo a ser verificado no mundo do *dever ser* (deontológico), apresentam um forte *conteúdo valorativo* (axiológico). É essa forte carga axiológica que acarreta a inevitável submissão de sua aplicação aos processos de argumentação jurídica, conforme se verá mais à frente. Os princípios, com sua grande carga valorativa, são os que se sujeitam de maneira mais evidente a sua interpretação/aplicação por meio da influência dessa argumentação. Portanto, os princípios constitucionais “constituem uma ponte entre direito e moral” (COMANDUCCI, 2009, p. 87).

Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 14-15), ao explicar sua ideia de ductilidade constitucional, afirma que hoje uma Constituição deve basear-se necessariamente na coexistência de *valores e princípios* para não renunciar a sua *unidade e integração* e, ao mesmo tempo, não se fazer incompatível com sua base material pluralista; para tanto, “exige que cada um de tais valores e princípios se assumam com caráter não-absoluto, compatível com aqueles outros com os que devem conviver”. Para ele, existiria somente um valor, mais precisamente um metavalor, que teria caráter absoluto, qual seja, a suprema exigência constitucional de toda sociedade pluralista de se preservar como tal.

Mais adiante, Zagrebelsky (Idem, p. 16-17) apresenta a *aspiração de convivência* dos princípios e valores. Apesar de parecer conceitualmente impossível, por ser altamente desenhado na prática, atualmente se aspira não à prevalência de um só valor ou princípio, mas à salvaguarda de vários simultaneamente. Os Tribunais devem, então, buscar uma *concordância prática* da diversidade valorativa com “prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um decréscimo conjunto” (Ibidem, tradução nossa).

A grande discussão entre jusnaturalistas e juspositivistas girava em torno da relação entre direito e moral. Apesar de a pendenga entre essas correntes ter sido apartada, essa relação é uma das questões mais complicadas, se não a mais, da filosofia jurídica. Mas o neoconstitucionalismo modifica um pouco esse cenário, a ponto de Alfonso García Figuerola (2009a, p. 207, tradução nossa) constatar que “o direito já não é mais o mesmo desde que se consumou certa constitucionalização do ordenamento e nosso universo moral já não é mais o mesmo desde a consolidação de teorias construtivistas e especificamente discursivas”; as transformações substanciais experimentadas tanto pelo direito como pela moral dissociaram a lógica da discussão que era mantida até hoje. É nesse cenário que a teoria não-positivista entende a convivência entre direito e moral.

2.2. Normas jurídicas: princípios e regras

Antes de tudo, faz-se necessário diferenciar os *princípios hermenêuticos* dos *princípios jurídicos*. Os primeiros, segundo Canotilho (2003, p. 1161), desempenham uma função argumentativa na busca da revelação de normas expressas em enunciados legislativos. Os segundos são os que ora serão tratados.

Qual é a posição dos princípios jurídicos no ordenamento jurídico? Essa é a pergunta que os filósofos do direito tentam explicar na atualidade. Paulo Bonavides (2009, p. 288), ao respondê-la, ressalta que “não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade (...) a distinção não é como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e princípios a espécie”.

Para o pensamento positivista clássico, *princípios* não eram considerados *normas*; quando muito, fórmula integradora do sistema ou critério de hermenêutica. A partir dos estudos dos teóricos citados acima, sobretudo de Dworkin de 1967 e Alexy

de 1979, o pós-positivismo logrou trazer os princípios à sua atual configuração: *espécie de norma jurídica, ao lado das regras*. Foi reconhecida aos princípios densidade normativa suficiente para reger diretamente as relações intersubjetivas.

Os autores estudados têm um pensamento comum no sentido de entender os princípios como normas jurídicas. As distinções e compatibilidades entre o pensamento de cada um deles serão apresentadas a seguir com o intuito de demonstrar, principalmente, a coesão e proximidade nas linhas centrais de seus estudos.

Para Robert Alexy (2008b, p. 87) “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”. Os princípios podem, como as regras, ser formulados no plano deontico como premissas básicas do dever, da permissão ou da proibição. São, pois, razões para regulação da conduta concreta dos cidadãos, uma vez que estabelecem fórmulas de dever-ser. Para Dworkin (2002, p. 39), as duas espécies de normas podem ser entendidas como conjuntos de padrões que “apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas”. Ou seja, tanto princípios como regras impõem padrões de conduta aos cidadãos, caracterizados como normas jurídicas.

Humberto Ávila (2009, p. 25), por seu turno, também entende os princípios como normas jurídicas, posto que eles, “indiretamente, estabelecem espécies de precisas de comportamentos”. No mesmo sentido, Paulo Bonavides (2009, p. 275), Paulo Gustavo Gonet Branco (apud MENDES et al., 2007, p. 273), entre outros. Portanto, dúvida não há, na atual dogmática, de que os princípios são normas e, como tal, têm o poder de regular diretamente condutas. Além disso, mantêm função estruturante do sistema, alicerçando as bases para a correta interpretação do direito.

André Rufino do Vale (2009, p. 5) ressalta a *irresolvida imprecisão conceitual* acerca da configuração contemporânea

dos princípios, que causa “um certo abuso de utilização nos mais variados contextos teóricos e argumentativos, segundo os mais diversos propósitos e pontos de vista”; imprecisão essa que é verificada, sobretudo, na interpretação de casos difíceis, em que os princípios são utilizados como soluções a todos os problemas de concreção do sistema, constatação com a qual o presente trabalho concorda. É por isso que se deve tomar o devido cuidado para não transformar o direito em uma questão unicamente principiológica.

Acrescente-se ainda outro conteúdo teórico a ser verificado: a distinção entre princípios e regras. Nessa seara, Alexy (2008b, p. 85) ressalta que “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”. Esse também é um dos pontos centrais do pensamento neoconstitucional, que prima pela concretização dos direitos fundamentais, bem como das teorias de Dworkin (2002), Barroso (2007), entre outros. Todavia, é relevante ressaltar a crítica de Humberto Ávila (2009, p. 26) de que a “distinção entre princípios e regras virou moda”, fazendo com que o tema ganhe tons de unanimidade; fato que resulta em uma posição acrítica dos teóricos: “são dessa maneira, e pronto”.

Em outra passagem, Ávila (Idem, p. 39) identifica que duas são as principais formas de distinção entre regras e princípios, uma *forte* (Alexy e Dworkin³¹) e uma *fraca* (Esser, Larenz, Canaris). André Rufino do Vale (2009, p. 39) explica que a “tese forte defende uma diferenciação qualitativa e exaustiva: as normas ou são regras ou são princípios. (...) A tese da distinção débil [fraca] adota uma distinção meramente gradual”.

Canotilho (2003, p. 1160) apresenta as dessemelhanças entre regras e princípios segundo as diversas visões teóricas, conju-

³¹ Acrescenta-se que Zagrebelsky (2007, p. 109-111) também defende a distinção forte entre ambas as espécies normativas.

gadas em cinco categorias, a saber: a) *grau de abstração* [Esser, Larenz, Borowski]: os princípios são normas com grau elevado de abstração, enquanto as regras possuem abstração relativamente reduzida; b) *grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto [Esser, Larenz]: os princípios carecem de intermediação concretizadora, por serem vagos e indeterminados, as regras aplicam-se diretamente; c) *caráter de fundamentalidade* no sistema de fontes no direito [Guastini, Borowski]: os princípios são normas de natureza estruturante com papel fundamental no ordenamento devido a sua posição hierárquica; d) *'proximidade' da ideia de direito* [Larenz, Dworkin, Borowski]: “os princípios são ‘standars’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia e direito’ (Larenz)”, nas regras a vinculação abrange um conteúdo meramente funcional; f) *natureza normogênica* [Esser, Canaris, Castanheira Neves]: os princípios são as razões para as regras, são as normas que estão na base, por isso desempenham uma “função normogênica fundamental”.

Adiante será apresentada a *distinção forte*, utilizando como marco teórico Robert Alexy; as referências a Dworkin e demais autores servirão somente para demonstrar as similaridades ou divergências com o marco teórico. Consoante constatação de Andreas Krell (2002, p. 82), “os constitucionalistas modernos [entenda-se contemporâneos] seguem em grande parte as teorias do filósofo alemão Robert Alexy e do norte-americano Ronald Dworkin, que dividem as normas jurídicas em *regras e princípios*”. Portanto, a análise dos autores escolhidos se respalda na pesquisa das teorias originais sobre o tema.

Na comparação com Alexy, Dworkin³² apresenta algumas diferenças. Cumpre destacar, porém, que o trabalho do primeiro

³² É o próprio Alexy (2008b, p. 91) que faz essa consideração; na nota de rodapé nº 27, informa que a distinção por ele apresentada assemelha-se à proposta de Dworkin, mas “dela se difere em ponto decisivo:

teve inspiração no do segundo, mas Alexy parece ter conseguido aprimorar o trabalho de Dworkin. Ambos distinguem regras de princípios segundo um *critério qualitativo*³³. A tese de Robert Alexy se estabiliza em três pilares fundamentais: a tese da *otimização dos princípios*, a *lei da colisão* entre eles e a *ponderação* como critério para sua concreção.

Para Alexy (2008b, p. 90), princípios³⁴ são normas que “ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, para dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. São *mandamentos de otimização* que podem ser satisfeitos em graus variados, uma vez que a medida de

a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização”.

³³ Alexy (2008b, p. 90) expressamente assim se manifesta. André Rufino do Vale (2009, p. 63) e Humberto Ávila (2009, p. 37-40) concordam que Alexy e Dworkin utilizam uma distinção qualitativa.

³⁴ O próprio Alexy (2008b, p. 109-116) tece três objeções ao seu conceito de princípio, mas responde a todas elas. A primeira objeção é de que haveria colisões de princípios que poderiam ser resolvidas por meio da invalidade de um deles. Então ele argumenta que isso só ocorre quando se trata de princípios extremamente fracos que são preteridos em todos os casos; nesse caso esses princípios fracos são afastados do ordenamento diante de sua invalidação perante os demais. Os conflitos entre os princípios só se dão no âmbito da validade para retirar princípios fracos do ordenamento, como o da segregação racial. Contudo, as colisões entre princípios ocorrem sempre no interior do ordenamento, ou seja, a colisão pressupõe a validade dos princípios colidentes, o que reafirma sua teoria. A segunda sustenta que existem princípios absolutos que nunca podem ser colocados em relação de preferência com os demais. Esses princípios extremamente fortes não encontrariam limites jurídicos, apenas limites fáticos, o que afastaria a lei da colisão. Em sua resposta, ele traz o princípio da dignidade da pessoa humana e diversos julgados do Tribunal Constitucional para relativizar o princípio e não a regra da dignidade do homem. O princípio da dignidade pode ser satisfeito em maior ou menor grau. A terceira, que o conceito de princípio é muito amplo, por isso inútil, pois abarcaria todo e qualquer interesse. Por ser a mais fraca das objeções, o autor se limita a apontar a prevalência de sua teoria sobre a de Dworkin. Alexy entende que os princípios englobam os direitos coletivos e cita diversos exemplos do Tribunal Alemão para tanto. Dworkin, de forma contrária, entende os princípios restritivamente, sem englobar os direitos coletivos, os quais seriam *políticas*.

sua satisfação depende de possibilidades fáticas e, também, de possibilidades jurídicas. Estas delimitam o âmbito de aplicação dos princípios conforme as regras e princípios colidentes. É dizer: as possibilidades jurídicas de aplicação dos princípios são dadas pela lei da colisão. Os princípios são, então, satisfeitos em maior ou menor grau a depender das limitações e possibilidades fáticas (se os fatos se adéquam ou não à norma) e jurídicas (colisão potencial com outros princípios) para sua concreção. Essa é a tese da otimização.

As regras, por sua vez, “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008b, p. 91). Ou seja, se ocorre a subsunção (adequação exata) do fato à regra, seus efeitos devem ser produzidos exatamente como determinado na própria regra. Não há uma aplicação em graus variados, mas, sim, uma aplicação completa ou total da regra.

Quanto à produção de efeitos, os princípios instituem obrigações *prima facie* porque podem ser superadas, ou ter reduzido seu âmbito de abrangência em face da colisão com outro princípio – sua concreção específica se dá com a delimitação de sua amplitude pelos demais princípios. São aplicáveis em maior ou menor medida a partir do diálogo com os demais (lei da colisão). Segundo essa lei (Idem, p. 93-103), se dois princípios colidem, um deles deve ceder; em determinadas condições, um terá precedência (maior peso no caso concreto específico) sobre o outro. Em outras condições, a solução pode ser inversa, uma vez que não há um grau de precedência abstrata ou absoluta entre os princípios. Haverá, pois, uma relação de precedência condicionada, que será *concreta* ou *relativa*, e não *abstrata* ou *absoluta*³⁵.

³⁵ Esse entendimento de que não há uma precedência abstrata ou absoluta de um princípio sobre

Como dito, são as condições que, segundo a carga argumentativa que se lhe imponha, fazem com que um princípio tenha precedência sobre o outro. É dizer: a colisão de princípios fixa o seu conteúdo, sua amplitude é dada com a aplicação em concreto dessas normas, colisão essa que ocorre na *dimensão de peso*³⁶, para além da dimensão de validade.

Enquanto as regras têm um caráter *prima facie* diferenciado³⁷, estatuem obrigações *definitivas*, uma vez que, em regra, não são superáveis por outras normas. Caso um fato se subsuma a uma regra, seus efeitos devem ser produzidos assim como nela estabelecidos. Seus efeitos já são conhecidos, o que impõe uma solução definitiva. No caso de *conflito entre as regras*, somente duas hipóteses podem ocorrer: 1) uma é declarada inválida em face de outra ou 2) ambas continuam válidas em face da *cláusula*

os demais, mas, sim, uma precedência concreta ou relativa que se dá na concreção do Direito, foi ressaltado no julgado do Tribunal Federal Alemão BVerfGE 51, 324 (345), conforme Alexy (2008b, p. 97). Noutro trecho, Alexy (Idem, p. 111-114) demonstra que nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana tem precedência absoluta sobre os demais.

³⁶ Alexy (2008b, p. 94) concorda com as teorias de Dworkin sobre a dimensão de peso dos princípios, inclusive cita na nota de rodapé nº 31 sua concordância com esse ponto da obra *Levando os Direitos a Sério*.

³⁷ Alexy (2008b, p. 104) afirma que as regras assumem um caráter definitivo, mas essa determinação pode falhar diante das possibilidades fáticas e jurídicas; isso não ocorrendo, “vale definitivamente aquilo que a regra prescreve”. Esse caráter de definitividade de sua extensão pode, porém, ceder diante de outros princípios. Aí está o caráter *prima facie* também das regras. Para se afastar o caráter definitivo de uma regra, é preciso haver duas razões de precedência ou de peso: uma entre os princípios materiais, ou seja, um princípio deve ter precedência em um caso sobre o princípio que sustenta a regra, e outra entre princípios materiais e formais, é dizer, deve também ser atribuído peso maior àquele princípio que aos princípios formais que afirmam que as regras são criadas por autoridades legitimadas e, por isso, devem ser seguidas; os princípios formais devem ser afastados para se retirar o caráter definitivo da extensão das regras. “Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras” (Idem, p. 105). Esse é o caráter *prima facie* das regras.

la de exceção de uma delas (Ibidem, p. 92-93). Com isso, as regras são aplicadas segundo uma dimensão de validade – se não houver cláusula de exceção e se se verificar uma incompatibilidade entre regras, uma delas será declarada inválida.

A última face da distinção para Alexy (2008b, 116-120) refere-se ao processo de aplicação das normas, segundo a *máxima proporcionalidade*³⁸. A aplicação dos princípios deve se dar segundo critérios de proporcionalidade, nessa ordem: *adequação* (apropriação do meio para se atingir o fim), *necessidade* (utilização do meio menos gravoso para atingir o mesmo fim) e *proporcionalidade em sentido estrito* ou *ponderação* ou *sopesamento*, decorrente da relativização em face das possibilidades jurídicas; os dois primeiros referindo-se às possibilidades fácticas, enquanto o último às possibilidades jurídicas, a partir da medida dos demais princípios em cotejo. Esta *lei do sopesamento* mostra sua divisão em três passos: 1) avalia-se o grau de não satisfação de um dos princípios; 2) verifica-se a importância de satisfação do princípio colidente; e 3) pondera-se se a importância de satisfação do colidente justifica a não satisfação do primeiro (ALEXY, 2008b, p. 594).

Visitando as teorias de Dworkin (2002), o primeiro a recentemente enfrentar o positivismo com critérios racionais, são encontradas as críticas à ideia positivista de que o direito é um conjunto de regras ou de leis, sobretudo por não compreender o processo de argumentação dos casos difíceis (*hard cases*). Ele se declarava um antipositivista.

Para Dworkin (2002, p. 36), princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”. Os

³⁸ Teoria que, segundo o Tribunal Constitucional Alemão, decorre “da própria essência dos direitos fundamentais” e demonstra uma conexão estreita com a teoria dos princípios (ALEXY, 2008b, p. 117).

princípios³⁹ contêm somente fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios para a aferição de seu conteúdo concreto. Os princípios não estabelecem de pronto os efeitos de sua aplicação, mas somente condições argumentativas para tanto. Se dois princípios entram em conflito, o que tiver o maior peso ou importância em um determinado caso concreto deve ser aplicado, afastando-se o de menor peso. Essa é a *dimensão de peso* existente entre os princípios.

As regras, por outro lado, “são aplicadas à maneira tudo-ou-nada” (DWORKIN, 2002, p. 39)⁴⁰. Quando um fato se subsume à regra, ela deve ser aplicada; caso contrário, não gera qualquer efeito. É dizer: as regras apresentam “consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (Idem, p. 40). A subsunção é, portanto, o modelo adequado para a aplicação das regras. No caso de conflito, dois fatores delimitam a aplicação das regras, a validade e a exceção.

A regra ou é válida ou não é. Sendo válida, sua resposta ou consequência deve ser aceita; não o sendo, em nada contribui para a decisão. O conflito entre elas, como em Alexy, dá-se em uma dimensão de validade. Se há conflito entre duas regras, uma deve ser considerada inválida; para tanto, serão considerados os critérios clássicos: hierárquico, cronológico e da especialidade.

Outro fator que possibilita que as regras não produzam efeitos, mesmo ocorrendo seu preenchimento fáctico, são as exceções. Mas, para tanto, as regras devem enunciar

³⁹ Dworkin (2002, p. 35-46) entende que os princípios são restritos aos direitos individuais, enquanto os direitos coletivos estariam na vertente por ele denominada políticas. Pensamento diverso da teoria de Alexy (2008b, p. 114-116) de que os princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos.

⁴⁰ Nesse ponto é possível verificar divergência entre a teoria de Alexy e Dworkin. Para Alexy (2008b, p. 103-106), a medida ‘tudo-ou-nada’ não é uma maneira mais adequada; o modelo de Dworkin “é, contudo, muito simples”.

todas as possibilidades de sua não aplicação, vez que, se assim não o fizer, seu conteúdo “será impreciso e incompleto (...) [porque] pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas” (Ibidem). Esse é um ponto de crítica de Alexy (2008b, p. 104), na medida em que ressalta que as cláusulas de exceção não são “nem mesmo teoricamente enumeráveis”⁴¹.

Ao analisar diversos autores, entre os quais Alexy e Dworkin, Alfonso García Figueroa (2003, p. 202, tradução nossa) informa que, aparentemente em um plano pragmático, a referida distinção parece apresentar uma concordância entre os juristas, que “tem a ver com uma *maior determinação semântica das regras* e uma certa *carga axiológica dos princípios*”, além da aplicação subsunciva das regras e de uma atividade de ponderação dos princípios. A diferença pragmática parece consistir em que os princípios exigem uma maior atividade argumentativa por parte do aplicador do direito.

Há ainda que se destacar que os princípios se propõem a uma abertura da Constituição (e do direito) aos valores sociais, permitindo a oxigenação do sistema. Alfonso Figueroa (2009a, p. 119-131, tradução nossa), em obra mais recente, informa que, em um ordenamento jurídico que se apresenta em uma dimensão axiológica pluralista [como o Brasil], “deve manifestar-se através de uma estrutura deontológica especial caracterizada por certa flexibilidade, e a noção de flexibilidade se expressa sob os Estados Constitucionais através da propriedade da *derrotabilidade*”. Essa derrotabilidade se expressa por meio dos princípios⁴², se o que se propõe é “o cumprimento de um princípio (derrotável) e não o cumprimento de uma regra

⁴¹ No mesmo sentido, Genaro Carrió (apud VALE, 2009, p. 107).

⁴² Refere-se ao que Alexy demonstrou ser a *relatividade* dos princípios; diante de casos concretos, cedem aos outros princípios incidentes, podendo deixar de ser aplicado.

(inderrotável) poderá seguir mantendo a confiabilidade da Constituição apesar de que suas normas possam ser eventualmente inadimplidas por uma boa razão”. Com isso, abre-se espaço para a Constituição continuar vigente e compatível com os anseios sociais por longo período⁴³. Também com esteio em von Wright, Figueroa (Idem, p. 125) continua

“Pois bem, é interessante comprovar que a axiologia pluralista da Constituição exige no plano deontológico um tipo de norma especial porque uma axiologia pluralista (de cunho construtivista) requer uma deontologia flexível (de cunho principialista). Não só isso. Requer normas capazes de expressar ideais. A deontologia (o tipo de norma) que requer uma axiologia (um tipo de valor) baseada em ideais é também especial nesse sentido. (...) a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito supõe em boa medida a transformação de um direito deontológico (puramente normativo) em um direito axiológico (puramente valorativo)”.

Dessa forma, seria possível consignar que um *valor constitucional* seria algo constitucionalmente *desejável*, o qual se expressaria mediante os princípios. Um *princípio constitucional* deriva de um *valor/ideal constitucional* e este deriva de um *valor social*. Assim, existiria, na visão de Figueroa (Idem, p. 127), “uma conexão prática entre os valores e os princípios constitucionais”.

Canotilho (2003, p. 1173-1175) ainda assevera que a Constituição convive com um *sistema interno de regras e princípios*, em que os *princípios estruturantes* contêm as diretivas básicas da ordem constitucional, seguidos dos *princípios constitucionais gerais* e dos *princípios constitucionais específicos*

⁴³ Nesse aspecto, é só verificar a Constituição dos Estados Unidos, que prevê o mesmo princípio da igualdade, mas já admitiu a teoria dos *separados mas iguais*.

e das *regras constitucionais*. Esse sistema não se desenvolve apenas na direção das normas mais densas para as menos densas, ou vice-versa; mostra-se como um processo de esclarecimento e condicionamento recíprocos que resultam na própria unidade da Constituição. Há, pois, a *coexistência* de regras e princípios em uma Carta constitucional.

Enfrentada a distinção entre princípios e regras, o próximo ponto é identificar como os princípios ganham importância no sistema e seu deslocamento dos códigos para as Constituições.

2.3. Constituição: locus principal dos princípios

Os princípios são pautas abertas oxigenadoras do sistema com valores, mas não quaisquer deles, somente os mais relevantes para toda a sociedade. São o pilar central do ordenamento jurídico e, por isso, possuem forte presença no corpo das Constituições contemporâneas. Paulo Bonavides (2009, p. 288), em conclusão de sua incursão teórica sobre os princípios, assevera:

“a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados (...) com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.”

Os princípios têm duas características principais: *contêm* os valores que a sociedade entende como estruturantes do sistema e, por outro lado, servem de *carreadores* desses valores para o ordenamento jurídico. O primeiro aspecto explica sua inserção nos textos constitucionais, visto que a Constituição é o ápice do sistema e os princípios jurídicos são construídos com os valores so-

ciais máximos. Tornam-se, pois, as normas supremas do ordenamento; convertem-se em *norma normarum*, norma das normas (BONAVIDES, 2009, p. 290).

A evolução histórica do direito demonstra que os códigos que outrora ocuparam o *locus* central do ordenamento cedem esse lugar às Constituições, processo que ocorre durante os séculos XIX e XX. Com isso, os princípios migram dos códigos para as Constituições. Como observa Luís Sérgio Mamari Filho (2005, p. 18), no pós-positivismo os princípios “são deslocados dos códigos para os textos constitucionais. Tal mudança (do Direito Privado para o Direito Público) lhes garantiu terrenos férteis, possibilitando a ampliação da abrangência de sua aplicação”.

A Constituição passa a ser o local próprio para os princípios; passa ao *epicentro* das discussões jurídicas com a superação da era dos códigos, irradiando efeitos sobre a atividade política e jurídica. As Constituições são centrais para o século XX e XXI como os códigos foram para o século XIX. George Marmelstein (2008, p. 12) também ressalta essa posição central dos princípios no ordenamento, bem como sua sede constitucional. Os princípios saltam “dos Códigos (...) para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais” (BONAVIDES, 2009, p. 289).

Nesse panorama, a Constituição é o centro do sistema jurídico e, como tal, deve conter os valores máximos da sociedade, contidos nos princípios. André Rufino do Vale (2009, p. 24) também corrobora o pensamento ora exposto ao frisar que a “Constituição é marcada pela presença de princípios”, que constituem a positivação (expressão normativa) dos valores centrais da comunidade e que influenciam todo o ordenamento jurídico e vinculam as atividades públicas e privadas. Os princípios passam ao *coração das Constituições* (VALE, 2009, p. 281).

Vale lembrar que nos códigos a posição dos princípios é secundária, ancilar. O fenômeno de deslocamento da sede dos princípios é intrinsecamente ligado à alteração de sua essência, sua função supletiva ou subsidiária, conforme o pensamento juspositivista, dá espaço à *normatividade dos princípios* (BONAVIDES, 2009, p. 288).

A sede constitucional dos princípios não impede, contudo, que eles existam fora da Constituição. Há princípios jurídicos, com força normativa, nos vários microssistemas de direito público e privado, os quais são específicos a cada um deles. Inserem-se nos códigos gerais ou nas normas específicas. Mas regulam situações restritas, específicas de cada um deles, como no direito tributário, administrativo, empresarial, etc. Não obstante, os valores fundamentais da sociedade, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana ou a presunção de inocência, estes, sim, expressa ou implicitamente, têm sede constitucional por meio dos princípios que os contêm.

2.4. Aumento do foco político no Judiciário

A *norma jurídica* não se confunde com o *texto da norma*, mas reflete os sentidos decorrentes da interpretação de seu texto. Normas são “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, 2009, p. 30). Os dispositivos normativos (texto) são o objeto da interpretação, enquanto a norma é o seu resultado. Em suma, o *texto da norma* não se confunde com a própria *norma*, a qual surge com a interpretação. A norma jurídica se extrai, pois, do processo interpretativo. Por isso, Eros Roberto Grau (2005, p. 26,60) observa que a atividade do intérprete consiste em *construir* o significado da norma.

O *significado* das palavras não é intrínseco ao seu *signo*, mas depende precisamente de sua interpretação. Surge a partir da relação do sujeito que tem a função de interpretá-la. A norma, da mesma forma, surge a partir de sua aplicação/interpretação. Ou seja, a atividade do intérprete – quer

jugador, quer cientista – não consiste em “meramente descrever o enunciado previamente existente dos dispositivos” (ÁVILA, 2009, p. 32). É dizer, interpretação é *ato de decisão* e não de *descrição* de um significado previamente dado. O intérprete *constrói* o significado da norma, pois seu texto tem “*un sentido todavía por precisar*” (ALEXY, 2008b, p. 34)

Humberto Ávila (2009, p. 24) acrescenta que a “transformação de textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete”. É o intérprete da norma que fixa a sua extensão e abrangência. Quanto mais *abertos* forem os termos das disposições normativas, mais nítida se mostra essa qualidade. Portanto, é na interpretação dos *princípios*, que se apresentam em regra com densidade normativa, que o intérprete é mais exigido⁴⁴.

Com isso, na atual configuração da filosofia do direito e do direito constitucional, cabe ao aplicador do direito a fixação do conteúdo das normas constitucionais, sejam princípios ou regras. Além disso, até mesmo a *identificação de princípios* passa a ser função do intérprete, uma vez que alguns princípios podem não ser expressos. Alexy (2008a, p. 109) ressalta “a desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positividade detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito”.

A atividade de interpretação de textos normativos deve ser entendida como um processo. Esse processo, ensina André Rufino do Vale (2009, p. 16-17), é dividido em fases. A primeira constitui-se da verificação do significado linguístico das disposições de direito fundamental (texto), com a identificação das palavras e seus

⁴⁴ Aqui não se está fazendo referência à ponderação entre dois princípios, a situação vislumbrada é a de aplicação de um único princípio sem a necessidade de compatibilização com os demais.

significados. A segunda refere-se à identificação do conteúdo das normas expressas pelos seus dispositivos (texto). A terceira se restringe à configuração da norma como regra ou princípio. Em casos fáceis, essa fase é suficiente para a identificação de respostas à interpretação; sem maiores controvérsias interpretativas, o “significado das disposições normativas resta claro, fora de dúvidas ou controvérsias interpretativas (zona de certeza)” (VALE, 2009, p. 16). Para os casos difíceis, há uma quarta fase, na qual o conteúdo da norma depende de uma atividade interpretativa de atribuição de significado à regra ou princípio a partir da análise valorativa do intérprete, portanto discricionária.

Esse é o procedimento que é utilizado para a construção do significado da norma. Não mais é plausível o entendimento de que um simples critério de subsunção é capaz de identificar o significado da norma. Não há “significado algum antes do término desse processo de interpretação” (ÁVILA, 2009, p. 32).

Outro ponto é que a fixação do conteúdo dos direitos constitucionais passa pela análise histórica de sua estruturação. Nesse cenário, a atividade dos Tribunais Constitucionais é de essencial relevância, uma vez que o conteúdo das normas constitucionais, notadamente dos princípios, é delimitado a partir da interpretação da norma e sua aplicação ao caso concreto. Por isso, a jurisprudência do Tribunal Constitucional dos países que o criaram é de suma importância para a delimitação da abrangência dos direitos constitucionais, neles inseridos os fundamentais. Como frisou Alexy (2008a, p. 43-47), os direitos fundamentais são o que são, sobretudo, por meio da interpretação.

É a interpretação realizada pelos aplicadores do direito, mais precisamente pela Corte Constitucional, que delimita a amplitude dos direitos constitucionais. O processo de interpretação é, pois, indispensável à aferição do conteúdo exato da própria Constituição. Os dispositivos aber-

tos dos princípios não se mostram capazes de, sozinhos, estabelecer seu conteúdo, pois têm uma característica *prima facie* – o conteúdo exato de sua abrangência e de seus efeitos somente se verifica quando de sua interpretação e concreção. Nesse caso, é a ponderação que demonstrará, a cada caso concreto, o real conteúdo e abrangência das normas constitucionais.

O conteúdo dos direitos fundamentais é retirado, primeiramente pelo Constituinte, dos valores centrais para a sociedade; porém, é somente em um segundo momento, quando da ponderação dos princípios concorrentes no processo interpretativo, que são fixados o real conteúdo e a abrangência de seus termos.

Por isso, os estudos de Peter Häberle (2002) são de tamanha importância para o direito contemporâneo. Se a Constituição se molda em concreto, a sociedade deve participar o máximo possível da discussão judicial sobre sua aplicabilidade (*Sociedade Aberta de Intérpretes*). A interpretação constitucional é uma função que cabe aos intérpretes formais (Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário) e aos intérpretes não formais (toda a sociedade). Assim, a sociedade deve participar do processo de concreção dessas normas, visto que a interpretação constitucional é “uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. (...) A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes à realidade” (HÄBERLE, 2002, p. 24).

Nessa configuração ganha relevância o papel do Poder Judiciário⁴⁵, com ênfase na função de Corte Constitucional. Cabe ao Judiciário e à doutrina a construção de significados das normas (ÁVILA, 2009, p. 32). A ciência do direito evoluiu no sentido de entender que ao Judiciário é afeto um

⁴⁵ Luís Roberto Barroso (2010, p. 5) fala em *supremacia judicial*, entendida como “a primazia de um Tribunal Constitucional ou Suprema Corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais”.

papel muito mais relevante e criativo que a simples *boca da lei*. Há, pois, uma transferência de poder político do Legislativo para o Judiciário. Luiz M. Cruz (2006, p. 26, tradução nossa) fala em “deslocamento do centro de gravidade dos parlamentos para os Tribunais Constitucionais”. Prieto Sanchís (2000, p. 119-120) chamou esse fenômeno de onipresença judicial. Isso somado ao fenômeno de *constitucionalização do direito* e da *judicialização* demonstram uma supervalorização desse Poder na atual conjuntura. É por isso que se discute tão calorosamente na atualidade o ativismo judicial. Mas vale a constatação de Inocêncio Coelho (Mendes et al., 2007, p. 128) de que essa opção *juridicista* não decorreu de uma construção teórica ou de um projeto de engenharia política, “antes se consolidou ao sabor da própria experiência constitucional”.

As definições do conteúdo de princípios constitucionais como da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do solidarismo social (art. 1º, II, CF), da eficiência (art. 37, CF), entre outros, são exemplos de participação ativa da doutrina e, sobretudo, do aplicador do direito na formulação do exato conteúdo da norma. Princípios como os citados, ante a sua baixíssima densidade normativa, refletem mais avidamente o caráter conteudista do aplicador do direito. Humberto Ávila (2009, p. 34) afirma que “a conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a revisão constitucional e o direito constitucional concretizado”.

Antes de finalizar, é preciso apresentar um alerta.

2.5. *Alguns excessos de correntes extremadas do pós-positivismo: um alerta necessário*

Como visto, no quadro atual, impera como uma quase unanimidade na doutrina a prevalência de normatividade dos princípios e a distinção entre estes e as regras. Humberto Ávila (2009, p. 26) chega a in-

formar que essa concepção “virou moda”. Nesse contexto, a concretização do direito enfrenta um processo de subsunção das regras e de ponderação dos princípios em sua existência conflituosa, submetendo-os a padrões de peso e qualidade, não mais de validade. Mas, como tudo em excesso, faz mal!

Até mesmo Canotilho (2005, p. 85), doutrinador consagrado pela defesa dos direitos fundamentais, assevera críticas à “panfundamentalização objetivista” ou à “hipertrofia jusfundamentalista”. Se tudo é direito fundamental, então nada é realmente fundamental. Em relação ao pós-positivismo, a crítica também é bem-vinda. Se tudo se transforma em ponderação, a margem de subjetividade se mostra tão grande que a segurança jurídica e a objetividade do sistema desaparecem por completo. Nessa linha, Daniel Sarmiento (2009, p. 288-301) chega a falar em *panconstitucionalização e oba-oba constitucional*.

Por isso, é preciso tomar cuidado para não alargar demasiadamente os horizontes da principiologia constitucional a ponto de se afirmar que toda norma é princípio e, assim, toda a Constituição pode ser ponderada. Uma adequada compreensão do que são princípios e do que são regras é necessária. A Carta contém princípios jurídicos e regras jurídicas que convivem em harmonia⁴⁶. Cada um deles deve ser entendido como tal; regras são regras, princípios são princípios. Por mais que pareça óbvio, o alerta é importante.

Passar por esse tema sem lembrar seu grande crítico seria um impropério. A forte crítica de Habermas à teoria trazida

⁴⁶ Konrad Hesse (1983, p. 48) já visualiza perfeitamente a unidade da Constituição e a harmonia de convivência das normas constitucionais, conforme se observa: “a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição obrigam a não contemplar em nenhum caso somente a norma isolada mas sempre no conjunto em que deve ser situada; todas as normas constitucionais hão de ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais”.

por Alexy diz respeito à falta de racionalidade na tomada de decisões, ou à falta de parâmetros racionais para o sopesamento. A afirmação de Habermas de que a aplicação dos princípios é uma “qualificação orientada por finalidades”, o que retiraria força dos direitos fundamentais diante da escolha dessas finalidades, é respondida por Alexy (2008b, p. 576-627) em seu posfácio escrito em 2002. Segundo essa resposta, sua teoria se sustenta não por encontrar a resposta racional em todos os casos, o que é possível, mas diante da racionalidade encontrada no conjunto dos casos, o que “é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método” (ALEXY, 2008b, p. 594).

Paulo Ricardo Schier (2005, p. 119) alerta que, se um sistema em que só existam regras é temeroso pela baixa capacidade de ajuste e evolução, um sistema formado apenas por princípios “também seria indesejável diante da baixa densidade normativa que teria, determinando, destarte, uma espécie de corrosão da própria normatividade constitucional”. O sistema atual, em face do processo de ponderação (sopesamento) da interpretação/criação/aplicação da norma, ganha em *justiça*, por permitir uma proximidade com os valores socialmente relevantes, mas perde em *objetividade*; o que necessariamente resulta em aumento de *subjetividade*, até porque o processo de ponderação tem um grande viés subjetivo.

É diante desse cenário que Coleman e Leiter (2000, p. 399-418)⁴⁷ defendem a

⁴⁷ Sobre a objetividade do direito, ver Coleman e Leiter (2004, p. 378-418), artigo em que são apresentadas as formas de objetividade do sistema jurídico. No subjetivismo, *cada* indivíduo é a medida de todas as coisas, situação que é temerária para a ciência jurídica, diante da necessidade de se saber o que esperar das normas. Logo, a ciência jurídica busca a objetividade do sistema, objetividade essa que pode ser *forte*, *mínima* ou, como querem os autores, *modesta*. Segundo a primeira, o que “parece certo” nunca determina o que “é certo”, uma vez que nunca depende do que os humanos consideram ser (mesmo em condições ideais), seria um *objetivismo platônico*. A *objetividade mínima*

objetividade modesta para o sistema atual, considerando-a a que se encontra “em vigor em boa parte do debate doutrinário atual” e a que mostra uma razoável forma de legitimar as decisões judiciais. Com essa objetividade, seria possível tentar, ao menos hipoteticamente, visualizar uma condição ideal, distante das pré-compreensões dos julgadores, em que se pudesse verificar a correção da decisão proferida. Segundo os autores, essa visão afastaria a subjetividade do julgador.

Por fim e retomando o argumento anterior, há de se considerar que o sistema jurídico é composto de regras e princípios, cada qual com sua função, e não somente por princípios, ou seja, as normas não são todas principiológicas, somente algumas delas são. Schier (2005, p. 120) ainda ressalta que “a exacerbação do processo de principiologização não pode atingir o ponto de tornar tudo ‘subjetivo’ (no sentido arbitrário)”.

ocupa parte do espaço entre a forte e a subjetividade. Segundo ela, “o que parece ser certo para a maioria da comunidade determina o que é certo” (COLEMAN; LEITER, 2004, p. 379). O problema dessa objetividade, que pode decorrer de um sistema eminentemente principiológico, é que ela “é essencialmente antirrealista; como nega que o mundo seja exatamente como qualquer pessoa considera que seja”, pois “os indivíduos não são a medida de todas as coisas, mas suas práticas coletivas ou convergentes são” (Idem, p. 380). Com isso, cai-se no problema da hegemonia da maioria dominante, o que não é admissível em uma sociedade pluralista. A *objetividade modesta*, desenvolvida pelos autores, oferece um critério para avaliar se a decisão judicial é legítima ou justificável, pois segundo ela, “o que parece certo ‘em condições epistêmicas ideais’ determina o que é certo” (Ibidem, p. 396). A questão primordial dessa objetividade é sua colocação em condições ideais, para nesse contexto se avaliar a correção da decisão judicial. “A objetividade modesta reconhece a possibilidade de que todos podem estar errados quanto ao que uma norma exige; o que parece certo, mesmo para todos, quanto ao que uma norma exige pode não estar certo. Apenas o que parece certo para indivíduos colocados em uma posição epistemicamente ideal determina o que é certo. (...) torna a existência e o caráter dos fatos de vários tipos dependentes de nós, mas não de nossas crenças e evidências efetivas ou existentes” (COLEMAN; LEITER, 2004, p. 379).

Essa crítica tem o objetivo de demonstrar que também essa forma de ver o direito precisa de um olhar sereno e crítico dos cientistas jurídicos para que não se permita sua corrosão – como ocorreu com o positivismo clássico.

Conclusão

A maneira de pensar o direito mudou. Diversos foram os fatores que desencadearam essa mudança, entre eles identificam-se os massacres de seres humanos na segunda grande guerra, o pluralismo e a complexidade da sociedade contemporânea, a derrocada da pretensão de concretude dos códigos, a concreção de normas formalmente válidas que levavam a resultados materiais absurdos, entre outros.

O positivismo não mais foi capaz de construir uma resposta lógica para as questões jurídicas contemporâneas, principalmente as mais complexas ou difíceis. A justiça, em muitos momentos esquecida, não mais pode ser deixada para segundo plano. A sociedade exigiu a compatibilização da segurança jurídica (ponto forte do positivismo jurídico) com a justiça (ponto de busca incessante do pós-positivismo, sem o esquecimento daquela).

Com isso, surge um novo pensamento jusfilosófico denominado pós-positivismo, o qual é a base estrutural do pensamento constitucional atual, o neoconstitucionalismo. O novo constitucionalismo é estruturado filosoficamente, então, sobre os pilares do pós-positivismo.

Os valores ingressam no sistema jurídico, por intermédio dos princípios, com o intuito de permitir a tomada de decisões com base em parâmetros de justiça. Mas a fixação de critérios lógicos e racionais para a tomada de decisões nos casos difíceis é uma das críticas mais correntes em relação ao modelo apresentado. O modelo pós-positivista (aproximação do direito com a moral, distinção entre princípios e regras, fixação do conteúdo da norma constitucio-

nal pelo aplicador do direito...) é proposto com o escopo de buscar compatibilidade do sistema jurídico com os anseios sociais, sobretudo nas questões difíceis.

Muitos critérios tem sido apresentados para a solução dessas questões difíceis como a tese da *única decisão correta* de Dworkin, a tese de Alexy que engloba a otimização (princípios como mandamentos de otimização a serem realizados na maior medida possível), compatibilizada com a lei da colisão e com os critérios de ponderação como uma *pretensão de correção* do direito, as teses argumentativas de MacCormick, entre diversas outras. Mas o presente trabalho não teve a pretensão de esgotar o tão discutido tema do novo paradigma filosófico do direito constitucional.

Para a delimitação do objeto, não foram nele contempladas as discussões ressaltadas no parágrafo anterior quanto aos critérios para a busca de respostas racionais na aplicação desse modelo, solução que parece estar na argumentação jurídica – mas isso é tema para um próximo estudo. Neste, buscou-se a apresentação do pós-positivismo como parâmetro filosófico para o neoconstitucionalismo, destacando suas diferenças em relação ao positivismo e, sobretudo, suas características.

Por último, foram apresentados alguns alertas em relação a possíveis excessos de correntes extremadas que defendam o pós-positivismo sem uma reflexão crítica necessária à contenção do pensamento jurídico que possa sustentar a onipotência de qualquer dos Poderes do Estado.

Referências

- AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. *Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004.
- ALEXY, Robert. Derecho y corrección. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero e Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

_____. Los Derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008a.

_____. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2004.

_____. Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del derecho? In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (Org.). *Hermenêutica constitucional - homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *BOLETIM de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulo da Constituição & a ordem econômica*. Curitiba: Juruá, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Das Constituições dos Direitos à crítica dos Direitos. *Direito Público*, Brasília, n. 5, p. 80-89, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewPDFInterstitial/462/419>>. Acesso em: 10 maio 2010.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CASTILHOS, Ricardo. *Valores constitucionais*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR,

Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (Org.). *Hermenêutica constitucional - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do Direito*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Editorial Porrúa, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. *Jurisprudência do STF: anotada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009a.

_____. La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho. *Diritto & Question Publiche*, n. 3, p. 197-227, 2003.

_____. Positivismo corrigido e positivistas incorrigíveis. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (Org.). *Hermenêutica Constitucional - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009b.

_____. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009c.

GARCIA, Maria José Guerra Figueiredo. Em busca do conceito de valor. *Cadernos de Semiótica Aplicada*, v. 1, n. 2, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.fclar.unesp.br/grupos/casa/artigos/V2/CASA20032-conc-valor.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e a validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.
- HART, Hebert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- _____. *Escritos de Derecho constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- _____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o "positivismo" redescobertos. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 17, n. 34, out. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782009000300021&script=sci_arttext&tlng=in>. Acesso em: 30 maio 2010.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência jurídica*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro et al. (Org.). *Hermenêutica constitucional - homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RIBEIRO JÚNIOR, João. *Augusto Comte e o positivismo*. Campinas: Edicamp, 2003.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2000.
- _____. *Los principios como vehículos de la moral en el derecho*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (Org.). *Hermenêutica Constitucional - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira e Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 109-129, jul./set. 2005.
- SCHMITT, Carl. *La tirania de los valores*. Tradução de Anima Schmitt de Otero. Madrid: Enero-Febrero, 1961.
- SILVA, Alexandre Garrido da. Direito, correção normativa e institucionalização da justiça. *Revista de Direito do Estado*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 331-346, jan./mar. 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

Federalismo, autoridade e desenvolvimento no Estado Novo

Gustavo César Machado Cabral

Sumário

1. Introdução. 2. Federalismo e realidade política na República Velha. 3. A ordem a partir de 1930. 3.1. Aspectos gerais. 3.2. Influências para a concepção de Estado. 3.3. Do governo constitucional ao Estado Novo. 4. O Estado Novo. 4.1. Francisco Campos, o mentor. 4.2. Centralismo e desenvolvimento. 4.3. Desenvolvimento, nacionalismo e industrialização. 5. Considerações finais.

1. Introdução

À derrota da Aliança Liberal, a qual uniu Minas Gerais, Rio Grande de Sul e Paraíba, para a chapa encabeçada pelo ex-governador de São Paulo Júlio Prestes, seguiu-se um movimento de oposição que, em alguns meses, ganhou força e adeptos suficientes para ocasionar, pela primeira vez no regime republicano, a deposição do Presidente da República.

Depois de outubro de 1930, a ordem política foi alterada. Ainda que existam críticas quanto aos rumos políticos do País, não há como negar as mudanças provocadas pelos que assumiram o poder.

O líder dessas mudanças foi Getúlio Vargas, cabeça da chapa derrotada nas eleições presidenciais de fevereiro de 1930. Vargas chefiou o governo provisório desde a deposição de Washington Luís até que ele mesmo fosse eleito indiretamente, desta vez com base em uma nova Constituição,

Gustavo César Machado Cabral é Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorando em História do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor da Faculdade Sete de Setembro. Advogado.

promulgada em 1934; em 1937, contudo, dá-se novo golpe, outra vez encabeçado por Vargas, inaugurando o Estado Novo, o qual se estenderá até 1945 e consistirá no principal objeto de estudo deste artigo.

Durante o Estado Novo, as mudanças que o período 1930-1937 trouxe em relação às quatro décadas da República Velha aprofundaram-se. A centralização do poder e o autoritarismo, características marcantes da Constituição de 1937, contribuíram para que muitas das propostas lançadas pela Aliança Liberal, a exemplo das críticas ao regime que imperava no Brasil, fossem concretizadas.

Diante desse contexto, faz-se importante compreender de que forma a questão da autoridade contribuiu para que se removessem os entraves ao desenvolvimento nacional. Para tanto, focaliza-se em um ponto demasiadamente lembrado como prejudicial durante a Primeira República, o federalismo. A adoção de um novo modelo federalista pela Constituição Estadonovista é um dos objetos centrais desta discussão.

Inicialmente, o trabalho abordará o federalismo durante a República Velha; em seguida, será analisada a ordem instaurada com o movimento de 1930, momento no qual serão estudadas as influências na concepção de Estado que se adotou no período. Por fim, será discutido o Estado Novo, a fim de que sejam investigadas as disposições constitucionais que garantiram essa centralização, o pensamento do mentor da Carta, Francisco Campos, e as relações entre desenvolvimento, nacionalismo e industrialização.

2. *Federalismo e realidade política na República Velha*

Ao contrário da Constituição Imperial de 1824, que se fundamentava no unitarismo e na tetrapartição dos poderes¹, a Cons-

¹ Além do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, havia o Moderador, cuja função seria promover o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes

tituição de 1891 inaugurou o federalismo no Brasil. É verdade que, ainda no Império, houve tentativas de se implementar o federalismo², mas ele só se efetivou com o regime republicano.

O modelo no qual se baseou a Constituição de 1891 foi o americano. Seguindo essa linha, os estados tinham autonomia para se auto-organizarem, enquanto que à União cabia a soberania; essas duas esferas tinham competências próprias, possuindo o dever de respeitarem o âmbito em que cada uma deveria circunscrever-se³.

Os sessenta e sete anos de Império criaram uma realidade no Brasil que em muito diferia da americana: o poder central, que cabia ao Imperador, comandava, de longe, a vida política das províncias, pouco restando de autonomia para as forças locais deliberarem sobre os rumos da política daquelas. Estes dependiam, necessariamente, da conjuntura política na Corte, mais precisamente na Assembléia Geral, onde se formavam as maiorias (Cf. BERCOVICI, 2004, p. 30).

Com a República, a situação se alterou parcialmente, pois o governo nos Estados passou a ser escolhido pelo voto direto do eleitorado local. Os Estados puderam organizar as suas próprias constituições, desde que “respeitados os princípios constitucionais da União”, nos termos do artigo 63 da Constituição Federal de 1891.

políticos, conforme indica o artigo 98 da Constituição de 1824. Segundo o mesmo artigo, a chefia do Poder Moderador caberia ao Imperador, o que lhe proporcionou uma posição mais proeminente do que a dos demais poderes.

² Entre essas tentativas, podem ser enquadrados o “Projeto Substitutivo Miranda Ribeiro” (1831), o Ato Adicional de 1834 – cujas pretensões logo foram tolhidas pela Lei de Interpretação do Ato Adicional (1840) – e o projeto de Joaquim Nabuco para adoção de uma Monarquia Federativa (1885). (Cf. BERCOVICI, 2004, p. 23-31; BONAVIDES, AMARAL, 2002, p. 748-776).

³ Nos *Federalist Papers* nº 45 (*The alleged danger from the Powers of the Union to the State Governments considered*) e nº 46 (*The Influence of the State and Federal Governments Compared*), James Madison discute essas questões (Cf. HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 285-297).

Não há novidade em afirmar que essa liberdade de organização política dos Estados favoreceu o surgimento de grupos que se perpetuaram no poder. As alianças entre as oligarquias estaduais, especialmente entre os Estados mais poderosos, garantiam não somente o poder local, mas, também, o poder federal.

As políticas do “café-com-leite” e “dos governadores” originaram uma estrutura em que políticos de São Paulo e de Minas Gerais se revezaram na esfera federal, pois detinham os votos dos maiores colégios eleitorais do País e, por apoiarem os grupos estaduais instalados no poder local e não interferirem em assuntos internos, recebiam em troca os votos dos estados periféricos. A intervenção federal, regulamentada no artigo 6º da Constituição, foi instrumento útil na manutenção dessa nova ordem. A corrupção, a qual fazia parte da rotina eleitoral da época, era bem representada por elementos como o *bico de pena* e a *degola*⁴, que praticamente impediam a oposição de conseguir qualquer representação no Legislativo.

Outro aspecto que envolvia o federalismo da República Velha dizia respeito à vedação de repasses da União aos Estados, salvo em casos de calamidade, encontrada no artigo 5º da Constituição de 1891. Segundo Gilberto Bercovici (2004, p. 32), “o resultado desse sistema foi a manutenção de desigualdades gritantes entre os vários membros da Federação” já que os estados mais pobres não tinham condições de, diante dessa realidade, terem os seus problemas minimizados.

A falta de interesse político dos líderes locais – os quais continuavam com as alianças com os estados mais ricos, que eram São Paulo, Minas Gerais e o Rio Grande do

⁴ Com a primeira, as falcatruas ocorriam nas mesas eleitorais, com a sonegação do voto de quem havia faltado ou a invenção de eleitores inexistentes, por exemplo; com a segunda, não eram aprovadas as eleições de candidatos dissonantes do poder instalado. Sobre o tema, Cf. LEAL, 1997, p. 255-256.

Sul, os quais, juntos, representavam mais de 50% do eleitorado nacional –, e as impossibilidades legais de auxílio financeiro do ente federativo mais poderoso, a União, fizeram com que o Federalismo na República Velha, definitivamente, não auxiliasse o desenvolvimento nacional. Um dos autores em quem os críticos dessa fase republicana se apoiaram, Alberto Torres (1982a, p. 85), chamou a atenção, em 1914, para essa falta de “solidariedade patriótica fundada na consciência dos interesses comuns a todos”.

3. A ordem a partir de 1930

3.1. Aspectos gerais

A aliança entre as oligarquias estaduais, encabeçada por São Paulo e Minas Gerais, juntamente com um sistema partidário regionalizado⁵ cuja rigidez e hierarquias internas⁶ favoreciam os membros dessas oligarquias, ocasionou eleições que levavam à vitória dos mesmos grupos, sem que houvesse oposição com força suficiente para ameaçar aquilo que já vinha sendo posto⁷.

Em três oportunidades, contudo, a disputa foi mais intensa. Em 1910, quando gaúchos e mineiros apoiaram o vitorioso marechal Hermes da Fonseca contra Rui Barbosa, candidato dos paulistas e dos baianos; em 1922, quando o Rio de Janeiro

⁵ Os partidos liberal e conservador foram as principais agremiações durante o Império; a partir da década de 1870, começaram a se formar os partidos republicanos nos Estados, que apareceram com mais frequência na década seguinte. Com a República, esses partidos republicanos passaram a ser as forças hegemônicas; contudo, não havia partidos nacionais, mas partidos republicanos estaduais.

⁶ Miguel Reale, na fase integralista do seu pensamento, levantou duras críticas contra a hierarquia interna dos partidos republicanos. Cf. REALE, 1983a, p. 161-169 e 178-179.

⁷ “Com o apoio dos líderes políticos de um número de Estados suficiente para assegurar a maioria eleitoral, o candidato indicado, amparado pelo regime vigente, temia muito pouco a derrota” (SKIDMORE, 2000, p. 22).

e outros estados periféricos lançaram o ex-presidente Nilo Peçanha, que acabou perdendo para o mineiro Artur Bernardes; e em 1930, quando o Rio Grande do Sul, Minas Gerais e a Paraíba apoiaram Getúlio Vargas, derrotado pelo paulista Júlio Prestes.

A ascensão de Vargas ao poder ocasionou mudanças consideráveis em várias esferas, oriundas da sua opinião de que o País precisava de reformas urgentes, cabendo ao governo provisório adotar medidas que pudessem corrigir os problemas nacionais. Em alguns discursos, Vargas criticou profundamente alguns desses problemas, como o sistema eleitoral⁸, fazendo aparecer o Código Eleitoral de 1932, fortemente inspirado no pensamento do gaúcho Assis Brasil (1931), que, entre outras inovações, introduziu o sistema proporcional na eleição para o Poder Legislativo, em substituição ao majoritário.

A postura crítica que esses primeiros anos da nova ordem levantaram contra a República Velha mereceu repreensão por parte de muitos estudiosos, tendo em vista que Vargas é oriundo dessas mesmas classes que dominaram o cenário político brasileiro. Latifundiário, líder do Partido Republicano Riograndense (PRR), deputado estadual e federal, ministro da Fazenda no governo Washington Luís e Governador do Rio Grande do Sul, as ligações de Vargas com as oligarquias eram profundas.

Contudo, a sua postura de liderança diante do movimento que pôs fim à antiga estrutura política é inegável, e isso é ainda mais impressionante ao se levar em consideração a heterogeneidade do movimento de 1930. Na tentativa de compreender o movimento e os rumos que ele deu na condução do Brasil durante o governo Vargas, é preciso compreender bem as suas mais significativas influências.

⁸ “Os Governadores, em concílio, elegiam o Presidente da República, que, por sua vez, determinava sobre a substituição dos governos locais” (VARGAS, 1938a, p. 28).

3.2. *Influências para a concepção de Estado*

A insatisfação com o governo de Washington Luís e com o que ele representava foi o fator de união entre os que fizeram o movimento de 1930. No mais, imperavam as divergências, já que os dois principais segmentos que organizaram a rebelião – as oligarquias dissidentes e os tenentes – eram tão fortes quanto antagônicos.

As oligarquias insatisfeitas, entre as quais se destacaram a mineira e a gaúcha, não foram excluídas do poder nos quarenta anos anteriores ao golpe. Minas Gerais teve três presidentes da República e o Rio Grande, um; mas esses Estados não aceitavam a maneira como as oligarquias paulistas vinham conduzindo as coisas. O desprezo pelo acordo do “café-com-leite” evidenciou-se quando Antônio Carlos Ribeiro de Andrada fora preterido por Júlio Prestes, ferindo a alternância no poder entre os dois estados mais ricos.

O Rio Grande do Sul, por sua vez, possuía uma tradição política singular no País. A sua Constituição fora redigida por Júlio de Castilhos, o qual era reverenciado como nada menos do que o “patriarca” do Estado. A influência de Auguste Comte, cuja força se deu em grande intensidade entre os militares que conduziram a proclamação da República e o seu comando nos primeiros anos, não pôde ser mais visível em outro lugar que não no Sul (Cf. SALDANHA, 1978, p. 100), especialmente na Constituição Política do Rio Grande do Sul.

Castilhos seguiu a doutrina comtiana do governo forte e estabeleceu, para o Presidente do Estado, poderes amplos, como a competência legislativa e as possibilidades de se reeleger indefinidamente e de indicar livremente o vice-presidente⁹. O Legislati-

⁹ A redação do artigo 9º dizia que a reeleição era proibida, “salvo se merecer a votação de três quartos do eleitorado”. Sobre a livre-escolha do vice-presidente, presente no artigo 10, manifestou-se o principal comentador da Constituição, Joaquim Luís Osório: “Nada mais natural e lógico do que ter ele um homem de sua inteira e exclusiva confiança na eventualidade

vo, nesse contexto, teria uma função meramente orçamentária¹⁰, e as leis, cuja criação ficaria a cargo do Presidente, só poderiam ser vetadas pelos Conselhos Municipais.

Ou seja: dava-se a impressão de que o povo, representado pelo Legislativo municipal, poderia levantar-se contra as leis; no entanto, como o sistema eleitoral tinha amarras que garantiam aos governos largas maiorias e o apoio dos poderes municipais, não eram temidas as decisões dos Conselhos que fossem contrárias ao Presidente do Estado, simplesmente porque isso não ocorria. Assim funcionava a democracia gaúcha, fazendo crer a população que ela disporia de amplos poderes, como se observa em Osório (1981, p. 161-162):

“O veto passou para o povo, que por meio das câmaras ou conselhos municipais (por ser mais expedito assim do que convocar assembléias populares, reuniões difíceis de obter de uma população disseminada em grande território) declara, silenciando, que a nova lei se conforma com as suas aspirações ou rejeita-a expressamente, hipótese em que ela deixa de ter vigor e fica revogada *ipso facto*. Nada mais liberal! Desta forma, a ação legislativa, que era monopolizada por um grupo de indivíduos reunidos em Congresso de número restrito e para o qual entraram, alguns pelo prestígio político, mas quase todos pela proteção dos mandões, pelas manobras de partido, pela força do dinheiro, pela arteirice eleitoral, que muito raro se combinam com o verdadeiro mérito, com o talento de valor positivo, com

de interromper o seu governo, sem prejudicar a unidade da ação governamental” (OSÓRIO, 1981, p. 103).

¹⁰ A Assembleia dos Representantes, segundo o artigo 37, *caput*, só funcionaria durante dois meses, obedecendo, como cronograma, o disposto no parágrafo primeiro: “O primeiro mês será consagrado, tanto quanto for possível, à votação da receita e despesa para o ano seguinte, e o segundo ao exame das despesas do ano anterior e à adoção de qualquer medida da competência da Assembléia”.

a competência indiscutível; a ação legislativa cabe a todo mundo, não é o privilégio de ninguém, abrindo-se franco debate público, em que a concorrência não é injustamente limitada, deixando-se livre o campo a todos, para que triunfe o mais capaz”.

O outro segmento que exerceu liderança no movimento de outubro de 1930 foram os militares, mais precisamente os tenentes, jovens oficiais que se desiludiram com os rumos que o golpe republicano de 1889, de origem militar, tomara. O combate à corrupção e a conscientização da população foram os objetos perseguidos pela Coluna Prestes, movimento de tenentes que, entre 1924 e 1927, percorreu, sob a liderança de Luís Carlos Prestes, alguns milhares de quilômetros, nos quais combateram e venceram as forças oficiais, até o exílio na Bolívia. O tenentismo não foi um movimento homogêneo¹¹, mas é possível determinar pontos que os uniam, como a crença de que os tenentes seriam os responsáveis pela defesa das instituições republicanas e a pregação da necessidade de eleições honestas e do voto secreto (Cf. BERCOVICI, 2008, p. 376).

Os escritos de Alberto Torres foram fundamentais para as críticas dirigidas à estrutura montada na República Velha. Torres, que fora Presidente do Rio de Janeiro e Ministro do Supremo Tribunal Federal, desiludiu-se com a política e sintetizou, em suas duas obras principais – *O problema nacional brasileiro* e *A organização nacional*, ambas de 1914 –, elementos que posteriormente foram bastante utilizados por quem esteve no poder nos anos 30: a necessidade de o Estado se fazer mais presente, assumindo postura intervencionista, e a imperiosidade de se existir união nacional, no sentido de se criar um sentimento patriótico e nacionalista.

¹¹ Na opinião de Nelson Saldanha, “o tenentismo, desprovido de maiores filosofias e de profundidade reformista, foi mais um protesto contra erros do que reprogramação vertical”. SALDANHA, 1978, p. 130.

Torres foi um crítico do sistema político, que considerava “vicioso”, e um defensor do ensino público e obrigatório e da necessidade de se estabelecer uma identidade nacional, a qual não estava baseada em critérios de raça, cor ou etnia, uma vez que o próprio autor reconhece a impossibilidade de se constituírem sociedades homogêneas, mas uma identidade ligada à solidariedade da nação, em que a população reconhecesse o outro, independentemente da sua origem, como parte do povo (Cf. TORRES, 1982a, p. 92, 115, 119).

Na concepção de Torres (1982a, 113), “o patriotismo de cada cidadão de uma Pátria moderna tem sua expressão substancial mais próxima no amor de cada um por seus filhos e pelos filhos de seus concidadãos”. A fórmula geral das ideias do autor pode ser resumida na seguinte passagem: “demos terras a todos os homens válidos; instrução primária, a todos os que podem ver e ouvir; instrução secundária e superior, a todos os que são capazes, não dando a nenhum que o não seja; educação social e profissional, também a todos; e não temamos o futuro” (TORRES, 1982a, p. 135).

Expostas essas informações, não se tarda a chegar à conclusão de que muitos dos argumentos levantados aqui foram utilizados pelo movimento de 1930 e pelos governos sucessivos, inclusive pelo Estado Novo.

3.3. *Do governo constitucional ao Estado Novo*

As pressões para a reconstitucionalização do Brasil se intensificaram a partir de 1932, especialmente em São Paulo, Estado que foi mais prejudicado com o fim da República Velha, por lhe ter sido ceifada a hegemonia política anterior. Apesar de o próprio Vargas ter garantido que o seu governo não pretendia ser excessivamente longo, mas, tão-somente, transitório¹², o que

¹²“Nunca pretendi manter-me indefinidamente no exercício dos poderes discricionários que a Revolução me delegou” (VARGAS, 1938a, p. 50).

se via era uma demora na convocação de uma Assembleia Constituinte.

Em virtude disso, São Paulo se levantou em armas contra a União na chamada Revolução Constitucionalista de 1932, que, afora o apoio tímido de Artur Bernardes, em Minas Gerais, e de Borges de Medeiros, no Rio Grande do Sul¹³, não alcançou a repercussão nacional desejada. Em poucos meses, o levante foi derrotado em armas, mas provocou a convocação da Constituinte para o ano seguinte.

Com ela, promulgou-se a Constituição de 1934, fortemente influenciada pelo “constitucionalismo social” da Constituição de Weimar (1919) e do México (1917). Em substituição ao liberalismo e ao absentismo estatal das duas cartas brasileiras anteriores, observa-se a incorporação de matérias anteriormente desconhecidas, como os conteúdos de natureza econômica e social. Segundo Bercovici, “o que acontece em 1934, fundamentalmente, é a constitucionalização das medidas tomadas pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas”, já que ele trouxe para a Constituição temas como direitos trabalhistas e a nacionalização de certos bens, como as águas, as fontes energéticas e o subsolo. Assim como as duas constituições citadas foram marcos no constitucionalismo econômico mundial, a Constituição de 1934 foi a primeira “Constituição Econômica” do Brasil (BERCOVICI, 2005, p. 17).

No âmbito do federalismo, inaugurou a Constituição de 1934 novidades quanto à cooperação entre os entes. Enquanto o texto de 1891 previu as competências isoladas da União e dos Estados, o de 1934 trouxe, no artigo 10, competências concorrentes dos dois entes.

O “federalismo cooperativo” de que fala Bercovici (2008, p. 385) tinha como

¹³ Skidmore (2000, p. 38) tratou do apoio dos oligarcas ao movimento paulista: “A sua adesão à Revolução Constitucionalista de 1932 ajudou a rotular aquele movimento simplesmente como a contra-revolução dos ‘oligarcas’ do antigo regime”.

principal função o combate às secas no Nordeste, reforçado com o repasse de 4% da receita tributária sem aplicação especial da União aos Estados, segundo o *caput* do artigo 177. Novamente, o que houve foi a constitucionalização de medidas que vinham sendo tomadas pelo governo provisório, que retomara ações de combate à seca, as quais tinham sido iniciadas pelo paraibano Eptácio Pessoa, quando da sua passagem pela Presidência da República (Cf. BERCOVICI, 2003, p. 90-95).

No âmbito político, a eleição presidencial de 1933 foi indireta, e Vargas derrotou seu conterrâneo e padrinho político, Borges de Medeiros. Seu mandato deveria durar quatro anos, findos os quais haveria eleição direta que já contava com dois candidatos, o paulista Armando Sales de Oliveira, ligado às oligarquias do seu Estado, e o paraibano José Américo de Almeida, que parecia receber o apoio de Vargas (VARGAS, 1938a, p. 156-157).

A situação dos partidos políticos, contudo, não parecia ter mudado significativamente. A regra era que eles continuavam sem caráter nacional, pelo menos os mais representados no Congresso e nos governos estaduais¹⁴. No entanto, o conflito ideológico entre direita e esquerda que o mundo observou nas décadas de 20 e 30 fizeram surgir agremiações nacionais não só formalmente, como foram os partidos liberal e conservador, mas de interesses nacionais: a Aliança Nacional Libertadora, de claras tendências socialistas e cuja figura mais proeminente fora Luís Carlos Prestes, e a Ação Integralista Brasileira, de inspiração fascista e liderada por Plínio Salgado.

Apesar do flerte entre Vargas e os integralistas, os acontecimentos políticos, como a frustrada Intentona Comunista de 1935, fizeram com que ambos os lados tivessem

¹⁴ Segundo Bercovici (2008, p. 389), ao tentar institucionalizar um poder pós-revolucionário baseando-se outra vez na política dos Estados, como no caso da pré-candidatura de Armando Salles de Oliveira, potencializaram os conflitos no período.

o mesmo destino, a extinção, juntamente com as demais agremiações, em virtude do golpe de Vargas que instituiu o Estado Novo. Em um contexto em que se carecia de lideranças nacionais que pudessem enfrentar Vargas com chances de vitória, não seria difícil, depois de desestabilizar quem pudesse lhe fazer oposição, impor um regime autoritário e centralizado em uma figura que possuía empatia da maioria do País.

4. O Estado Novo

O golpe de 10 de novembro de 1937 inaugurou um regime autoritário no Brasil. Apesar do centralismo e do autoritarismo do governo de Floriano Peixoto, entre 1891 e 1894, e de Artur Bernardes, entre 1922 e 1926, eles não foram, tecnicamente falando, ditaduras. Os oito anos do Estado Novo não podem ser desqualificados como tal.

Ao mesmo tempo em que anunciou o novo regime, Vargas apresentou à Nação a sua nova constituição, redigida por Francisco Campos, o seu Ministro da Justiça. As bases autoritárias do pensamento do mentor da Constituição de 1937 serão examinadas em tópico próprio, para, em seguida, se examinarem os elementos da Carta que se relacionam à questão do federalismo e, por fim, ligar a ela o aspecto do desenvolvimento nacional pretendido por Vargas.

Antes, contudo, deve ser feita rápida consideração sobre o fascismo e as suas relações com o Estado Novo. Em que pese opiniões em sentido contrário¹⁵, o Estado Novo não foi um regime fascista, apesar de conter diversos elementos que os aproximaram, como uma tendência de se construir um Estado que tinha entre os seus elementos o corporativismo e a busca pela harmonia entre as classes, a concentração de poderes e a exaltação da figura do líder nacional.

¹⁵ Skidmore (2000, p. 52) afirmou que o Estado Novo foi uma “versão brasileira atenuada do modelo fascista europeu”.

Pontes de Miranda, falando do tema, não aceitou a concentração de poder como elemento suficiente para caracterizar o fascismo da Constituição de 1937¹⁶. O Estado Novo sofreu influências fascistas, assim como do pensamento de Auguste Comte e de Júlio de Castilhos. Gilberto Bercovici (2008, p. 400), nesse mesmo sentido, afirma que, apesar de o corporativismo ter influenciado o Estado Novo, ele não foi um regime fascista, mas “uma ditadura latino-americana, um Estado autoritário, não um totalitarismo”. John D. French (2006, p. 403) indica que “o perfil antidemocrático do Estado Novo era uma expressão da cultura política brasileira, estranhamente autoritária”.

4.1. Francisco Campos, o mentor

A Constituição de 1937 fora elaborada por Francisco Campos, ex-deputado federal mineiro que, àquele momento, ocupava o Ministério da Justiça. Entender o seu pensamento é essencial para bem compreender o espírito do texto constitucional – em que pese boa parte dele nem ter sido aplicada¹⁷.

Campos foi um crítico do liberalismo e da democracia liberal, proclamando a sua crise e o seu fim (Cf. CAMPOS, 2001, p. 30). O método liberal das discussões nas sessões parlamentares – das quais ele próprio participara por mais de uma década – não mais seria o adequado, já que as casas legislativas não mais deliberavam, em virtude da divergência de interesses e da pluralidade de opiniões dos grupos que compunham esses parlamentos. Chegou a afirmar que “o Parlamento não tem um direito natural à

¹⁶ “Não se diga que o poder concentrado é, de si só, suficiente para caracterizar o fascismo da Constituição de 1937, porque tal concentração é fato comum às soluções autoritárias contemporâneas, que fascistas, que não-fascistas, inclusive a própria solução soviética”. MIRANDA, 1938, p. 165.

¹⁷ O artigo 187 da Constituição de 1937 indicava que ela deveria ser submetida a um plebiscito, a fim de que a população se posicionasse sobre a sua adoção; contudo, a consulta nunca foi realizada. Enquanto isso, Vargas governou por decreto-lei, já que o Congresso havia sido fechado em novembro de 1937.

legislação”, não podendo ser absoluta a divisão de poderes (CAMPOS, 2001, p. 92); o modelo democrático liberal fora muito útil em um período da história, mas, segundo Campos (2001, p. 99), não mais poderia ser aplicado à sua época.

Nesse contexto, teceu duras críticas às democracias de partidos (Cf. CAMPOS, 2001, p. 42-44) e ao sufrágio universal, contra este levantando o argumento de que “a maior parte dos eleitores não se preocupa com a coisa pública” (CAMPOS, 2001, p. 51); apesar disso, não o abandona, mas, nos seus próprios termos, dá a ele “o papel próprio ou a função mais adequada à sua natureza” (Idem, p. 52), como quando da eleição direta do Presidente da República.

As consultas populares sobre determinados temas seriam a forma mais comum de utilização do sufrágio universal. Por meio delas, o governo daria legitimidade às suas decisões, pois caberia ao povo dar a última palavra. Pretender-se-ia construir, portanto, um novo estilo de democracia, a democracia de massas, a qual substituiria a democracia liberal. Seria um Estado forte e centralizado, mas um Estado que servisse a todo o País, e não somente a um interesse de classes (Cf. LEVINE, 2001, p. 84).

A democracia de massas levaria o País à estabilização política (CAMPOS, 2001, p. 36), pois o seu objetivo a ser alcançado era a unidade e o fim dos conflitos entre opiniões divergentes, próprio das democracias parlamentares liberais. Essa homogeneidade seria obtida a partir da democracia plebiscitária¹⁸, quando a vontade do todo da Nação fosse aferida.

Esse novo estilo de democracia precisava, segundo Campos (2001, p. 24, 35), de um líder, alguém que representasse a

¹⁸ “A única forma natural de expressão da vontade das massas é o plebiscito, isto é, voto-aclamação, apelo, antes do que escolha” (CAMPOS, 2001, p. 23). “O plebiscito, assim, encaixado na Carta autoritária que dava ao Presidente da República todos os poderes que iam até a asfixia do Legislativo em sua mais ampla capacidade ditatorial, era mera figura de retórica” (BONAVIDES, ANDRADE, 2006, p. 347).

unidade da nação. O autor fala que, à sua época, todos os povos estariam à procura desse líder carismático, para ocupar o posto correspondente ao de Hitler na Alemanha. Em seu momento, Campos (Idem, p. 193) indica que o Brasil possuiria um chefe a essa altura, fundado no apoio do povo e pelo qual a Nação reconheceria a si mesma, conscientizando-se de si. “O Estado Novo é o Sr. Getúlio Vargas”, proclamou Campos no segundo aniversário do golpe de 10 de novembro (Cf. CAMPOS, 2001, p. 206).

Quanto ao federalismo, a matéria foi objeto de algumas reflexões de Francisco Campos. Na sua concepção, os Estados deveriam estar subordinados à vontade da Nação, respeitando-se a sua integridade à medida que o País permanecesse íntegro: “se a integridade desta [da Nação] impõe sacrifício territorial aos estados, tal sacrifício é feito em benefício dos próprios estados” (CAMPOS, 2001, p. 95). Assim, caso achasse por bem, o Presidente podia intervir nos Estados, dentro das hipóteses do artigo 9º da Constituição, poder oriundo da sua autoridade de líder nacional e mantenedor da harmonia do País.

Foram profundas as críticas levantadas contra o federalismo de 1891, o qual conduzia à descentralização do poder. Para evitar que os Estados se tornassem parcelas de um poder que deveria ser uno e indivisível, o governo central os submeteu aos interventores, homens de confiança do Presidente, a fim de não permitir que os entes federativos não dissonem dos rumos políticos da União (Idem, p. 109). Essa intervenção, que representou perda de autonomia, deveria ser momentânea, “durante o espaço de tempo necessário à reconstituição das suas instituições representativas ou do seu governo próprio” (CAMPOS, 1956, p. 209).

Não se aprofundará esta questão, mas é preciso que se afirme que clara é a influência do pensamento de Carl Schmitt em Francisco Campos. As críticas à democracia liberal, ao Parlamento e aos partidos políticos, a concentração de poderes e a autori-

dade suprema do Presidente da República¹⁹ e o elogio da democracia de massas são algumas facetas dessa influência, percebida, também, quando da tentativa de fazer da Constituição de 1934 uma Constituição de Weimar em razão da sua falta de homogeneidade, a qual acarretou o seu fracasso (CAMPOS, 2001, p. 41).

4.2. *Centralismo e desenvolvimento*

A Constituição de 1937 centralizou o poder político no Governo Federal, priorizando a União em relação aos demais entes federados, da mesma forma como, entre os poderes, tornou o Executivo mais proeminente. Há quem afirme, como Araújo Castro, que o Poder Legislativo não seria um “poder inteiramente”, em virtude das limitações que sofre do Executivo (CASTRO, 1938, p. 53). O Judiciário, de modo parecido, sofria fortes controles pelos demais poderes, até mesmo pelo Legislativo, que poderia, por iniciativa do Presidente, anular decisões em controle de constitucionalidade.

Ainda que a experiência não tenha sido suficiente para demonstrar algumas facetas desse centralismo, uma vez que não houve eleições parlamentares durante os oito anos do Estado Novo, o fato é que a concentração de poderes ocorreu de outras formas. A atividade legislativa, por exemplo, foi toda oriunda de decisões do Presidente, o qual, por meio dos decretos-lei, passou a acumular o poder de legislar²⁰.

¹⁹ A defesa do centralismo e dos poderes excepcionais do Presidente em estado de sítio teve oportunidade de ser utilizada na prática, quando Francisco Campos, ainda deputado federal, defendera o estado de sítio no governo Artur Bernardes e a total falta de bom-senso na hipótese de julgamento, por parte dos tribunais, da conveniência e da oportunidade quando da proclamação do estado de sítio (Cf. CAMPOS, 1956, p. 378-384).

²⁰ O poder de legislar com a expedição de decretos-lei era encontrado no artigo 74, b, da Constituição de 1937, não sendo, contudo absoluto: só deveria ser exercido durante o recesso do Parlamento ou a dissolução da Câmara dos Deputados, excetuando-se as matérias indicadas pelo artigo 13 da Constituição.

Ao comentar a Constituição de 1937, Pontes de Miranda se manifestou sobre a democracia e o poder de legislar. Segundo o autor, apesar de o Preâmbulo da Carta não se referir a instituições democráticas, exagerado seria afirmar que ela tenha extinguido a democracia, pois esta havia ganhado novas feições com a consagração dos plebiscitos; “a democracia pouco sofreu; o que sofreu foi o *poder legislativo* dos representantes do povo” (MIRANDA, 1938, p. 181).

O centralismo pode ser igualmente observado nas relações entre a União e os Estados. Nestes, a chefia do Poder Executivo caberia ao Interventor Federal, de livre-nomeação pelo Presidente da República. Ao contrário das demais constituições brasileiras, que afirmaram a não intervenção da União nos Estados, salvo em casos excepcionais, a Constituição de 1937 é clara ao indicar, no artigo 9º, que “o Governo Federal intervirá nos estados”, tanto nas hipóteses de emergência das alíneas do *caput* do referido artigo, quanto na nomeação do Interventor.

Este seria homem de confiança do Presidente, alguém que o representasse e conduzisse os Estados seguindo as linhas gerais da administração federal. Nas palavras de Pontes de Miranda (1938, p. 291), ele não seria um poder local, mas um poder federal, o que implica serem a política e os assuntos locais meras extensões do eixo federal.

Houve, dessa forma, um controle pela União sobre os demais entes²¹, representando a unidade nacional tão almejada por Francisco Campos e por Getúlio Vargas²².

²¹ Os prefeitos municipais eram livremente indicados pelos interventores, conforme o artigo 27 da Constituição de 1937; mas, como estes eram indicados diretamente pelo Presidente, é lógico que a indicação se adequaria aos ditames federais.

²² Em discurso ainda em 1934, Vargas conclamou o povo a se unir em prol da unidade do País: “da vossa colaboração infatigável surgirá um Estado forte, coeso, capaz de promover a ventura e a fortuna da coletividade. Acima dos ódios e das rivalidades, acima dos partidos e das competições, paira a imagem da Pátria” (VARGAS, 1938b, p. 286).

Medidas de caráter simbólico foram tomadas para que se materializasse a unidade nacional: o fim dos partidos políticos e a proibição de outras bandeiras, hinos, escudos e armas que não fossem os nacionais²³. Pontes de Miranda (1938, p. 209) afirmou que tal medida seria um passo no sentido de retornar à tradição brasileira unitária, já que o federalismo brasileiro havia sido “simples medida de técnica política e não resultado de agregações”. Para celebrar essa unidade, ainda em novembro de 1937, Vargas, que, segundo Skidmore (2000, p. 59-60), “apelava para o sentimento mais alto de nacionalismo” para “superar as paixões regionais em conflito”, promoveu a queima das bandeiras dos Estados.

Com isso, o Governo Federal, centralizado e representante de todo o Brasil, pode implementar os seus planos para o País, passando a atuar ostensivamente, pela primeira vez na história, como um Estado interventor, promovendo o desenvolvimento.

4.3. Desenvolvimento, nacionalismo e industrialização

Com o poder político centralizado na Presidência da República, cabendo ao chefe do Executivo, inclusive, a atividade legislativa, as medidas que Vargas pretendesse adotar seriam realizadas bem mais facilmente, já que praticamente não haveria oposição.

Durante o Governo de Borges de Medeiros, a partir de 1912, o Rio Grande do Sul encampou várias empresas de vários setores, a exemplo de parte da rede ferroviária e dos serviços portuários em Porto Alegre e em Rio Grande (Cf. FAUSTO, 2006, p.

²³ O artigo 2º da Constituição de 1937 tratou, expressamente, da proibição, que atingiu não somente os demais entes federados, mas agremiações de caráter político. A Ação Integralista Brasileira, cujos participantes utilizavam camisas verdes e possuíam como símbolo a letra grega sigma, foram duplamente prejudicados: proibidos de existir como partido, já que eles não mais funcionariam, e de divulgarem os seus símbolos.

18). Já quando Vargas era Governador, ele criou, em 1928, o Banco do Estado do Rio Grande do Sul (Cf. FAUSTO, 2006, p. 34).

O pressuposto dos projetos varguistas foi o nacionalismo econômico, presente desde a Constituição de 1934. A nacionalização das riquezas minerais, especialmente do petróleo, das águas e dos potenciais hidrelétricos, foi importante nesse contexto, pois garantiu ao Estado uma infraestrutura para a industrialização que há décadas vinha tentando-se expandir.

O investimento em infraestrutura também foi notável no período; Vargas acelerou a construção de estradas e, com a ajuda norte-americana durante a Segunda Guerra Mundial, construiu diversos aeroportos no País (Cf. LEVINE, 2001, p. 45). A produção energética também cresceu consideravelmente no período (Cf. LEVINE, 2001, p. 97).

As grandes realizações de Vargas no sentido de se promover o desenvolvimento e a industrialização no Brasil foram fruto da sua habilidade política. A política de neutralidade de Vargas nos primeiros anos da Segunda Guerra Mundial fez com que ele pendesse ora para os Aliados, ora para o Eixo; a favor deste, o fato de que o País seria um “Estado corporativista”, largamente influenciado pelos Estados “fortes” que compunham a aliança.

Pelo tamanho e pela posição estratégica do Brasil, tratava-se de um aliado interessante para qualquer dos dois lados, mas os Estados Unidos souberam convencer melhor o Governo Brasileiro. Por eles, foram direcionados setenta por cento dos auxílios da época destinados à América Latina (Cf. LEVINE, 2001, p. 108), recebendo o Brasil intensa ajuda para que se construísse a Companhia Siderúrgica Nacional, além de outros tantos recursos para fazer nascer a Companhia Vale do Rio Doce. Esse incentivo foi decisivo tanto para a entrada do Brasil no conflito, quanto para a definitiva industrialização brasileira: com essas indústrias de base, a produção nacional pôde crescer satisfatoriamente.

O objetivo de Vargas era alcançar a independência econômica do País, a qual só seria atingida com o crescimento da produção industrial, fazendo com que se diminuísse a dependência da produção externa; à medida que esta aumenta, o endividamento externo cresce paralelamente, e, enquanto houver dívidas a pagar, boa parte do orçamento, que poderia ser direcionado aos investimentos, só servirá para amortizá-las. De certa forma, Vargas foi bem-sucedido: o dinheiro recebido dos Estados Unidos não foi por meio de empréstimos, mas de doação, o que não acarretou endividamento.

Algumas críticas podem ser feitas a essa política econômica varguista. Desde o fim dos anos 40, quando começaram os trabalhos da CEPAL (*Comisión Económica para América Latina*), encarou-se o desenvolvimento sobre outro aspecto: o da diminuição das desigualdades sociais, econômicas e mesmo regionais. O foco da política econômica para a América Latina não poderia ser mais somente o crescimento da economia, mas a sua modernização e a promoção do bem-estar social por meio do Estado, que deveria intervir a fim de alcançar esse fim²⁴.

Com o Governo Vargas, o Estado brasileiro passou a exercer esse papel intervencionista e promotor da modernização da estrutura produtiva do País. No entanto, as desigualdades sociais não foram alteradas significativamente. Apesar de melhoras em alguns setores, como com o crescimento do percentual de população alfabetizada²⁵,

²⁴ O modelo de Estado Desenvolvimentista que a CEPAL defendia para América Latina era próprio para ela, por ser adequado ao conceito de região periférica, cujo capitalismo é fundado na desigualdade e na submissão do Estado a fatores externos. O projeto cepalino pretendia superar essa condição de periferia servindo-se de um modelo de Estado que deveria ser mais do que o Estado Social europeu. Sobre o tema, Cf. BERCOVICI, 2003, p. 54-62. Sobre as relações centro e periferia, Cf. FURTADO, 1983, p. 181-187.

²⁵ “Acompanhando o seu limitado desenvolvimento econômico, havia um crescimento contínuo da proporção entre brasileiros que viviam nas áreas urbanas e um rápido crescimento no volume total da população alfabetizada” (SKIDMORE, 2000, p. 54).

outros permaneceram problemáticos. Enquanto que, em 1920, 1,8% da população possuía 72,4% de toda a terra cultivável, em 1940, 64,4% da terra arável cabia a 3,3% da população (ROSE, 2001, p. 67).

No âmbito das relações sociais, entre trabalhador e empresas, Vargas, baseando-se no positivismo comtiano e castilhisto e no fascismo italiano, negava a luta de classes, integrando no Estado ambas as classes e mediando-se o seu conflito administrativamente, tendo sido essa tendência a adotada na elaboração das leis trabalhistas no Estado Novo (Cf. BERCOVICI, 2005, p. 21). Buscava-se a harmonia e a paridade, ainda que fossem de difícil realização.

Apesar do mito do “pai dos pobres”, há fortes indícios de que a questão social, que teria sido “questão de polícia” durante o Governo Washington Luís²⁶, não mudou consideravelmente na Era Vargas. John D. French (2006, p. 397) mostra outra imagem da questão social no Governo Vargas, a da forte repressão policial e o rígido controle oficial dos sindicatos.

A máquina administrativa criada no Estado Novo com o intuito de organizar o Brasil e dar-lhe unidade e ordem funcionou, muitas vezes, como entrave para a solução de problemas sociais pontuais, como revelam as incontáveis cartas dirigidas a Getúlio Vargas por trabalhadores não protegidos pela legislação laboral. Brodwyn Fischer (2006, p. 424), ao analisar algumas dessas missivas, afirmou que “Vargas pode ter afirmado não existirem ‘intermediários’ entre ele e o povo brasileiro, mas de fato tanto suas leis quanto a burocracia se transformaram em barreiras para o acesso dos trabalhadores pobres aos benefícios do Estado”.

Apesar de as ideias cepalinas terem sido influentes no Brasil a partir do segundo Governo Vargas (1951-1954) e dali até a depo-

²⁶ “Ainda hoje, os historiadores não conseguiram determinar se Washington Luís de fato pronunciou as palavras a ele atribuídas e, em caso afirmativo, o que elas significavam exatamente” (FRENCH, 2006, p. 381).

sição do Presidente João Goulart, em 1964, o que se observa é que, durante o Estado Novo, a postura do Governo foi no sentido de alcançar uma independência econômica com a modernização da economia e a industrialização, sem que se preocupasse e se agisse, efetivamente, para que a questão social fosse resolvida²⁷.

A legislação trabalhista, encarada como uma dívida de Vargas, serviu antes para fazer o trabalhador se acomodar com os seus ganhos e deixar de lutar por mais direitos ou pela implementação dos já concedidos, trazendo os operários para a guarda do Estado, via sindicatos²⁸. A repressão policial, as torturas (ROSE, 2001, p. 118-126) e a censura garantiram o silêncio de qualquer forma de oposição.

5. Considerações finais

As ideias gerais levantadas por este trabalho pretenderam estabelecer uma relação entre três dos elementos mais importantes dentro do contexto do Estado Novo, a partir de uma explicação prévia do que havia antes de 1930, para atingir a explicação de como o País passou a funcionar e de como esses elementos-chaves contribuíram para o que propôs Vargas.

O Estado que emergiu com a Constituição de 1937 caracterizou-se pela centralização na União e no Poder Executivo. Com isso, enfraqueceram-se as antigas oligarquias estaduais²⁹, as quais seriam

²⁷ “Com o Estado Novo, Vargas criou um sistema de controle destinado a impedir a mudança social” (ROSE, 2006, p. 135).

²⁸ A proposta integralista de sindicato em muito se aproxima dos sindicatos durante o Estado Novo. Miguel Reale, na sua fase integralista, sintetizou bem o que seriam essas entidades para o movimento do qual fazia parte. Cf. REALE, 1983b, p. 51-55.

²⁹ “Nos estados mais periféricos, os interventores de Vargas substituíram os clãs que estavam no poder antes de 1930, mas na maioria dos casos novas alianças oligárquicas emergiram, de tal maneira que, nas décadas posteriores à morte de Getúlio, as elites locais continuaram a dominar a política estadual à maneira antiga” (LEVINE, 2001, p. 163).

responsáveis pelo sistema político existente durante República Velha, o qual contribuiu para o pouco desenvolvimento nacional, de acordo com a ideologia governista.

Vargas pretendia criar um Estado unido, no qual a Nação, que representava o todo, sobrepor-se-ia às partes, aos Estados. Constituiu-se um novo federalismo, diferente do encontrado na Constituição de 1891, pois a intervenção da União nos Estados foi direta, restando pouco espaço para autonomia regional. Isso minou as oposições locais ao regime, importando em espaço livre para o Governo agir como lhe aprouvesse.

Entre os objetivos do Estado Novo, encontrava-se o de tornar o Brasil um país economicamente independente e industrializado, tendo sido necessária a intervenção estatal na economia, ora tomando para si certos bens anteriormente entregues aos particulares, ora atuando diretamente na economia, como na construção de indústrias de base. O rompimento com a antiga ordem, neste aspecto, foi essencial, já que as oligarquias que governaram o País tinham profundos interesses econômicos na manutenção da economia como ela era – eminentemente agroexportadora –, uma vez que a maior parte dos Presidentes da República, até 1930, tinha ligações com o setor primário.

Apesar de ter sido bem-sucedido no processo de industrialização, o projeto varguista não conseguiu resolver a questão social. A concessão de direitos trabalhistas, consolidados em 1943, deu-se na tentativa de construir um Estado corporativo, implantando uma harmonia entre patrões e empregados que visava manter a ordem e evitar revoltas; estas, quando ocorriam, eram duramente reprimidas pelo truculento sistema policial instalado ao longo da década de 30.

Dessa forma, pode-se concluir que o modelo de Estado que funcionou no Brasil entre 1937 e 1945 alcançou os seus objetivos de industrializar o País, e, para isso, a

centralização política, a transformação do federalismo e a hipertrofia do Executivo Federal foram decisivos, a fim de impedir a formação de núcleos de oposição ligados aos interesses regionais.

No entanto, o Estado Novo não conseguiu resolver os problemas sociais, ainda que tenha contribuído consideravelmente na sua diminuição. Muitas das reivindicações daqueles que apoiaram o movimento de 1930 não foram atendidas – entre elas, a questão da reforma agrária³⁰. A pobreza persistiu ao término da Era Vargas, assistindo a um País que se modernizava diariamente, aumentando o fosso que separa pobres e ricos, enormemente agravado pelo regime instalado após a deposição de João Goulart, em 1964.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELÄNDER, Airton Cerqueira Leite. *História do Direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da história do Brasil: segundo reinado (1840-1889)*. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2002. v. 2.

_____; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 8. ed. Brasília: OAB, 2006.

³⁰ Bercovici (2005, p. 153) defende que, a partir do segundo governo de Vargas (1951-1954), algumas ações começam a aparecer, como um projeto de lei que tratava da reforma agrária, o qual só fora votado e aprovado em 1962, no Governo João Goulart. Entretanto, Vargas teve o poder de regular a questão durante os oito anos em que governou mediante decretos-lei, e não o fez.

- BRASIL, Joaquim Francisco de Assis. *Democracia representativa: do voto e do modo de votar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2.
- _____. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- FAUSTO, Boris. *Getúlio Vargas: o poder e o sorriso*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- FISCHER, Brodwyn. Direitos por lei ou leis por direito? Pobreza e ambigüidade legal no Estado Novo. In: LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. *Direitos e Justiça no Brasil*. Campinas: UNICAMP, 2006.
- FRENCH, John D. Proclamando leis, metendo o pau e lutando por direitos: a questão social como caso de polícia, 1920-1964. In: LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. *Direitos e Justiça no Brasil*. Campinas: UNICAMP, 2006.
- FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. New York: Penguin, 2003.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- LEVINE, Robert M. *Pai dos Pobres? O Brasil e a era Vargas*. Tradução de Anna Olga de Barros Barreto. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1938. t. 1.
- OSÓRIO, Joaquim Luís. *Constituição política do Estado do Rio Grande do Sul: comentário*. Brasília: UnB, 1981.
- REALE, Miguel. *ABC do integralismo: obras políticas (1ª fase - 1931/1937)*. Brasília: UnB, 1983^a. t. 3.
- _____. *Perspectivas Integralistas: obras políticas (1ª fase - 1931/1937)*. Brasília: Unb, 1983b. t. 3.
- ROSE, R. S. *Uma das coisas esquecidas: Getúlio Vargas e controle social no Brasil / 1930-1945*. Tradução de Anna Olga de Barros Barreto. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- SALDANHA, Nelson. *O pensamento político no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1964)*. Tradução de Ismênia Tunes Dantas. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- TORRES, Alberto. *A organização nacional*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982a.
- _____. *O problema nacional brasileiro: introdução a um programa de organização nacional*. 4. ed. Brasília: UnB, 1982b.
- VARGAS, Getúlio Dornelles. *A Nova Política do Brasil: o ano de 1932; a Revolução e o Norte; 1933*. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1938. v. 2.
- _____. *A nova política do Brasil: a realidade nacional em 1933; retrospecto das realizações do Governo*. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1938. v. 3.

A morte e a morte da concepção sistemática do Direito Privado

Abertura hermenêutica, tópica e cláusulas gerais

Venceslau Tavares Costa Filho

Sumário

1. À Guisa de introdução: o dilema do civilista-partido-ao-meio. 2. A “abertura” do sistema no pós-guerra: viragem retórica do direito civil. 3. Reconstrução da metódica do direito privado: abertura hermenêutica e cláusulas gerais. 4. O direito civil é assistemático? Considerações a partir de uma perspectiva tópica e de “abertura” sistêmica do direito privado.

1. À Guisa de introdução: o dilema do civilista-partido-ao-meio

O pesquisador em Direito Civil vive hoje o dilema do filósofo-partido-ao-meio. Essa é uma interessante metáfora sobre a condição dos que se dedicam ao ambiente jurídico universitário no contexto atual, aludindo à figura de um filósofo que

“quer dois mundos. Quer o canto das sereias, sem ter de abandonar a segurança do barco. Quer analisar indefinidamente, contemplar eternamente a dúvida (que é como deixar-se ficar consigo próprio, sem perturbações, na ataraxia perfeita da perplexidade que ainda não virou espanto), embora também deseje a companhia dos outros e dela precise inexoravelmente. Somente um prodígio pode atender à dúplice exigência do Filósofo. Só o prodígio pode libertá-lo das amarras invisíveis que o aprisionam” (CASTRO JÚNIOR, 2003, p. 16).

Venceslau Tavares Costa Filho é Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Civil pela UFPE; é Advogado, Pesquisador do CNPq/UFPE e Professor.

Fazendo nossas as palavras do jusfilósofo e civilista pernambucano, as exigências necessárias e – algumas vezes – conflitantes do foro e da academia resultaram em um civilista-partido-ao-meio. Enquanto o foro exige do pesquisador do direito privado respostas que auxiliem no deslinde dos problemas submetidos ao crivo do judiciário, a academia, por sua vez, exige do privatista uma capacidade de criticar a dogmática, de questionar os fundamentos do direito civil positivo. O civilista, portanto, pode ser comparado àquelas mulheres das lendas Greco-romanas que ficavam sempre a tecer roupas durante o dia, que seriam desmanchadas durante a noite, na espera pelos homens amados. O mesmo civilista que “tece” belas e elaboradas teorias para o foro, recebe da academia a missão de “desmanchar” tais “peças”.

Esse dilema do civilista-partido-ao-meio deita raízes na tensão entre o pensar a partir de problemas e o pensar a partir do sistema em matéria de direito civil. A ideia de que existe uma contraposição entre pensamento problemático e pensamento sistemático foi suscitada no panorama contemporâneo por meio dos escritos de Nicolai Hartmann (ADEODATO, 2005, p. 81). A questão central neste debate é a seguinte: as respostas que constituem as decisões em matéria de direito civil já estão preestabelecidas (pensar sistemático) ou elas são construídas a partir dos elementos fornecidos pelo caso (pensar problemático)?

No esteio desse debate, o que se pretende evidenciar é a incompatibilidade da noção de sistema em matéria de direito civil com a adoção da tópica e da “abertura” sistêmica como pressupostos para a tomada de decisão. Contudo, não se deseja com isso eliminar qualquer tentativa de construção de um sistema de direito civil, mas somente questionar tais pontos de partida desta concepção sistemática.

2. A “abertura” do sistema no pós-guerra: viragem retórica do direito civil

Desde o fim do século XIX até as primeiras décadas do século XXI, observam-se

diversas críticas à noção de “sistema fechado” e ao positivismo, com desdobramentos nas diversas searas do direito, repercutindo no direito civil no que respeita às críticas quanto à influência da Pandectística e de outras escolas que privilegiavam o conceitualismo, o formalismo, a crença na subsunção, etc.

Antes de seguir com o excursus histórico, contudo, faz-se necessário esclarecer o que seja esta abertura sistemática, que guarda relação com a diferença entre as noções de sistema fechado e de sistema aberto. O ponto de partida para tal distinção é o grau de diferenciação entre o que está dentro e o que está fora do sistema. Se o sistema não for dotado de “válvulas de escape” que lhe proporcionem ligação com os elementos circundantes, considera-se este um sistema fechado. O sistema fechado é absolutamente autorreferente e, portanto, exclusivo e excludente. Mas, se o sistema é dotado de vias de comunicação com o ambiente externo, diz-se que é um sistema aberto. Mas,

“não se pode entender a expressão sistema aberto em sua literalidade. Um sistema completamente aberto é um não-sistema, uma *contradictio in terminis*. Devemos, pois, entender por sistema aberto um sistema que se auto-referencia de modo apenas relativo. Não é, portanto, excludente do que está às suas margens, possuindo mecanismos de captação do seu entorno e de ressystematização destes elementos” (MARTINS-COSTA, 1999, p 42-43).

Esse “enclausuramento” que caracteriza o sistema fechado será considerado um dos fatores que levaram a um isolamento do direito em relação à ética, fundamentando a perpetração de diversas atrocidades na Europa da primeira metade do século XX. Destarte, no período do pós-guerra, em vista da revelação das atrocidades cometidas pelos regimes totalitários alemão e italiano com amparo legal, verifica-se o

aparecimento de obras com o fito de criticar o normativismo (e outras correntes positivistas que também adotavam uma concepção hermética do sistema jurídico), propondo uma retomada do estudo da retórica no direito e ressaltando a importância da hermenêutica, podendo-se citar nomes como Viehweg, Perelman, Toulmin, Peter Häberle e Robert Alexy.

À medida que tais horrores foram denunciados, constatou-se um momento de descrença na racionalidade cartesiano-iluminista. Isso porque uma série de postulados necessitaram ser repensados na medida em que possibilitaram a civilização ocidental chegar a tal estágio. A racionalidade moderna, então, é posta em dúvida, e com ela a procedência do postulado que advoga a possibilidade de o indivíduo desenvolver-se isoladamente, de que seria correto considerar apenas os próprios interesses na realização dos desígnios humanos. Em suma, fazia-se necessário e premente buscar respostas para a seguinte indagação: “Como a humanidade, que estava fundada na razão, pôde chegar a tamanha barbárie?”, a fim de evitar a repetição de tal situação dramática (DANTAS, 2005, p. 192).

Nessa esteira de revisão de postulados, as chamadas escolas argumentativas (ou da Nova Retórica) propugnavam uma abertura do sistema, a fim de conferir ao juiz uma maior liberdade em sua atividade judicante (sem que isso significasse um abalo na segurança jurídica), além de objetivar a persuasão dos indivíduos que ocorrem ao judiciário acerca do conteúdo das decisões. Consigne-se, contudo, que a ideia de sistema aberto já havia sido defendida por Ludwig Von Bertalanffy na primeira metade do século XX, antes mesmo que H. L. Hart aplicasse ao Direito a sua ideia de textura aberta (BERTALANFFY, 1995). Contudo, a despeito do não ineditismo da proposta, deve-se considerar que ela desempenhou um importante papel ao criticar os paradigmas vigentes no pensamento jurídico da

primeira metade do século XX, respaldada pelo pensamento da opinião pública e da comunidade jurídica acerca da carnificina e das violações ocorridas tanto na Alemanha como em outros países antes e no curso da Segunda Guerra Mundial.

De acordo com Ludwig Von Bertalanffy (1995, p. 11), a gênese da ideia de sistema aberto se deu:

“Em conexão com pesquisas experimentais sobre o metabolismo e o crescimento, por uma parte, e inserida em um esforço para concretizar o programa orgânico, por outra, foi desenvolvida a teoria dos sistemas abertos, fundamentada no fato bastante comum de que o organismo é um deles”.

Tal abertura do sistema sob uma perspectiva jusfilosófica diz respeito ao reconhecimento da influência do sistema social sobre o direito, assim como da influência dos demais subsistemas jurídicos sobre o subsistema de direito privado, o que se dá em uma relação de causalidade para Lourival Vilanova. Esse filósofo do direito estabeleceu uma distinção entre a causalidade no direito (interna) e a causalidade do direito (externa). A primeira ocorreria no interior do sistema de normas, verificando-se entre os fatos e as normas. No segundo caso, dá-se na relação de causalidade entre o sistema social e o sistema normativo. Sendo o sistema social um sistema totalizador, encontrando-se vários subsistemas dentro dele em intercorrência causal, verifica-se que o isolamento de um subsistema (o jurídico, o político, etc) é resultado de uma abstração simplificadora, de raiz metodológica e gnoseológica (VILANOVA, 1985, p. 18).

Essa argumentação é corroborada pela seguinte perspectiva: se se considerar o direito uma linguagem lógica, há que se considerar também que – como linguagem lógica que é – o direito é desprovido de idempotência. Em outras palavras: ao direito só é possível falar acerca de objetos que estejam adstritos a uma linguagem do

tipo inferior (Idem, 1976, p. 56). O direito, portanto, não pode ser considerado objeto de sua própria linguagem, somente se podendo falar no direito como objeto de uma linguagem quando convertido em linguagem-objeto de uma metalinguagem (Ibidem, p. 57). Assim, há que se distinguir entre o direito como simples objeto (o direito positivo), o direito como linguagem-objeto (a civilística, por exemplo), e o direito como metalinguagem (a atividade desenvolvida por aqueles que discutem a civilística).

Nesse diapasão, não se pode olvidar que o direito é limitado (como simples objeto, como linguagem-objeto ou como metalinguagem), enquanto circunscrito aos elementos que o integram. Destarte, não é incomum a afirmação de que a discussão acerca de fatos que careçam de tratamento jurídico pertence ao campo da política do direito, mas não ao direito em sentido estrito, pois tal coisa fugiria ao “objeto” do direito. De modo que – dentro desta perspectiva lógico-sistemática – ao direito só importará aquilo que foi selecionado para ingressar no mundo jurídico, pois:

“A constatação de que há fatos relevantes, a que a norma jurídica imputa efeitos no plano do relacionamento inter-humano, e fatos que, considerados irrelevantes, permanecem sem normatização, permite distinguir, dentro do universo dos fatos, que é o mundo em geral – ou mundo fáctico –, um conjunto – o mundo jurídico – formado apenas pelos fatos jurídicos” (MELLO, 2003, p. 9).

A jurisprudência dos interesses também pode ser inserida no rol dos fatores que contribuíram para corroer a crença dos juristas germânicos em uma concepção do ordenamento jurídico como um todo – ou ao menos do direito privado – “como um sistema conceitual fechado, formado por conceitos abstraídos das normas jurídicas, e do qual se poderiam extrair por simples dedução lógica novos conceitos e novas

decisões de casos” (LARENZ, 1969, p. 178-179). Ao conceber o direito como resultado da “luta” entre interesses sociais em disputa, passou a admitir uma interpretação da norma jurídica que leve em consideração os interesses sociais predominantes, de modo que essa busca dos “fins sociais” permitisse uma hermenêutica que não se prendia somente ao texto da norma.

3. *Reconstrução da metódica do direito privado: abertura hermenêutica e cláusulas gerais*

À maneira de Friedrich Müller (2005, p. 2), fala-se em *metódica* no sentido de “hermenêutica”, “interpretação”, “métodos de interpretação” e “metodologia”. Discute-se, portanto, a substituição na atualidade de certos pressupostos para a interpretação, ou da hermenêutica do direito civil. Enquanto em virtude da codificação observou-se uma limitação do papel do intérprete (quando comparado com o desempenhado nas consolidações), o momento é de ênfase na atividade hermenêutica. Naquela época, passou-se da interpretação à exegese. Mas, com a perda da abrangência da codificação (a “descodificação” do direito civil), verifica-se uma revalorização da atividade interpretativa no direito civil (LORENZETTI, 1998, p. 43-44). Pois, com a erosão da ideologia codificadora, este papel nuclear passa a ser desempenhado pela constituição, norma impregnada de valores, princípios e conceitos jurídicos abertos. O que – sem dúvida – realça este momento de revalorização do intérprete. Isso não deve significar um momento de aceitação do intuicionismo dos juízes, bem como não pode resultar na fundamentação da interpretação unicamente no intérprete, pelo que se ressalta o papel das normas fundamentais de direito privado na reconstrução de uma matriz estratégica ordenadora da interpretação (Idem, p. 71-72).

Pode-se afirmar, inclusive, que as influências a que estão submetidos os juízes con-

ferem legitimação e evitam o livre arbítrio na interpretação judicial (HÄBERLE, 1997, p. 31-32). A interpretação da constituição não se constitui acontecimento exclusivamente estatal, posto que outros integrantes da “comunidade política” tomam parte desse processo interpretativo (partes, terceiros intervenientes, pareceristas, peritos, grupos de pressão, etc) (Idem, p. 19-23), já que a interpretação constitucional consiste em uma atividade que – potencialmente – é do interesse comum (Ibidem, p. 24).

De modo que, sob a perspectiva apresentada por Häberle, aduz-se que a interpretação – longe de se constituir um processo de submissão ou recepção de uma nova ordem – é um processo aberto, conquanto “se reconhece que a nova interpretação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação” (HÄBERLE, 1997, p. 30).

Mesmo sob uma perspectiva normativista, como a propugnada por Kelsen, reconhece-se que o homem comum também pode desempenhar um papel ativo na criação de normas, ainda que este não seja considerado uma autoridade estatal. Ao provocar o Estado-Juiz para que este efetue a prestação jurisdicional, o indivíduo procede como sujeito ativo na criação de uma norma, qual seja, a norma individual consubstanciada na sentença que põe termo à lide. Isso porque a norma individual também faz parte do direito, posto que o direito – para Kelsen (2005, p. 124-125) – “não pode consistir apenas em normas ou regras gerais”.

A autonomia privada também confere aos indivíduos poder normativo com a possibilidade de inovar em relação ao Direito posto. A regra da autonomia privada possibilita a dispensa de tratamento normativo positivo às condutas não previstas

pelo ordenamento, o que manteria intacto o dogma da plenitude hermética. O que se chama de tratamento normativo positivo diz respeito à “recepção das expectativas normativas como normas integrantes do sistema jurídico em questão” (CASTRO JÚNIOR, 2000, p. 244). De modo que a regra da autonomia privada proporciona a possibilidade de se lidar com o que, se não existisse tal regra, “seria um corpo estranho ao sistema, por faltar-lhe a norma de reconhecimento correspectiva. Isto é, a norma de autonomia funciona como uma norma de reconhecimento aberta, em branco, que funciona dentro de um certo âmbito” (Idem, p. 244).

A cláusula geral da autonomia privada, assim como outras cláusulas gerais, funciona como uma regra de “calibração” do sistema, permitindo a “oxigenação” do ordenamento, ao incorporar normas criadas pela autonomia privada ao sistema, pelo que – apesar da valorização da lei – faz-se isto a fim de permitir aos particulares uma maior agilidade na vida de tráfico, para que atuem sem a necessidade de a toda hora submeter-se ou aguardar a criação de lei específica regulando o ato. Outras cláusulas gerais também permitiriam essa “abertura” do sistema, ao incorporar tipos não previstos pela lei no sistema jurídico. É o caso das cláusulas gerais da boa-fé, da função social do contrato, do melhor interesse da criança e do adolescente, etc. O aparente “vazio” das cláusulas gerais, à medida que o conteúdo destas é informado a partir de critérios pouco claros, como o contexto, a “natureza” dos institutos, normas implícitas, tipos sociais e outras questões poderão ser compreendidos como uma forma de manter o mito da legalidade, já que determinadas condutas podem ser consideradas conforme a cláusula geral ou em sentido contrário ao que informaria a cláusula geral.

A fundamentação insuficiente, a falta de critérios que informem porque considerar determinada conduta como regulada por

uma cláusula geral ou por determinado dispositivo legal específico geram descon-fiança em relação à utilização deste aparato.

A utilização das cláusulas gerais proporciona um horizonte mais amplo de elementos que vão auxiliar o jurista na busca por uma solução, porquanto permita a inclusão de fatores e valores que não eram tidos como “sistemáticos”, mas que passam a integrar o catálogo de *topoi* por meio do supracitado processo tópico (MARTINS-COSTA, 1999, p. 22). O recurso às cláusulas gerais (apesar de ser apontada como uma das grandes “inovações” do projeto Reale), contudo, não é “novidade” no direito nacional, já que:

“o Direito subsidiário, no longo espaço de tempo em que foi praticado, especialmente a partir da Lei da Boa Razão, fez com que muitos juristas observassem com interesse as idéias dos juristas e das legislações estrangeiras, porquanto a solução do caso dependa da ‘descoberta’ da opinião do autor que, em face do caso concreto, representasse a *recta ratio*. A ‘boa razão’ consistia, principalmente, segundo o § 9º da lei de 18.08.1769, ‘nos primitivos princípios que contêm verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis, que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido e que os Direitos Romano e Natural formalizaram...’. Guardadas as proporções, eram esses princípios, como se vê, uma ‘cláusula geral’, permitindo que a jurisprudência agisse com maior liberdade” (SILVA, 1997, p. 20-21).

A técnica das cláusulas gerais, tão propalada a partir da codificação civil em vigor, é insuficiente em face da necessidade de releitura dos dispositivos de direito civil a partir de uma tutela constitucional emancipatória, que alcance não somente o legislador ordinário e os poderes públicos, mas também as relações entre particulares. Isso porque a inserção de cláusulas gerais em codificações anteriores (como a italiana

de 1942 e a alemã de 1896) gerou descon-fiança em alguns setores do judiciário, em larga medida devido ao alto grau de discricionariedade atribuída ao intérprete, pelo que tais cláusulas gerais ou resultavam em uma construção doutrinária voltada à atribuição de um conteúdo menos subjetivo a estas ou tornavam-se palavras ocas (TEPEDINO, 2003, p. 12).

4. O direito civil é assistemático?

Considerações a partir de uma perspectiva tópica e de “abertura” sistêmica do direito privado

Vivemos hoje a era das incertezas em vários ramos do conhecimento humano. Mesmo as ciências ditas “exatas”, parecem ter renunciado à fé inabalável no paradigma sistemático. Apesar disso, a filosofia do direito permanece como o último dos crentes em busca do graal da razão sistemática (LLOMPART, 1971, p. 85). É em razão dessa fé no sistema (tão justificável quanto a crença em duendes, elfos e outros seres mitológicos), que se procura “salvá-lo” concebendo “sistemas abertos”, “interpretações sistemáticas”, etc. Contudo, incorporar a tópica e a noção de “abertura sistêmica” não salvam a concepção sistemática. São essas as duas “mortes” da perspectiva sistêmica em direito privado.

Assim, fala-se em “a morte e a morte do sistema” porque o retorno à tópica (conforme propugnado por Theodor Viehweg) e a adoção da ideia de “sistema aberto” representariam tais “mortes” a que se submeteu a concepção de sistema em direito civil. A relação entre tópica e direito civil não é uma novidade, porquanto a influência daquela já pudesse ser sentida “no *ius civile*, no *mos italicum*, bem como na civilística atual e presumivelmente também em outros campos” (VIEHWEG, 1979, p. 17).

Adotando-se como pressuposto básico a possibilidade de discussão a partir de pontos de vista diversos, a tópica parte do

pressuposto de que um problema pode ser resolvido de várias formas diferentes. De modo que a importância do raciocínio tópico reside em sua capacidade de “situar os problemas em aberto a partir de uma multiplicidade de perspectivas” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 80).

É por esquemas operativos da tópica que a argumentação visando ao convencimento se desenvolve. A tópica seria um estilo de investigação que partiria de opiniões comumente admitidas ou com força persuasiva no meio social a fim de buscar soluções para as questões por meio delas mesmas (ADEODATO, 2002, p. 38).

Assim, a tópica é vista como *ars inveniendi* devido à importância da busca de argumentos (os quais eram denominados *loci* por Cícero). Consistindo o direito na procura de uma resposta. Assim, não dispendo os juristas medievais de um sistema de regras do qual fosse possível extrair a solução por meio da dedução, a atividade dos juristas voltava-se para a pesquisa das opiniões existentes acerca do tipo de caso sob discussão. É por isso que a construção das soluções lastreava-se na verossimilhança, já que não se admitia a imposição de “verdades evidentes” ao jurista (MARTINS-COSTA, 1999, p. 81).

Theodor Viehweg (1979, p. 80), no que toca à relação entre a tópica e o pensamento sistemático, assevera que:

“É indiscutível que no âmbito jurídico a unidade sistemática é, em linhas gerais, algo antecipado. Dificilmente é possível assinalar até que ponto ela existe efetivamente, ainda que seja de um modo, por assim dizer, parcial e aproximado, pois faltam as correspondentes investigações axiomáticas. No estado atual da investigação dos fundamentos da Ciência do Direito não se pode dizer com suficiente certeza onde se encontram, em nosso ordenamento jurídico, os conjuntos de fundamentos de maior amplitude e que grau de perfeição alcançaram”.

É de se indagar se o manejo de determinados conceitos tidos como inovadores, como as ideias de violação positiva do contrato, deveres anexos derivados da cláusula geral de boa-fé, etc, ocorreria devido a uma inovação no sistema atribuída à jurisprudência, ou – devido a uma restrição a esta possibilidade na teoria das fontes do direito e ao princípio da separação dos poderes – poderia trabalhar-se com o pressuposto segundo o qual “aquelas figuras novas respeitam a valores que, de antemão estavam imanentes ao nosso Direito privado; a problemática em questão desemboca assim na questão do fundamento de validade dos princípios gerais do Direito” (CANARIS, 2002, p. 116).

A questão é que nem todos os princípios ditos de direito privado são deduzidos de dispositivos que pertenceriam a tal “sistema”, o que coloca em xeque o argumento pelo qual se poderia falar em princípios “imanentes” do direito privado. Assim é que se fala em uma “autoridade variável” das regras do código civil (GRUA, 2005, p. 254), pois o fato de o Código Civil tratar de matérias como o Casamento e a União Estável não significa que todas as regras e *topoi* jurídicos atinentes a esses institutos encontram-se implicitamente no Código Civil. Há que se falar, por exemplo, na recente Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que instituiu dispositivos acerca da proteção da mulher no âmbito familiar, acrescentando outros deveres aos cônjuges e companheiros em relação às esposas e companheiras, bem como entre parentes em geral.

Assim, não há que se falar no Código Civil como o diploma legal considerado como repositório do direito comum, ao qual recorrem as leis particulares – subsidiariamente – em caso de lacuna (IRTI, 1979, p. 27). É duvidoso o recurso que porventura se faça às regras do Código Civil em caso de suposta lacuna no Estatuto da Cidade, posto que, em várias passagens, mostram-se incompatíveis entre si, de

modo que – mais do que lei subsidiária – o Código Civil é norma residual (GRUA, 2005, p. 254).

Essa decisão pela aplicação subsidiária das normas do código civil ou de princípios constitucionais ou de tipos sociais incorporados ao “sistema” por meio de um raciocínio tópico, contudo, não compete ao sistema, mas àquele a quem se conferiu o poder de concretizar a norma, de modo que a regra de reconhecimento que confere unidade ao sistema não se encontra no sistema, mas fora dele, porquanto esta escolha seja feita pelo intérprete ou aplicador da norma.

De modo que a “abertura” do sistema não “salva” a sistematicidade do direito, já que a regra de reconhecimento é retirada do âmbito do sistema e transferida para as mãos dos aplicadores do direito, aos quais é dado – a depender do contexto – o poder de alterar a hierarquia normativa e flexibilizar critérios de validade com base em cláusulas gerais e em *topoi* jurídicos, à medida que a concretização destes dependeria de uma remissão ao contexto, o qual – ao “completar” o significado do texto (MORAES, 2006; SALDANHA, 2003, p. 298) – atua relativizando e modificando as regras e princípios (CANARIS, 2002, p. 121-122) e até mesmo modificando ou relativizando a hierarquização normativa (o que ocorre quando se labora com a noção de sistema móvel na concepção de Canaris (2002, p. 132-133), que corresponde à ideia de sistema aberto na concepção de outros doutrinadores) o que demonstra que a regra de reconhecimento do sistema dependerá da atuação do aplicador da norma, que, ao cotejar o texto normativo ao contexto, afastará determinada regra ou não.

Existem algumas simetrias entre a norma de reconhecimento de Hart e a norma fundamental de Kelsen, quais sejam: a) a não promulgação por qualquer autoridade jurídica; b) não são válidas ou inválidas, porquanto não se possa discutir a validade destas normas “últimas”; c) ambas têm a função de emprestar validade à primeira

constituição; d) não se pode considerá-las normas constitucionais, mas meta-constitucionais; e e) ambas dizem respeito às normas sobre as fontes do direito ou sobre a produção normativa (GUASTINI, 2006, p. 203).

Apesar dos elementos em comum, não se pode afirmar peremptoriamente que noção de norma fundamental na teoria kelseniana (a *Grundnorm*) em nada difere da ideia de regra de reconhecimento no pensamento de Hart (a *rule of recognition*). Enquanto para Hans Kelsen a norma fundamental não é uma norma positivada, ou seja, não é uma norma posta, mas pressuposta pela “ciência” do Direito, para Hart a regra de reconhecimento é uma norma positiva. Ainda que não se possa falar em promulgação para a regra de reconhecimento, Hart afirma seu caráter positivo em face da sua caracterização como “regra social convencional tacitamente aceita pelos juízes” (Idem).

A ideia de uma “sistematicidade aberta” parece que não encanta somente parte da civilística nacional, espalhando-se também na jurisprudência, como se constata em um excerto do voto do Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos dos Embargos Infringentes de número 70006984348:

“Um princípio não é aplicado a uma situação de fato isoladamente, mas, sim, em conjunto com outros, através de uma ponderação, em que o predomínio de um ou outro dependerá das exigências do caso concreto, o que ordena uma harmonização prática. Desta forma, o sentido de uma norma principiológica se completa na situação fática, oportunidade em que afloram os valores da comunidade, num ir e vir dialético entre o sentido lingüístico e a realidade concreta, atualizando a norma em face das novas exigências sociais. Essa visão autopoética, que aceita a influência indireta da sociedade sobre o Direito num sistema de fechamento auto-re-

ferencial, sinaliza que a Constituição é um sistema aberto, trazendo um roteiro para as decisões, mas não um sistema cerrado de soluções, o que possibilita maior liberdade criadora do intérprete, o que não apenas extrai o sentido da norma, mas o perfaz no caso concreto. O que corresponde a reputar o Direito, enquanto sistema aberto de normas, a uma incompletude completável, já que ele mesmo traz soluções para os casos que eventualmente deixa de regular”.¹

Se se admitir que essa sistematicidade “aberta” do direito civil se vincula à atividade do aplicador (ou intérprete) da norma, admitir-se-á também que, para cada aplicador, deverá existir um sistema diverso.

Nega-se aqui, portanto, que a sistematicidade do direito civil nacional possa-se sustentar em tais fundamentos teóricos e metodológicos. Não há que se falar na existência de sistemas “abertos”, pois a abertura se opõe à concepção de sistema porque ela atinge o que lhe é mais caro: a regra de reconhecimento, que permite manter ao menos a unidade. É inadequado defender a sistematicidade do direito civil a partir da noção de sistema aberto, porque esta seria uma transposição para o direito do que ocorre com os organismos vivos – os quais são sistemas reais – que, ao interagir com outros organismos, se modificam. Contudo, a unidade do sistema real reside em causalidades físicas, de modo que as modificações ocorridas entre as interações entre seres vivos se dão com base nessa causalidade física, preservando a unidade do sistema. Entretanto, o direito civil é um sistema conceitual, e a unidade dos sistemas conceituais não reside em uma causalidade física. No caso do direito civil, há que se falar em uma regra de reconhecimento. Ao pôr em segundo plano ou até mesmo negar a necessidade dessa regra de

reconhecimento, a noção de sistema aberto labora contra a sistematicidade do direito civil. Há que se reconhecer, contudo, que tal ideia foi propagada em uma época em que se começava a questionar uma suposta falta de limites do pensamento problemático, especialmente a Tópica, apresentando-se como a concepção que permitiria combinar o pensamento problemático (criativo) com a segurança do pensamento sistemático. Esse lastro de segurança no manejo dos *topoi*, contudo, não é conferido pelo pensamento sistemático, mas pela dogmática jurídica.

Nem tanto à terra, nem tanto ao mar! Não há que se falar de autossuficiência nem do caso, nem da práxis jurídica, da interpretação ou, ainda, da norma jurídica (MÜLLER, 2005, p. 29). Assim, como um bom pai que procura dar atenção aos seus diversos filhos, o jurista deve lançar mão dos diversos elementos postos à sua análise para a solução dos problemas postos. É bem verdade, contudo, que – assim como ocorre aos pais que têm os seus filhos preferidos – alguns dos expedientes possam ser considerados preferíveis a outros. Mas, sob pena de se cometer um grave equívoco, nenhum recurso deve ser excluído, assim como nenhum filho deve ser injustamente desprezado.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito*: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoría general de los sistemas*: fundamentos, desarrollo, aplicaciones. México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. O conceito de contrato diante do instituto jurídico da autonomia privada. In:

¹ Cf. TJRS – EI N^o 70006984348. Porto Alegre – 4^a Grupo de Câmaras Cíveis – Rel. Maria Berenice Dias – DJU 14.11.2003.

REIS, Palhares Moreira; SALDANHA, Nelson (Coord.). *Estudos jurídicos, políticos e sociais em homenagem a Gláucio Veiga*. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *Pragmática das Nulidades: a teoria do ato jurídico inexistente*. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Investigando o argumento civil-constitucional. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, ano 6, v. 24, out./dez. 2005.

GRUA, François. Le code civil, code résiduel? *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, n. 2, avril/juin 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Bobbio sobre la norma fundamental e la regla de reconocimiento: análisis e diritto* 2005, ricerche di giurisprudenza analítica. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006. Disponível em: <www.giuri.unige.it>. Acesso em: 8 jan. 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

IRTI, Natalino. L'étà della decodificazione. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 3, n. 10, out./dez.1979.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LLOMPART, José. Juristisches und philosophisches denken. In: BRUYLANT, Emilie. *Le raisonnement juridique*. Actes du congrés mondial de philosophie

du droit et de philosophie sociale. Bruxelles: Hubert Hubien, août/sept. 1971.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*. Disponível em: <www.puc-rio.br>. Acesso em: 5 jun. 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e Direitos da personalidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 51, n. 309, jul. 2003).

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Causalidade e relação no direito*. Recife: OAB-PE, 1985.

Os desafios impostos pela globalização econômica

Marlon Tomazette

Sumário

1. A formação dos estados modernos. 2. A civilização do século XIX. 3. A fisionomia do século XX. 3.1. O lado positivo do século XX: as mudanças impostas pelo fim da Segunda Guerra Mundial. 3.2. O fim do século XX. 4. Globalizações. 5. Os desafios impostos pela globalização econômica. 5.1. A globalização e as empresas. 5.2. A globalização e a segurança e efetividade do estado administrativo. 5.3. Globalização e soberania. 5.4. Globalização e cultura. 5.5. Globalização e democracia.

1. A formação dos estados modernos

A queda do império romano, e consequentemente a ausência de um poder estatal centralizado, fez surgir pequenas cidades, que não eram autossuficientes para atender suas necessidades, as quais se mantiveram fechadas durante toda a Idade Média (GALGANO, 1990, p. 31). No fim da Idade Média, por volta dos séculos XI e XII, com a reabertura das vias comerciais do norte e do sul da Europa, desenvolve-se uma mudança radical na configuração da sociedade, há uma grande imigração do campo, formando-se cidades como centros de consumo, de troca e de produção industrial.

Essa mudança foi provocada pela crise do sistema feudal, resultado da subutilização dos recursos do solo, da baixa produtividade do trabalho servil, aliadas ao

Marlon Tomazette é Mestre e Doutorando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor de Direito Comercial, na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e no Instituto de Direito Público - IDP. Procurador do Distrito Federal e advogado.

aumento da pressão exercida pelos senhores feudais sobre a população. Em função da citada crise, há uma grande migração que envolvia, entre outros, os mercadores ambulantes, que viajavam em grupos e conseguiam um capital inicial, que permitia a estabilização de uma segunda geração de mercadores nas cidades, desenvolvendo um novo modo de produção (Idem, p. 32).

Com o crescimento demográfico nas cidades e o consequente excesso de oferta de mão-de-obra, houve um aumento na produção que desenvolveu as cidades e o comércio internacional, mobilizando grandes capitais. Nesse momento, a burguesia ascendente se associa à nobreza e forma os chamados estados absolutistas, ainda não desvinculados completamente da Igreja, mas já havendo um grande declínio do poder desta, em função de um início da separação entre o poder político e poder secular, fortemente influenciado pela reforma protestante.

Vale ressaltar que nos Estados absolutistas é retomada a ideia de unidade do Estado, que era fundamental nos Estados da antiguidade (JELLINEK, 2000, p. 320). Ressurge com toda força a concepção de soberania, no sentido de poder que não se submete a nenhum outro.

Esse Estado absolutista necessitava de grandes quantidades de capitais para se desenvolver, o que só foi possível em função do modo de produção adotado. “O mercantilismo implicava uma política estatal de nacionalismo econômico e girava em torno de uma preocupação com a circulação de mercadorias, quer em termos do movimento de metais preciosos, quer em termos da criação de equilíbrios comerciais” (WALLERSTEIN, 1994, p. 46).

A formação do Estado moderno que se inicia nesse período se conclui com transformações que ocorrem dentro do próprio Estado em consequência de movimentos revolucionários, especialmente na França, na Inglaterra e nos Estados Unidos durante os séculos XVII e XVIII (JELLINEK, 2000,

p. 320), formando o que se convencionou denominar de Estados Nacionais ou Estado Nação.

O Estado Nacional moderno surgiu como: a) Estado administrador/fiscal; b) Estado Territorial; c) Estado Nacional e d) Estado democrático de direito e social (HABERMAS, 2001, p. 80).

O Estado administrativo pode ser concebido como o resultado da separação entre o Estado e a sociedade, isto é, “a sociedade, para atuar politicamente sobre si mesma, deve destacar um subsistema que seja especializado em decisões que agreguem a coletividade” (Idem). Ficam reservadas ao Estado o monopólio do uso legítimo da violência e as competências reguladoras públicas mais importantes.

Na sociedade moderna, onde foi afastada a autodefesa, salvo hipóteses excepcionais, sendo monopólio do Estado a coação física legítima, compete ao mesmo solucionar a grande maioria dos conflitos de interesses, a fim de assegurar a paz social. O Estado dita regras que disciplinam as relações sociais – o direito objetivo – e soluciona os conflitos de interesses aplicando as regras do direito objetivo, por meio do processo.

O Direito não é apenas um meio de organização da administração, ele protege os cidadãos do Estado, na medida em que conduz as interações entre eles. O direito organiza o Estado administrativo, mas também impõe limites à atuação do Estado administrativo, protegendo os indivíduos da interferência ilegítima do Estado

Para essa atuação administrativa do Estado, é essencial a captação de recursos, pois sem recursos não há atividade que possa ser desenvolvida. Neste particular, surge o Estado Fiscal que é a face do Estado responsável pela captação de recursos na esfera privada, especialmente por meio dos chamados tributos.

Levando-se em conta a forma de imposição do direito positivo, isto é, o âmbito de atuação coercitiva do direito imposto

pelo Estado, a demarcação social da comunidade política deve ser combinada com a delimitação territorial. O Estado deve ter um território, no qual se circunscreve o âmbito de validade de uma ordem jurídica que ele mesmo impõe.

Dentro das fronteiras do Estado territorial, aparece o povo do Estado como sujeito potencial de uma autolegislação de cidadãos reunidos e a sociedade como o objeto potencial dessa atividade. De outro lado, aparece a soberania do Estado territorial como direito ao reconhecimento recíproco da integridade das fronteiras estatais (Ibidem, p. 82).

Sob a ótica política, os Estados que se desenvolveram a partir da revolução francesa e da revolução americana se impuseram mundialmente como um modelo de Estado Democrático. A democracia deve ser entendida como uma associação de cidadãos, livres e iguais que governam a si mesmos. Nem todos os Estados Nacionais eram ou são democráticos, mas, onde surgiu a democracia de forma ocidental, ela assumiu a forma do Estado Nação (HABERMAS, 2001, p. 80).

O Estado territorial, a nação e uma economia constituída dentro das fronteiras nacionais formaram então uma constelação histórica na qual o processo democrático pode assumir uma figura institucional mais ou menos convincente (Idem, p. 78). A soberania residia na nação formada por homens capazes de manifestar o seu livre convencimento (STOLCKE, 2001, p. 417).

Nos Estados nacionais, os conflitos sociais começaram a surgir, transformando-se numa lista de igual número de desafios políticos. A solução desses desafios passa pela premissa de que os cidadãos reunidos em uma coletividade democrática podem configurar o seu âmbito social e podem desenvolver a capacidade de ação necessária para a intervenção. Trata-se da autolegislação, isto é, da tomada pelos cidadãos do poder de se autorregular (HABERMAS, 2001, p. 77).

Sob a ótica econômica, a revolução industrial do século XVIII permitiu um fantástico desenvolvimento dos instrumentos de produção, possibilitando uma evolução econômica gigantesca. Todavia, o mesmo fenômeno gerou “uma catastrófica desarticulação na vida das pessoas” (POLANYI, 2000, p. 51), na medida em que as mudanças operadas em virtude da nova concepção econômica atuaram de modo devastador, sem uma intervenção estatal para salvaguardar os interesses da comunidade.

2. A civilização do século XIX

Há certo consenso entre os historiadores de que o século XIX foi longo estendendo-se desde a revolução francesa (1789) até o início da Primeira Guerra Mundial (1914), sendo marcado pela prevalência da filosofia liberal que primava pela não intervenção estatal a não ser naquilo estritamente essencial.

No longo século XIX, podemos afirmar que houve um longo período de paz, tendo em vista o sucesso da atuação das quatro instituições em que se firmava a civilização desse século, a saber: o sistema de equilíbrio de poder entre as grandes potências, o padrão ouro, o mercado autorregulável e o estado liberal.

A primeira era o sistema de equilíbrio de poder que possibilitou a ausência de qualquer guerra duradoura ou devastadora entre as grandes potências (POLANYI, 2000, p. 17). Não se quer afirmar que houve uma paz absoluta, mas apenas ressaltar que os grandes conflitos entre as potências não se realizaram nesse período, permitindo uma maior estabilização do sistema.

A Santa Aliança conseguiu garantir a paz, com a ajuda de certos instrumentos. Houve uma união de sangue entre os reis e as aristocracias de toda a Europa, que, aliada à atuação da Igreja Católica, permitia uma condição de governo relativamente estável e eficiente que apenas era suplementada pela força para garantir a paz.

O segundo pilar da civilização do século XIX era o padrão ouro, que permitia certa estabilidade na economia internacional evitando desequilíbrios na economia dos países que sempre geravam maiores reflexos. O terceiro pilar da civilização do século XIX foi o mercado autorregulável, pilar este de índole econômica, avesso à intervenção estatal, o qual permitiu um bem-estar material sem precedentes (Idem). Tais pilares estão diretamente ligados ao sistema capitalista de produção.

Por fim, a civilização do século XIX tinha por base o estado liberal, uma criação do mercado autorregulável (Ibidem). Por estado liberal deve-se entender um estado com poderes e funções limitadas (BOBBIO, 2005, p. 7) que permitia ao mercado a sua autorregulação.

Apesar da paz que pautou o longo século XIX, é certo que esses pilares não se sustentaram e fizeram ruir a civilização do século XIX. O estado liberal, que era uma criação do mercado autorregulável, não conseguiu sustentar-se diante do fracasso dessa concepção de autorregulação do mercado que sucumbiu diante da realidade do poder econômico (GRAU, 1997, p. 15).

Durante o século XIX, o trabalho, a terra e o dinheiro eram livres, isto é, havia muita terra disponível, o abastecimento de mão-de-obra de baixo padrão fluía livremente e não havia qualquer obrigação de manter as moedas estrangeiras estáveis (POLANYI, 2000, p. 238). Todavia, ao final do século XIX, tais condições já não mais existiam e o Estado foi obrigado a tomar medidas protecionistas, intervindo na vida da sociedade de forma mais ampla.

Diante da crise econômica mundial, o sistema de equilíbrio de poder não podia mais se sustentar e sem esse equilíbrio a paz também não tinha como se sustentar. A base da civilização do século XIX era justamente a centralização num mecanismo institucional definido. O padrão ouro mostrou-se crucial e sua queda representou a queda da própria civilização do século

XIX (Idem, p. 17), fazendo surgir a civilização do século XX.

3. A fisionomia do século XX

A fisionomia de um século é marcada pelos cortes provocados pelos grandes eventos (HABERMAS, 2001, p. 58). É preferível analisar um século pelos eventos ocorridos e não pelas mudanças de tendência e as transformações estruturais. O século XX, por sua vez, teria sido mais breve que o século XIX¹, tendo como marco inicial a Primeira Guerra Mundial (1914) e como marco final, a queda do muro de Berlim e o esfacelamento da União Soviética (1989).

Durante o breve século XX, desenvolve-se uma luta de ideias, um antagonismo que perpassa as duas grandes guerras e a Guerra Fria. De acordo com a forma de localizar esse antagonismo, surgem três diferentes interpretações, levando-se em conta o nível econômico dos sistemas sociais, o nível político das grandes potências ou o nível cultural das ideologias.

Sob a perspectiva econômica (Idem, p. 59), o século XX é ocupado de modo tenso pelo conflito entre o sistema capitalista mundial e o sistema socialista então emergente. Tal conflito só pôde surgir em virtude da industrialização forçada da União Soviética, que lhe garantiu a condição de potência política, mas nunca garantiu uma base econômica para uma alternativa razoável ou durável para o sistema capitalista.

Sob a perspectiva política (Ibidem, p. 60), o século XX é marcado pela presença de um totalitarismo que rompe com o processo que teve início no Iluminismo. As ideias iluministas são deixadas de lado, em alguns países, dando lugar a uma violência totalitária sem fronteiras, quebrando os limites do direito internacional, do mesmo modo que tal violência, internamente, quebrava as garantias constitucionais.

¹ Sob a ótica econômica, Giovanni Arrighi (1996, p. 247 et seq.) faz outra análise afirmando ser o século XX um século longo (1870 até a presente data).

Sob a perspectiva ideológica, o século XX é marcado por uma cruzada ideológica entre partidos que, se não são da mesma categoria, possuem ao menos uma mentalidade semelhante. Ambos os lados antagônicos parecem combater em “um conflito de visões do mundo entre programas fundamentados na filosofia da história” (HABERMAS, 2001, p. 60).

Embora não se possa negar as diferenças entre as três interpretações, é certo que elas têm um traço em comum, qual seja, analisar os traços terríveis do século XX, quando se inventou uma câmara de gás, uma guerra total, um genocídio feito pelo Estado, um campo de extermínio, a lavagem cerebral e a vigilância completa de populações inteiras. Todas as interpretações permitem vislumbrar que o século XX gerou mais violência, mais morte, mais guerras e mais conflitos do que pôde imaginar.

3.1. O lado positivo do século XX: as mudanças impostas pelo fim da Segunda Guerra Mundial

Habermas (2001, p. 61) critica essas interpretações, na medida em que as mesmas concentram sua atenção nas duas guerras mundiais e na guerra fria, dando uma impressão de que houve uma guerra ininterrupta de 75 anos. Essa ideia não permite visualizar o ano de 1945 como um ponto de virada, uma virada para o melhor.

O fim da Segunda Guerra Mundial (1945), com a derrota das forças do eixo, é um marco melhor para se analisar o século XX. A vitória dos aliados não apenas permitiu o desenvolvimento da democracia na República Federal da Alemanha, na Itália, no Japão e posteriormente em Portugal e na Espanha, como gerou uma série de desenvolvimentos políticos e até mesmo culturais (HABERMAS, 2001, p. 62).

A mudança do clima cultural introduzida em 1945 também permitiu três desenvolvimentos políticos: a) a Guerra Fria, b) a descolonização e c) a construção do Estado social na Europa.

A guerra fria, uma competição armamentista grandiosa, só surge após 1945. E foi ela que deteve as nações ameaçadas sob o signo do terror, na medida em que um equilíbrio louco do terror (possibilidade de destruição recíproca) impediu o surgimento de uma guerra quente.

Também a partir de 1945, desenvolve-se com mais força o processo de descolonização, isto é, vários povos colonizados puseram de lado a dependência formal em relação aos colonizadores, alterando a geografia mundial. Esses povos tornaram-se países independentes – embora frequentemente desunidos por guerras civis – membros da Assembleia Geral da ONU com os mesmos direitos.

Por fim, a partir de 1945, desenvolve-se, nas democracias abastadas e pacíficas da Europa Ocidental e, em menor escala, nos EUA e em outros países, o Estado Social. Nesse Estado há uma construção ampla de direitos civis e pela primeira vez a realização efetiva de direitos sociais básicos, que aparecem como resposta do sistema capitalista ao sistema socialista que prometia grande quantidade de direitos sociais. Nesse Estado Social, a forma econômica altamente produtiva do capitalismo foi sujeitada de modo social a autocompreensão normativa de Estados constitucionais democráticos.

Por todos esses fatores, é que Habermas (2001, p. 80) prefere analisar o século tendo o ano de 1945 como marco. Outrossim, Hobsbawm (1995, p. 253) também tem esse marco muito forte em sua obra, na medida em que ele considera o período que se seguiu a 1945 a era de ouro de século XX.

3.2. O fim do século XX

Ao final do breve século XX, há uma grande mudança na configuração do mundo. “O Breve século XX fora de guerras mundiais, quentes ou frias, feitas por grandes potências e seus aliados em cenários de destruição de massa cada vez mais apocalípticos, culminando no holocausto nuclear das superpotências, felizmente evitado.

Esse perigo desaparecera visivelmente” (HOBSBAWM, 1995, p. 538). Tal fato não significa que a era das guerras tenha acabado, mas apenas que não há mais o risco da guerra de efeitos apocalípticos entre as duas superpotências.

Nas economias mistas do Ocidente, o Estado pôde influenciar nos âmbitos de produção e da distribuição com o intuito de alcançar crescimento, estabilidade dos preços e pleno emprego. Todavia, o fim do século XX encontra-se sob o signo do risco estrutural de um capitalismo domesticado de modo social e do renascimento de um neoliberalismo indiferente ao social (HABERMAS, 2001, p. 64).

Surgem custos sociais, decorrentes do aumento das disparidades salariais, que ameaçam exigir demais da capacidade de integração de uma sociedade liberal. Para os neoliberais, tal disparidade social é aceitável, na medida em que eles propõem um jogo de soma zero, no qual os grandes objetivos econômicos inevitáveis podem ser obtidos às custas de objetivos sociais e políticos.

Numa economia globalizada, os Estados só podem melhorar a capacidade competitiva internacional de suas posições, trilhando o caminho de uma autolimitação da capacidade de realização estatal. Tal situação justifica medidas de “desconstrução” que danificam a coesão social e que põem à prova a estabilidade democrática da sociedade (Idem, p. 67).

Esses problemas econômicos das sociedades do bem-estar social podem ser explicados com base na mudança estrutural do sistema econômico mundial, que tem uma palavra chave: globalização. Dentro dessa nova perspectiva, não há mais espaço para a intervenção estatal, que se impôs na formação do Estado Social.

4. Globalizações

Uma das expressões mais usadas atualmente para justificar as tensões do fim

do século XX e do início do século XXI é a expressão globalização. Essa expressão não tem um único sentido, mas vários sentidos (FARIA, 2000, p. 59), que dizem respeito à economia, à política e à própria soberania dos Estados.

A globalização é uma expressão de sentido bastante variado. Ela representaria “a ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil” (BECK, 1999, p. 46), ou, como afirma Habermas (2001, p. 84), a “intensificação dos fenômenos de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais”. As ideias, os efeitos e as práticas que resultam da globalização são extremamente variadas, daí poder-se falar em globalizações.

Primeiramente, vale destacar a globalização econômica, que pode ser entendida como a “interligação de mercados nacionais através do aumento da circulação entre eles de bens, serviços e capitais” (NUSDEO, 2002, p. 137-138). Em outras palavras, a globalização econômica é “um processo por intermédio do qual as empresas multinacionais ganharam proeminência sem precedentes como atores internacionais” (SANTOS, 2003, p. 433). Para José Eduardo Faria (2000, p. 52), “por globalização se entende basicamente essa integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional, esse fenômeno, como afirma Habermas acaba comprometendo mortalmente a ideia republicana de comunidade”.

Esse fenômeno da globalização econômica é uma realidade atual que tem gerado uma série de efeitos, em especial, “a alteração da estratégia competitiva das empresas, a dispersão internacional das etapas do

processo produtivo, a homogeneização dos hábitos de consumo e de práticas comerciais, a desregulamentação dos mercados financeiros e de outros setores da economia nacionais e, ainda, a formação de blocos regionais de livre comércio” (NUSDEO, 2002, p. 138). Entre todos os efeitos, vê-se claramente a formação de um mercado unificado, no qual os mesmos produtos são vendidos e as mesmas imagens e informações são transmitidas.

Essa é apenas uma das acepções do fenômeno da globalização. Boaventura de Sousa Santos nos propõe quatro outras acepções, com pontos de contato e de distanciamento em relação à primeira concepção de globalização.

Com um enfoque mais amplo, ele afirma que “a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou entidade rival” (SANTOS, 2003, p. 433).

Dentro dessa perspectiva, vale destacar que a globalização não deixar de ser um localismo bem-sucedido, que extrapolou o âmbito inicial de suas fronteiras, isto é, a globalização é o reflexo da influência de determinado comportamento por todo o globo. Como exemplo dessa concepção, temos a expansão da língua inglesa como uma língua “universal” em detrimento de outras línguas que tinham o mesmo potencial, como a francesa.

Outra acepção da globalização seria o chamado globalismo localizado (Idem), que seria o impacto de práticas transnacionais nas condições locais, vale dizer, seria a forma como tais práticas se refletem no dia-a-dia de certa comunidade. A alteração da agricultura, de agricultura de subsistência para agricultura de exportação, seria um dos reflexos dessa globalização.

Uma terceira acepção da globalização, tomada por Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 437) é o chamado cosmopolitismo,

entendido como “a solidariedade transnacional entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos pela globalização hegemônica”. O globalismo localizado e o localismo globalizado geram efeitos muitas vezes nefastos, que fazem surgir uma reação em nível global, possível graças à revolução da tecnologia, da informação e da comunicação. Essa reação, que se manifesta por um conjunto vasto e heterogêneo de medidas, movimentos e organizações, é que representa o cosmopolitismo nessa visão.

Diretamente ligada à concepção anterior, o mesmo autor nos apresenta a quarta acepção da globalização, entendida como a “emergência de temas que, pela sua natureza, são tão globais quanto o próprio planeta” (SANTOS, 2003, p. 437). Surgiria, nesse ponto, o chamado patrimônio comum da humanidade que representaria esse conjunto de preocupações globais, que ensejam movimentos também globais para a defesa desse patrimônio comum.

Sem a pretensão de querer esgotar as acepções da globalização, é certo que as definições apresentadas têm o condão de ilustrar a multiplicidade de efeitos que a globalização está gerando e consequentemente os desafios que surgem dessas globalizações. Para os fins do presente trabalho, porém, serão analisados os desafios impostos especificamente pela globalização econômica que representaria “a ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil” (BECH, 1999, p. 46), ou a “intensificação dos fenômenos de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais” (HABERMAS, 2001, p. 84).

Esse fenômeno da globalização econômica é uma realidade atual que tem gerado uma série de efeitos, em especial, “a alteração da estratégia competitiva das empresas, a dispersão internacional das etapas do processo produtivo, a homogeneização dos hábitos de consumo e de

práticas comerciais, a desregulamentação dos mercados financeiros e de outros setores das economias nacionais e, ainda, a formação de blocos regionais de livre comércio” (NUSDEO, 2002, p. 138). Em suma, por força da globalização, vê-se claramente a formação de um mercado unificado, no qual os mesmos produtos são vendidos e as mesmas imagens e informações são transmitidas, isto é, há uma mudança radical na economia.

5. Os desafios impostos pela globalização econômica

Reconhecendo a importância da globalização, Ulrich Beck (1999, p. 46-47) afirma que ela também é “o acolhimento de algo a um só tempo familiar que não se traduz em conceito, que é de difícil compreensão, mas que transforma o cotidiano com uma violência inegável e obriga todos a se acomodarem à sua presença e a fornecer respostas”. Tal assertiva dá a exata noção de que a globalização gera uma série de desafios, a serem superados.

Há um avanço na atuação dos agentes privados econômicos, que passam a atuar em nível global, o que vai influenciar inclusive a produção de normas jurídicas, em detrimento da centralidade dos governos nacionais. A “mudança radical nas formas de atuação do sistema financeiro internacional e das corporações transnacionais, viabilizando a articulação de suas decisões de investimento, produção e comercialização em escala global com exigências impostas às economias nacionais e aos seus respectivos Estados, é um dos fatores mais decisivos para o declínio das instituições, mecanismos e ‘senso comum’ jurídicos do Estado-nação e para a consolidação das estruturas e procedimentos jurídicos surgidos no âmbito de uma economia globalizada” (FARIA, 2000, p. 109). O Estado já não consegue fazer a coordenação macroeconômica sem o consentimento e a colaboração das organizações complexas.

O Estado vem perdendo sua centralidade na atual configuração do mundo e novos atores passam a assumir o papel de protagonistas inclusive na produção de normas jurídicas. A globalização não afeta apenas as estruturas jurídicas, mas também a repartição de poderes (DELMAS-MARTY, 2007, p. 145). Há um “processo de internacionalização harmonizadora e padronizadora de importantes áreas; ramos e setores do direito positivo nacional é que vão forjar o caráter da racionalidade jurídica inerente ao fenômeno da globalização econômica” (FARIA, 2000, p. 148).

5.1. A globalização e as empresas

A globalização gera um acirramento da concorrência que obriga as empresas cada vez mais a elevar a sua produtividade e a racionalizar o processo de trabalho. Essas imposições devem acelerar, a longo prazo, a dispensa das forças trabalhadoras, aumentando o desemprego, que, somado a um sistema de segurança social saturado e a contribuições se reduzindo, dificulta mais ainda a atuação do Estado, afetando sua legitimação. Não é mais possível o keynesianismo em um país.

Diante dessa realidade da globalização econômica, não resta outro caminho às empresas, senão o de acompanhar o fenômeno da globalização, a fim de que não fiquem obsoletas e não sejam excluídas do mercado (FERRAZ, 2001, p. 168). Para tanto, as empresas devem crescer, expandindo sua atuação, até para além de suas fronteiras originais. Giampaolo Dalle Vedove (1999, p. 196) afirma que um dos motivos da concentração empresarial é “crescer em poder, para adquirir uma dimensão comunitária e se possível mundial”.

Com a globalização econômica, mostra-se impositivo o crescimento das empresas para poderem competir com as grandes multinacionais e até para poderem expandir sua atuação para outros mercados. Assim, para a entrada de uma empresa brasileira no mercado americano, ou no

mercado comunitário, haveria uma união de empresas, aumentando a força da empresa nacional, permitindo-lhe competir com outras gigantes mundiais. Nesse mister, elas lançam mão, cada vez mais, da chamada concentração empresarial.

A concentração empresarial envolve uma série de fenômenos, que devem ser entendidos como todos aqueles nos quais se forma um liame econômico entre empresas, que acarreta uma maior ou menor unidade econômica (BULGARELLI, 1996, p. 50). Tal concepção é extremamente ampla abrangendo quaisquer fenômenos nos quais possa-se manifestar a tendência da empresa “de reunir capacidades econômico-tecnológicas para o aumento de seus potenciais, e que lhe permitam melhor posição no mercado” (BAPTISTA, 1979, p. 184).

Assim sendo, dentro dessa ideia de concentração empresarial, estariam incluídas as fusões, a incorporação, a cisão, a aquisição de controle, a formação de grupos, a constituição de *joint ventures*, a formação de consórcio, a constituição de subsidiárias integrais, a cessão de ativo, e quaisquer outros acordos que apresentem tal tendência. Essa concentração empresarial é a resposta das empresas aos desafios da globalização.

5.2. A globalização e a segurança e efetividade do estado administrativo

Conforme já destacado, o Estado Nacional moderno surgiu como: a) Estado administrador/fiscal; b) Estado Territorial; c) Estado Nacional e d) Estado democrático de direito e social.

Na Europa do pós-guerra, os quatro aspectos do Estado se desenvolveram de modo satisfatório, podendo-se afirmar que boa parte dos Estados da Europa ocidental se encaixava no conceito de Estado Nacional. Todavia, a partir dos anos 70, o Estado Nacional passou a sofrer pressões pelo fenômeno da globalização, a qual afetou diretamente as condições de funcionamento e de legitimação de uma democracia

de massa de Estado social (HABERMAS, 2001, p. 84).

De início, convém destacar que a globalização afeta a segurança jurídica e a efetividade do Estado administrativo. Graças à quebra do equilíbrio ecológico e à capacidade de destruição embutida na aplicação de novas tecnologias, novos riscos (camada de ozônio, chuva ácida, acidentes nucleares...) surgiram.

Esses novos riscos não se atêm às fronteiras de um Estado e, por isso, também não se deixam mais controlar nos âmbitos nacionais. Além disso, o crime organizado torna as fronteiras dos Estados cada vez mais porosas, dificultando também a efetividade de atuação do Estado administrativo. A capacidade que o Estado vem perdendo nesses aspectos pode ser compensada em nível internacional por organizações globais.

Outrossim, a mobilidade de capital dificulta a atuação do Estado Fiscal. Além disso, o acirramento da concorrência conduz à redução de ganhos fiscais, sob pena de se gerar uma grande emigração de capitais. Por essas razões, a expressão Estado enxuto vem-se impondo pelas possibilidades de atuação do Estado no mundo globalizado (Idem, p. 88).

O âmbito de atuação dos Estados Nacionais se restringiu de tal modo, que não restam opções suficientes para enfrentar as consequências secundárias, sociais e políticas de um trânsito comercial transnacionalizado (Ibidem, p. 68). Diante dessa situação, mostra-se mais promissora uma política antecipadora, inteligente e cuidadosa de adaptação das condições nacionais à competição global, como medidas de uma política industrial prospectiva, o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento, a qualificação da força de trabalho e uma flexibilização refletida do mercado de trabalho.

As funções do Estado social não poderão mais ser preenchidas por ele, no mesmo nível que já o foram. A intervenção estatal deve ser cada vez menor dentro de uma

economia globalizada. Desse modo, tais funções devem passar do Estado Nacional para organismos políticos que assumam de algum modo uma economia transnacional, vale dizer, deve-se voltar a atenção para o desenvolvimento de instituições supranacionais.

Essas entidades supranacionais devem assumir funções até então atribuídas aos estados nacionais. Os ganhos serão maiores nessa espécie de cooperativismo, quanto maior for a ambição do projeto. Os Estados singulares deveriam vincular-se a procedimentos cooperativos obrigatórios de uma sociedade de Estados comprometida com o cosmopolitismo, na acepção apresentada por Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 437) “a solidariedade transnacional entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos pela globalização hegemônica”.

5.3. Globalização e soberania

A soberania significou historicamente a negação de toda subordinação ou limitação do poder do Estado por qualquer outro poder (JELLINEK, 2000, p. 466), isto é, a soberania seria um poder que não se subordina a nenhum outro. Todavia, a globalização também afeta essa ideia de soberania do Estado, na medida em que as decisões de um Estado podem afetar pessoas em outros Estados e a coincidência entre os participantes da decisão e os afetados é cada vez mais difícil na sociedade mundial interdependente. A globalização é um catalisador na mudança do conceito de soberania (ROCHA, 2008, p. 80).

A soberania do Estado já não pode ter mais a mesma acepção. A transnacionalização e o pluralismo jurídico, no sentido de multiplicidade de atores, arenas, métodos e formas de produção do direito, refletem a necessidade dessa mudança do conceito, na medida em que já não se pode falar em um centro unitário de poder para tomada das decisões e definição das regras jurídicas (RANDERIA, 2003, p. 467-468). O direito não vem mais apenas do Estado,

mas também de entidades supranacionais. Cada vez mais outros atores internacionais participam de modo ativo da elaboração de regras.

Ademais, surgiram blocos econômicos, militares, “governos” de âmbito regional, internacional e global que permitem um governar para além das fronteiras. E a participação nesses blocos é medida que acaba-se impondo em função das exigências de uma sociedade globalizada.

Todavia, é fundamental ressaltar que não se pretende acabar com a ideia de soberania do Estado. O Estado mantém sua soberania, mas responde a novas necessidades de participação e coordenação (ALBERTON, 2002, p. 16; SANTOS, 2003, p. 468). Há que se fazer um novo conceito de soberania, uma soberania que possa ser compartilhada com entes supranacionais, dando mais força à soberania.

5.4. Globalização e cultura

Hoje, sintomas de fragmentação cultural denunciam as primeiras rachaduras na muralha da “nação” (HABERMAS, 2001, p. 91).

As misérias da repressão, da guerra civil e da pobreza não permanecem um assunto local mesmo porque a mídia cuida para que as diferenças de nível de bem-estar sejam conhecidas por todos. Diante disso, grandes correntes de migração são aceleradas, especialmente nos Estados Unidos e na Europa. As migrações acabam exigindo uma cidadania multicultural, o que acaba abalando a fundamentação nacional da solidariedade dos cidadãos. À medida que esse processo se desenvolve, a solidariedade dos cidadãos transforma-se em um patriotismo constitucional com base mais abstrata.

A globalização também afeta a coesão das comunidades nacionais, em função do surgimento de mercados globais. O consumo de massa, a comunicação de massa e o turismo de massa permitem a difusão de uma cultura de massa (marcada de modo preponderante pelos EUA). Essa difusão

acaba roubando o lugar da autenticidade das culturas locais.

5.5. Globalização e democracia

Por fim, a globalização afeta também a legitimação democrática do Estado Nacional. O processo democrático deve tentar afastar os perigos de uma perda da solidariedade tentando corresponder a critérios reconhecidos de justiça social. Para permanecer uma fonte de solidariedade, o *status* de cidadão deve manter um valor de uso e também se fazer pagar na moeda dos direitos sociais, ecológicos e culturais (HABERMAS, 2001, p. 98).

A globalização influencia a política social na medida em que representa uma redução da entrada de tributos. Além disso, os governos nacionais vêm perdendo a capacidade de influência política no circuito econômico mais amplo. Nos mercados globais, alterou-se o equilíbrio das forças, reduzindo a capacidade de ação política dos atores estatais e aumento do poder de influência das corporações multinacionais. O dinheiro substitui o poder (Idem, p. 100) e apenas o poder se deixa democratizar; o dinheiro, não.

Diante dessa situação que se apresenta, surgem estratégias retóricas opostas entre si.

Uma estratégia invoca o fechamento das comportas para tudo que põe em perigo a segurança interna, bem como contra o transbordamento da informação, o capital estrangeiro, os imigrantes. Trata-se do afeto protecionista.

Por outro lado, surge o afeto libertário que saúda a abertura das fronteiras como libertação dos submetidos à dominação da violência normalizadora, assim como libertação por parte dos indivíduos das pressões para assimilação do modelo de comportamento de uma coletividade nacional.

Para Habermas (2001, p. 103-104), esses dois posicionamentos são superficiais, nas condições da atual constelação pós-nacional. O protecionismo neonacional

não pode explicar como uma sociedade mundial poderia ser novamente dividida nos seus segmentos. Do mesmo modo, o neoliberalismo pós-moderno não pode explicar como os *deficits* de controle e de legitimação podem ser equilibrados em um nível supranacional.

Desde a alta Idade Média, a Europa vem passando por um processo específico que envolve um encontro sucessivo dessas duas formas de integração – com uma sequência característica de efeitos de abertura e fechamento. O mundo da vida desintegrado pela pressão para a abertura deve fechar-se novamente, sendo que, evidentemente, dentro de horizontes ampliados. É certo que esse novo fechamento não deve ser forjado defensivamente contra uma suposta modernização dominadora.

Só é possível enfrentar os desafios da globalização se for viável o desenvolvimento na sociedade de novas formas de autocondução democrática dentro da constelação pós-nacional. O exemplo a se ter em mente é o da União Europeia, que representa a primeira figura de uma democracia pós-nacional.

Na análise da democracia pós-nacional na União Europeia, destacam-se quatro posturas. Em primeiro lugar, temos os eurocéticos que tomam a introdução do euro como algo equivocado ou no mínimo precipitado. Em segundo lugar, temos os pró-mercado europeu que tomam, saúdam e aceitam a moeda unificada como consequência necessária da conclusão do mercado interno e se dão por satisfeitos. Em terceiro lugar, temos os eurofederalistas que visam a transformação dos contratos internacionais em uma constituição política. Por fim, temos os partidários de uma posição cosmopolita, que veem o Estado confederado da Europa com base inicial para a construção de um governo de uma futura política interna mundial (HABERMAS, 2001, p. 113-114).

Essas quatro posturas decorrem de tomadas de posição em relação a deter-

minadas questões que envolvem o fim da sociedade de trabalho, a discussão sobre a justiça social e a eficiência do mercado, a possibilidade de a União Europeia compensar as perdas de competência dos Estados Nacionais e a possibilidade de formação de uma identidade coletiva.

A tendência de aumento da produtividade do trabalho observada nas sociedades industriais passou também para as sociedades pós-industriais, o que gera certa ociosidade na mão-de-obra trabalhadora, resultando no chamado desemprego tecnológico. É certo que, até os anos 70, as perdas de posições de trabalho foram compensadas pelo aparecimento de novos empregos e pela diminuição das jornadas de trabalho. Todavia, desde então, essas compensações cessaram, o que gerou efetivamente um aumento do desemprego, reforçado pelo aumento da busca de empregos por mulheres e pelos imigrantes.

Estamos diante do fim da sociedade de emprego. Esse fato deve ensejar respostas que tornam necessária uma iniciativa coordenada em nível supranacional.

O neoliberalismo afirma taxativamente que os mercados eficientes garantem não apenas uma relação excelente entre os gastos e os ganhos, mas também uma divisão justa. Essa posição conta com sujeitos do direito privado que fazem e permitem o que querem, segundo as próprias preferências e orientações de valores. O neoliberalismo conta com uma sociedade de direito privado, restringindo o uso da liberdade dos cidadãos à fruição da autonomia privada. Essa concepção não é sensível à ideia republicana de autolegislação, na qual as autonomias privada e civil se pressupõem reciprocamente.

Habermas (2001, p. 120) critica essa concepção, ressaltando que os mercados são surdos para informações cuja linguagem não seja a dos preços. Assevera, ainda, que os mercados reais reproduzem e agravam vantagens relativas das empresas, famílias e pessoas já presentes.

Outra questão que se apresenta diz respeito à possibilidade de a União Europeia tomar para si tarefas essenciais do Estado Nação. Hoje se atingiu um ponto no qual uma densa rede horizontal que perpassa o mercado é complementada por uma regulamentação política relativamente fraca, e esta, por sua vez, por serviços públicos ainda mais parcamente legitimados. A dinâmica europeia de unificação pode ir além desse ponto se os eurofederalistas conseguirem suscitar uma discussão pública amplamente efetiva e dramática sobre o tema comum nas diversas arenas nacionais.

O achatamento das identidades nacionais dos Estados-membros da União Europeia não é possível nem desejável. Apesar disso, a União Europeia deveria não se fundar mais em contratos internacionais, mas em uma carta na forma de uma Constituição. Todavia, esse processo não dispensa um procedimento de legitimação democrática comum. O processo de aprendizado que deverá levar a uma solidariedade de cidadãos expandida em termos europeus encontra-se de fato em uma linha de experiências especificamente europeia.

Habermas (Idem, p. 137) não vê nenhum impedimento para o prolongamento da solidariedade civil nacional e da política estatal de bem-estar social no âmbito de um Estado federativo pós-nacional. Todavia, ele ressalta que falta à cultura política de uma sociedade mundial a dimensão ético-política comum que seria necessária para a construção de uma comunidade e da identidade global.

Uma regulação da sociedade mundial exige políticas que distribuam os prejuízos. Todavia, isso só será possível com base em uma solidariedade cosmopolita até o momento inexistente, que será mais fraca do que a solidariedade civil existente dentro dos estados nacionais.

A grande questão que surge é se é possível surgir uma consciência da obrigatoriedade da solidariedade cosmopolita nas sociedades civis e nas esferas públicas

políticas que estão-se desenvolvendo. Apenas, com essa pressão sobre os cidadãos, no sentido de uma modificação de sua consciência, é que será possível a modificação da autocompreensão dos atores capazes de atuar globalmente. Esses atores devem passar a se ver como membros de uma comunidade internacional, na qual a cooperação é incontornável, também sendo essencial o respeito recíproco aos interesses.

Com essa mudança de mentalidade dos cidadãos, será possível a mudança da perspectiva das relações internacionais para uma política interna mundial. Um exemplo animador é a mentalidade pacifista que se articulou publicamente após as experiências de duas guerras mundiais. A comunidade mundial já se uniu, involuntariamente, numa comunidade de riscos, por isso, não é absurdo entender que essa alteração de consciência ocorrerá, dando origem a mais uma grande virada (Ibidem, p. 73-74).

Referências

- ALBERTON, Genacéia da Silva. Tribunalização e jurisprudencialização do Estado contemporâneo: perspectiva para o Mercosul. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 800, jun. 2002.
- ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Concentração de empresas. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo, v. 3, n. 9, jul./set. 1979.
- BECK, Ulrich. *O que é a globalização?* Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.
- BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *La refoundation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: PF, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HOBBSBAM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Traducción de Fernando de Los Rios Urruti. Granada: Comares, 2000.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação*. 9. ed. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- RANDERIA, Shalini. Pluralismo jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania diferenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- ROCHA, Luiz Alberto G. S. *Estado, democracia e globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- STOLCKE, Verena. A natureza da nacionalidade. In: MAGGIE, Yvone; REZENDE, Claudia Barcellos (Org.). *Raça como retórica: a construção da diferença*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- VEDOVE, Giampaolo Dalle. *Concentrazioni e gruppi nel diritto antitrust*. Padova: CEDAM, 1999.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *O sistema mundial moderno*. São Paulo: Afrontamento, 1994. v. 2.

Enquadramento jurídico do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa no direito brasileiro

Marco Bruno Miranda Clementino

Sumário

1. Introdução. 2. Contextualização do Acordo Ortográfico. 3. *Status* hierárquico do tratado no direito brasileiro. 4. Possíveis antinomias aparentes na aplicação do Acordo Ortográfico. 5. Linguagem jurídica e processo de construção da norma jurídica. 5.1. Norma jurídico-ortográfica. 6. Conclusão.

“Nossa capacidade de comunicação não é medida pela forma como dizemos as coisas, mas pela maneira como somos entendidos”.

(Andrew Stephen Grove)

1. Introdução

Em 01 de janeiro de 2009, entrou em vigor o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa. Assinado em Lisboa quase 20 (vinte) anos atrás, em 16 de dezembro de 1990, o Acordo foi resultado de intensas tentativas de uniformização ortográfica da língua portuguesa entre os Estados lusófonos. No Brasil, sua incorporação ao sistema jurídico se deu pelo Decreto nº 6583/2008, implicando modificação na ortografia de cerca de 0,5% (meio por cento) das palavras, além de certa perplexidade na população, que se viu de repente obrigada a rever regras que vinham cumprindo de forma um tanto automática por muitos anos.

Não se esperava, no entanto, que também algumas perplexidades de cunho mais jurídico pudessem-se constatar na aplicação das novas regras. É que, se de um

Marco Bruno Miranda Clementino é Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte, Especialista, Mestre e Doutorando em Direito, Professor do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

lado estas parecem traçar objetivamente a nova grafia de algumas palavras na língua portuguesa, não se pode perder de vista que sua perspectiva normativa não se dá meramente no plano da gramática, mas também no plano do direito, portanto num plano linguístico distinto.

A priori, até pode parecer sem sentido essa afirmação. Ora, se a Constituição Federal, no artigo 13, dispõe que o português é o idioma oficial da República Federativa do Brasil e se existe veículo introdutor de normas enunciando a ortografia das palavras, intui-se que o Acordo deve-se aplicar em sua plenitude a qualquer palavra da língua portuguesa. Essa é não apenas a resposta mais óbvia, como também é a correta. Todavia, não deixa de ser, por outro lado, uma resposta apressada, já que algumas dúvidas podem surgir na aplicação das regras, especialmente quando se trata do discurso jurídico.

Com efeito, é importante lembrar que, como o Acordo foi introduzido no sistema jurídico nacional sob o patamar de lei ordinária, é preciso que se tenha uma justificativa (jurídica) sólida para se concluir, por exemplo, pela invalidade da ortografia de um conceito jurídico previsto na Constituição Federal, norma jurídica de hierarquia superior na pirâmide normativa.

O estudo da temática sob o enfoque dogmático tem absoluta relevância, até porque a finalidade do Acordo é justamente prover a uniformidade ortográfica em todos os Estados signatários, como forma de facilitar a intercomunicação dos cidadãos dos Estados de língua portuguesa, até com o objetivo de preservar a herança cultural dos povos lusófonos e de fortalecer o idioma politicamente no cenário internacional. Um idioma forte é relevante ferramenta de prestígio nas relações internacionais.

Nesse sentido, este trabalho tem por objeto o estudo, dentro de uma perspectiva eminentemente dogmática, da densidade normativa do Acordo em face de possíveis antinomias decorrentes da estrutura hie-

rárquica das normas jurídicas, partindo-se desde logo da hipótese de que essas contradições não existem e que aquele irradia seus efeitos por completo, incidindo em qualquer texto de direito positivo.

2. Contextualização do Acordo Ortográfico

Não são recentes as iniciativas reformistas na língua portuguesa. Ainda no início do século XX, Portugal procedeu a uma profunda reforma ortográfica, mas o fez sem a participação do Brasil. Diante disso, os dois países passaram a utilizar ortografias completamente diferentes. Portugal adotou uma ortografia reformada, mais parecida com a de hoje, enquanto o Brasil permaneceu vinculado ao modelo tradicional.

Ao longo dos anos, entretanto, verificou-se uma aproximação entre os dois países e entre a Academia de Ciências de Lisboa e a Academia Brasileira de Letras, com a finalidade de promover reformas conjuntamente, culminando com um primeiro acordo em 1931 e outros com o decorrer das décadas.

O Acordo Ortográfico mais recente é o de 1990. Alvo de elogios e críticas, sua principal virtude foi instituir uma ortografia oficial para a língua portuguesa, aproximando-a do padrão que vinha sendo praticado no Brasil. Assim, se para os brasileiros o Acordo promoveu modificações na ortografia de cerca de 0,5% (meio por cento) das palavras, esse percentual sobe para 1,6% (um inteiro e seis décimos por cento) na norma euro-asiática-oceânica.

O Acordo foi assinado, sob a forma de tratado internacional (conceito em sua acepção genérica), pelos Governos da República de Angola, da República Federativa do Brasil, da República de Cabo Verde, da República de Guiné-Bissau, da República de Moçambique, da República Portuguesa e da República Democrática de São Tomé e Príncipe. O Timor-Leste não foi signatário porque não ostentava a condição de Estado

naquele momento, não tendo até agora ratificado o tratado. Macau, por sua vez, era território sob administração portuguesa e hoje, embora integrado à China, ainda mantém o português como idioma cooficial. Porém, ainda não há posicionamento oficial do governo chinês a respeito do Acordo.

Assinado em 1990, o processo de incorporação do tratado ao direito interno brasileiro concluiu-se apenas em 2008, com a edição do Decreto nº 6.583/2008, após aprovação pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 54/95. Assim, assumiu o *status* de lei ordinária no direito positivo brasileiro, com vigência a partir de 01 de janeiro de 2009 (art. 2º), a despeito da previsão de um período de coexistência entre as duas ortografias até 31 de dezembro de 2012.

É interessante ressaltar que, no plano externo, o Acordo tivera vigência, a rigor, desde 01 de janeiro de 2007. Contudo, dificuldades em se consumir sua incorporação no plano interno, no Brasil e em Portugal, postergaram essa data, de modo que, na prática, somente em 2009 foi possível sua implementação.

3. Status hierárquico do tratado no direito brasileiro

Desde que se convencionou, no direito inglês do século XVIII, que *International law is part of the law of the land*¹, como regra incorporada à tradição da *Common Law*, inaugurou-se toda uma discussão teórica em torno dos conflitos entre tratados e leis nacionais, notadamente sobre os critérios de superação de antinomias aparentes. Ostentando a ordem jurídica a unidade como traço característico (BOBBIO, 1990), as antinomias no direito serão sempre aparentes, por ser este dotado de uma espécie de autoimunidade contra as contradições que lhe inviabilizassem a certeza necessária. A necessidade de superação do conflito repousa

¹ Tradução livre: “O direito internacional é parte da lei da terra (direito nacional)”.

na raiz do dever-ser, da linguagem deontica do direito, incompatível com meros juízos de probabilidade. “Na sentença que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade em que o ato jurisdicional declarasse, como exemplifica Lourival Villanova, que possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu” (CARVALHO, 1999, p. 145).

Os critérios de superação de antinomias aparentes entre tratados e leis nacionais variam de acordo com cada sistema jurídico. Enquanto alguns estabelecem a supremacia da norma internacional, como ocorre no já antigo sistema francês, regulado pelo artigo 55 da Constituição da República Francesa, outros Estados, como o Brasil, ainda permanecem prestigiando a lei interna. Na grande maioria dos Estados, como em Portugal (artigo 8º, inciso 2, da Constituição Portuguesa), ressalva-se a supremacia da norma constitucional, embora na Europa cada vez mais se prestigie o direito comunitário.

No Brasil, com a ressalva do disposto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal no que se refere aos tratados internacionais versando sobre direitos humanos, não existe norma constitucional expressa preservando o *status* da norma internacional incorporada no direito interno. No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), no final da década de setenta, mais precisamente em 1977, firmou sua jurisprudência no sentido de que o tratado é incorporado ao direito brasileiro com a hierarquia de lei ordinária, portanto no mesmo patamar da legislação infraconstitucional. Tal se deu no julgamento do RE 80.004-SE, no qual o STF foi provocado para apreciar um caso concreto sobre a aplicação da Convenção de Genebra no tocante à Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que não exigia o registro obrigatório desses títulos de crédito respectivos como requisito de validade, o que fora posteriormente feito por meio do Decreto-lei nº 427/69.

Nesse sentido, a norma internacional ingressa no direito brasileiro, via de regra, em

patamar hierarquicamente inferior à norma constitucional (ressalvadas as hipóteses do artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal), aplicando-se então, no caso de antinomia aparente, o critério hierárquico para solução (*lex superiori derogat inferiori*). Quanto ao conflito entre tratado e lei ordinária, dada a equivalência hierárquica, impõe-se recorrer aos critérios temporal e de especialidade (GUASTINI, 1999).

4. Possíveis antinomias aparentes na aplicação do Acordo Ortográfico

Não há dúvida de que o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa constitui uma entidade normativa na gramática da língua portuguesa. O Acordo estabelece regras, comandos normativos que devem ser observados no momento em que se pretende escrever em português. Essas regras visam a instrumentalizar a comunicação escrita, cada vez mais determinante nas relações sociais, e o usuário que não as cumpre não estará comunicando-se efetivamente em língua portuguesa. É verdade que a comunicação muitas vezes consegue-se efetivar mesmo sem obediência a tais regras, mas não se pode perder de vista que a falta de um referencial pode dissipar as convenções linguísticas obtidas ao longo do tempo como forma de intermediar o processo comunicativo.

No entanto, não é menos certo que todo fenômeno que envolva relações interindividuais é intermediado por uma base linguística, por um discurso. Isso ocorre, por óbvio, também no direito, em que essa característica inter-relacional é bastante marcante. Não houvesse a necessidade de coexistência de duas liberdades, nenhuma utilidade teria um sistema jurídico regulador de condutas.

Nesse sentido, se a gramática contém uma base essencialmente linguística, o direito também se expressa como linguagem, uma linguagem que lhe é própria, segundo a qual, dada a sua feição deontica, a supe-

ração de antinomias é de rigor. O detalhe é que essa superação lhe é endolingüística, o que é bastante óbvio, já que, para lhe assegurar o caráter deontico, o direito se alimenta de si próprio para exprimir a certeza sem a qual não lhe será possível prescrever condutas.

O estabelecimento dessa premissa é fundamental à análise. Isso porque, se o Acordo, como tratado internacional, tem *status* de lei ordinária no direito brasileiro, as regras por ele introduzidas não podem contrariar o texto constitucional, sob pena de lhes ser declarada *ultra vires* a norma por ele veiculada. Se isso não bastasse, essas normas podem, por outro lado, ser revogadas por mera lei ordinária posterior.

Pode-se afirmar que, se tal ocorresse, haveria meramente uma opção política de Estado no sentido de não manter a uniformidade desejada. No entanto, a discussão tem ainda outras perplexidades, especialmente se se considerar que, no texto constitucional, existem conceitos eminentemente jurídicos grafados ainda sob as regras anteriores. Nesse caso, como conferir validade à regra do Acordo em detrimento de uma norma hierarquicamente superior estabelecendo o conceito jurídico com a ortografia anterior?

A questão é intrigante e não se exaure por aí. Ora, mantidas ainda as premissas, se porventura lei ordinária posterior ao Acordo trouxesse a previsão de um conceito jurídico com ortografia que o contrariasse, aplicando-se a regra temporal de solução de conflitos de normas, manter-se-ia o vocábulo fora dos padrões ortográficos do idioma português, que se pretende uniforme em todos Estados lusófonos?

5. Linguagem jurídica e processo de construção da norma jurídica

Antes de responder a essas indagações, é preciso agora fixar mais algumas premissas, a partir de uma já traçada, quando se afirmou que o direito se expressa por meio de um discurso. Assim, embora dotado de

uma linguagem própria, a linguagem jurídica, não há dúvida de que seu processo de construção segue uma estrutura linguística.

Desse modo, recorrendo à semiótica ou teoria dos signos, a construção da norma jurídica, tal como se dá em qualquer processo comunicativo, observa três partes bem definidas: a sintática, a semântica e a pragmática. Na verdade, a comunicação somente se consuma a partir da assimilação dessas três partes, resultando em juízos pelos usuários do processo comunicativo.

Para melhor esclarecer, Tercio Sampaio Ferraz, que propõe um modelo linguístico-pragmático para a análise da norma jurídica, explica que

“a pragmática é concebida como uma das partes da teoria dos signos ou semiótica, que os encara na relação entre si próprios (sintaxe), na sua relação aos objetos extralinguísticos (semântica) e na sua relação aos seus intérpretes ou usuários (pragmática)”. (FERRAZ JUNIOR, 1978, p. 2-3)

Assim, a comunicação somente se consuma com a pragmática quando já houve a assimilação dos signos (sintaxe) e dos respectivos significados (semântica) pelos usuários da linguagem. Nessa fase, chega-se à significação quando o espírito do usuário está apto a fazer um juízo ou um conceito sobre o conteúdo da mensagem transmitida.

Num estudo do direito como linguagem, o mesmo percurso é enfrentado. Assim, os textos normativos são as relações entre signos ou um conjunto deles (sintática), o significado é o comportamento humano que estes expressam (semântica) e, por fim, a significação (pragmática) é o resultado do juízo feito pelo intérprete quando lê o texto e o remete a um determinado comportamento humano. Somente aí há norma jurídica.

5.1. Norma jurídico-ortográfica

A partir dessas premissas, é possível afirmar que as regras do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa prevalecem mesmo que a Constituição Federal contem-

ple ortografia distinta ou que lei ordinária posterior traga vocábulo com ortografia em desacordo. Isso porque, a rigor, somente o Acordo traz norma jurídica (exaurindo-se os aspectos da semiótica jurídica) sobre ortografia.

Com efeito, se a Constituição Federal traz um conceito jurídico grafado diferentemente da regra do Acordo, ali não se contém nenhuma norma ortográfica. É mero signo, que não exaure as três partes da semiótica. Da mesma forma, se se introduz, em lei ordinária posterior, um conceito jurídico com diferente ortografia, também ali aquele texto não ingressa sequer no plano da sintática (relação entre signos), não produzindo, pois, norma jurídica.

Quanto ao Acordo, diferentemente, há efetivamente norma jurídica determinando que o português, previsto na Constituição Federal, obedeça àquela regra ortográfica, de modo que, nesse caso, não existe mero signo, senão a presença de um texto normativo (sintática), com um significado determinado (semântica), o qual, assimilado pelo intérprete, resulta num comportamento humano a ser observado (pragmática). Esse comportamento é simplesmente o de escrever em português segundo aquelas regras. Por isso, é possível sustentar que o texto constitucional deve ser atualizado à luz das novas regras, sem que isso lhe implique qualquer violação.

6. Conclusão

A ideia de escrever o presente trabalho partiu da perplexidade de que problemas jurídicos poderiam interferir na plena aplicação do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa no Brasil. Como este foi introduzido no direito brasileiro com *status* de lei ordinária, poderia surgir a objeção de que conceitos jurídicos veiculados pela Constituição Federal não poderiam ter sua ortografia modificada. Da mesma forma, haveria a possibilidade de revogação por lei ordinária posterior.

No entanto, a partir de um estudo, sob o prisma da semiótica, do processo de construção da norma jurídica, foi possível concluir que, expressando a ortografia mero signo, não chega a expressar norma jurídica que inviabilize a aplicação do Acordo. Assim, ainda que previsto no texto constitucional, um determinado conceito jurídico deve observar as regras unificadas, permitindo a uniformidade almejada quando das tratativas para a elaboração do Acordo.

Enfim, é possível afirmar que, do ponto de vista jurídico, as regras veiculadas pelo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa incidem sobranceiramente sobre todos os textos normativos brasileiros, mesmo sobre os signos referentes a conceitos jurídicos criados pela Constituição Federal, pelo menos até que outras regras ortográficas sejam introduzidas no direito brasileiro por norma jurídica superior ou equivalente.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Ed. UnB, 1990.
- CARVALHO, Carlos Gomes. O idioma como um direito constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, n. 39, abr./jun. 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Teoria da norma tributária*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 2.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. O idioma oficial: significado do art. 13, caput, da Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 81, n. 677, mar. 1992.
- FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- _____. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
- GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Traducción: Jordi Ferrer i Beltran. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável

Uma análise a partir do caso das *papeleiras*

Ceres Fernanda Corrêa e
Eduardo Biacchi Gomes

Sumário

Introdução. 1. Desenvolvimento econômico sustentável e meio ambiente. 2. Direito fundamental ao desenvolvimento. 3. Dano iminente e caso das *papeleiras* – direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Conclusões articuladas.

Introdução

O modelo de produção mundial, que se estabeleceu no momento após a Segunda Guerra Mundial, foi pautado no desenvolvimento econômico desenfreado e pela extração de recursos naturais sem qualquer tipo de estudo ou planejamento, o que levou a uma percepção contemporânea, de que os recursos que o meio ambiente disponibiliza são limitados e muitas vezes não renováveis. Essa noção é uma contraposição às políticas predatórias e exploratórias, adotadas pelos Estados, até a segunda metade do século XX, que eram baseadas em políticas inconsequentes e que valorizavam o desenvolvimento econômico, sem se preocuparem com o desenvolvimento sustentável.

A proteção ao meio ambiente, ao longo dos últimos anos, é tema mais do que presente na pauta da agenda internacional dos Estados, tanto na seara econômica quanto do desenvolvimento sustentável devido a esses fatores históricos de prejuízo ambiental cujos resultados atualmente já podem ser verificados por todos, como é o caso

Ceres Fernanda Corrêa é Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL, Advogada e Engenheira Agrônoma. Pesquisadora vinculada ao grupo de pesquisa PATRIAS, certificado pela UniBrasil e registrado no CNPQ.

Eduardo Biacchi Gomes é Pós-Doutor em Estudos Culturais pela UFRJ, Doutor em Direito pela UFPR, Professor do Programa de Mestrado em Direito Constitucional na UNIBRASIL, Professor de Direito Internacional na PUCPR e FACINTER, Pesquisador do Grupo PATRIAS vinculado à UNIBRASIL e registrado no CNPQ.

da relação entre as mudanças climáticas e o aumento da poluição mundial.

Essa exploração dos recursos naturais realizada principalmente pelos países industrializados, desde o início da Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII, foi um modelo que somente começou a ser contrariado após a segunda metade do Século XX, quando os Estados passaram a ter uma maior consciência e preocupação em relação à proteção ao meio ambiente. O auge da internacionalização da preocupação ambiental se iniciou com a Conferência de Estocolmo, em 1972, que foi um marco para o Direito Ambiental Internacional.

No mesmo momento em que houve o desenvolvimento dessa temática ambiental, ocorreu o processo de formação dos blocos econômicos (principalmente na década de 90) tanto da União Europeia quanto do Mercosul, sobretudo com objetivo de unir países com objetivo comum de se tornarem mais competitivos no comércio internacional.

A União Europeia, ao iniciar o processo de formação do bloco, não tinha apenas objetivos econômicos, mas sociais, estratégicos e políticos. A criação do Mercosul tinha finalidade principalmente econômica, sem se esquecer, todavia, de outras políticas estratégicas, como desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, democracia e direitos fundamentais.

No caso específico do Mercosul (bloco econômico criado pelo Tratado de Assunção, em 1990, pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), ao lado das políticas de Estado voltadas para a concretização de um mercado comum, que pressupõe a livre circulação dos quatro fatores de produção (bens, pessoas, serviços e capitais), as economias menos favorecidas, como a uruguaia e paraguaia, buscam a captação de investimentos voltados ao desenvolvimento dos países, sendo este um dos objetivos da integração.

Todavia, o avanço desse desenvolvimento econômico nessas regiões pode conduzir à ocorrência de danos ambien-

tais, inclusive em localidades que não se restringem a um único Estado, como em países que fazem fronteira e possivelmente fazem parte do mesmo bloco econômico, ocasionando o dano ambiental transfronteiriço. Há que se compatibilizar, portanto, a proteção ao meio ambiente com o direito fundamental de os Estados buscarem o seu desenvolvimento sustentável, ao se dispor de maneira racional do meio ambiente.

O presente artigo propõe-se a examinar a referida tese central, a partir do estudo de dois casos referentes ao conflito surgido do “caso das *papeleras*”, que envolve Argentina e Uruguai, tanto na instância do Mercosul como na Corte Internacional de Justiça. A Corte Internacional de Justiça decidiu que não houve violação do Estatuto do rio Uruguai por parte do Uruguai e, quanto ao Mercosul, decidiu que o dano ambiental não foi comprovado e que a iminência desse dano não é suficiente para frear o desenvolvimento.

O ideal é que esse desenvolvimento econômico exista, porém que seja pautado em equilíbrio na questão da preservação ambiental, para que as futuras gerações também possam desfrutar do meio ambiente saudável, de forma a compatibilizar o desenvolvimento com o crescimento econômico, podendo, dessa maneira, preservar o direito fundamental dos Estados de se desenvolverem.

1. Desenvolvimento econômico sustentável e meio ambiente

Desde o fim do século XIX, o mundo vem passando por significativas transformações principalmente com relação à economia e à sociedade. O modo de produção, antes pautado principalmente na agricultura, alterou-se após a revolução industrial e passou a ser baseado na indústria urbana o que levou a um deslocamento da massa de trabalhadores do campo para as cidades.

Após a Revolução Industrial, foi necessário observar os padrões que se estabele-

leceram, como, por exemplo, a atividade laboral sem regulação normativa pelo Estado e o fato de que a remuneração recebida por esses trabalhadores era insuficiente para suprir as suas necessidades básicas de ser humano. Devido a esses e outros fatores, houve o início da luta pelos direitos dos trabalhadores que trouxe consigo um conceito importante, o da necessidade de qualidade de vida.

Para Lopes (2006, p. 107), mesmo antes do advento do Estado Social, que ocorreu na segunda década do século XX, com o marco da Constituição Mexicana de 1917, e a Constituição de Weimar de 1919, já era possível verificar as influências negativas da Revolução Industrial por meio dos movimentos revolucionários sobre o direito.

Os trabalhadores começaram a exigir condições mínimas para sua sobrevivência nas cidades e com o passar do tempo se tornaram consumidores de produtos e serviços. Nessa época as principais preocupações sociais foram suscitadas por esses trabalhadores e eram referentes ao emprego e às condições de trabalho. Com essa reflexão, houve o surgimento das *Trade Unions* dando origem aos sindicatos, que foram conquistas lentas, porém progressivas. (HUSNI, 2007, p. 27)

Desde o século XIX, já se presenciava a insuficiência do entendimento de que os direitos subjetivos eram absolutos no âmbito do convívio social. Foi devido a esse fator que pausadamente foram aceitas as limitações à propriedade e à proibição ao uso indiscriminado dos recursos disponíveis (LOPES, 2006, p. 301).

Esse modelo de produção desenfreada foi proporcionado pelo Estado Liberal, que tem o seu desenvolvimento concomitante à Revolução Industrial, e se pautava no individualismo, era garantidor da liberdade e simultaneamente investia na diminuição das desigualdades materiais que eram um impedimento para as pessoas realizarem sua expectativa de vida. Com a superação desse Estado, veio o Estado Social que se

utilizou de conceitos como solidariedade, distribuição de bens e recursos sociais para se consolidar (Idem).

No Estado Liberal, a propriedade tinha um caráter quase absoluto; esse aspecto, ao longo dos anos, tornou-se incompatível com os anseios sociais e ambientais. Percebeu-se que a natureza tinha suas limitações e que o uso, sem controle dessa propriedade, poderia causar danos ambientais e sociais de difícil reparação (BESSA, 2006, p. 96).

Concomitante com o capitalismo e a globalização, iniciou-se um momento de novo paradigma histórico e mudança de valores, em que o Estado “constrangido” pelo apelo do povo, que reivindicava direitos básicos, amenizou a insatisfação geral com seu desempenho e proveu as necessidades individuais e coletivas; por tal razão, pode ser chamado de Estado Social (BONAVIDES, 2001, p. 186).

Segundo Gomes (2010, p. 37), pautado no liberalismo, desenvolveu-se o processo de integração dos Estados; essa necessidade de integração, que pode ter surgido por diversos motivos, geralmente tem causas econômicas, pacifistas, sociais ou culturais. Essencialmente as razões da integração são econômicas, e levam os Estados a procurar melhor e maior inserção no mercado mundial, para poder concorrer de maneira competitiva com os demais países ou blocos econômicos.

A integração no Mercosul teve um objetivo diferente dos motivos de Constituição da União Europeia: enquanto o foco do Mercosul foi o desenvolvimento econômico da região, os motivos que levaram à formação da União Europeia foram mais amplos e, de maneira geral, pautaram-se na melhoria das relações entre os países que a compõem.

A motivação Econômica foi o principal pretexto da constituição do Mercosul. Entretanto, a ação integracionista inclui outros âmbitos de atuação como políticas, sociais ou culturais, de acordo com seu grau de desenvolvimento, e assim os Estados poderão, conseguir maiores vantagens do

que teriam se agissem separadamente. A integração, ainda que quase sempre tenha desígnio econômico, é produto de um anseio comum dos países de unirem vontades políticas (GOMES, 2010, p. 37).

O aspecto político é um componente importante no processo integracionista, pois sempre precede a um imaginário; dessa maneira, os Estados buscam políticas em conjunto com a intenção da obtenção de um desenvolvimento econômico, social ou cultural mais pleno (Idem, p. 38).

O Mercosul nasceu como resultado da necessidade de desenvolvimento de um bloco econômico com composição mais veloz e enxuta de funcionamento. Na década de 80, os países sul-americanos (principalmente Brasil e Argentina) notaram a precisão de promover seu comércio interno, o que resultou na criação de um mercado econômico entre ambos, com a aderência futura do Paraguai e do Uruguai, e na posterior celebração do Tratado de Assunção, em 1991, que constituiu o Mercosul (Ibidem, p. 56).

A integração, ou seja, a formação dos blocos econômicos, progredia ao mesmo tempo, tanto com a União Europeia quanto com o Mercosul, e tinha o objetivo principal de conectar países com o propósito comum de se tornarem mais competitivos no comércio internacional.

Porém o início do processo de integração da União Europeia se diferenciava daquele que está inserido no Mercosul, pois a União Europeia, ao iniciar o processo de formação do bloco, tinha objetivos sociais, estratégicos e políticos e não somente objetivos econômicos. Por sua vez, o Mercosul foi criado com intuito de desenvolver principalmente a economia da região, porém não deixou de contemplar questões como políticas estratégicas, desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, democracia e direitos fundamentais.

Especificamente se referindo ao Mercosul¹ junto com o desenvolvimento das

¹ O Mercosul, bloco econômico nascido na América do Sul, foi criado pelo Tratado de Assunção, no ano

políticas de Estado direcionadas para a consolidação de um mercado comum, que implica a aberta movimentação dos bens, pessoas, serviços e capitais (os quatro fatores de produção), as economias com menor desenvolvimento (no caso do Mercosul, a uruguaia e paraguaia) procuram, de acordo com os objetivos da integração, a atração de recursos financeiros voltados ao desenvolvimento dos países.

Assim, a Integração, que foi impulsionada pelo liberalismo, foi-se adaptando aos anseios do Estado Social. Dessa forma, o fator econômico se relacionou a outros fatores de desenvolvimento como o social e o ambiental.

Essa adaptação da integração idealizada nos moldes liberais aos novos desafios do direito na modernidade fez com que alguns temas se tornassem extremamente relevantes. O meio ambiente, devido à relevância do tema, é uma preocupação que atualmente faz parte das questões de desenvolvimento econômico e integração.

Portanova (2000, p. 237) afirma que o Estado Social contraria os parâmetros de desenvolvimento atrelados apenas ao lucro e a simples acumulação, e se pauta em quesitos de desenvolvimento socioeconômico e socioambiental, bem como na sustentabilidade². Assim, o resultado coletivo será atingir os objetivos do progresso crescente e permanente. Dessa forma, poderia ser realizada a justiça social, que, no passado, não era sequer considerada, pois os empresários e investidores não tinham normas jurídicas de condutas sociais impostas a eles. Os liberais acreditavam que a mão invisível do mercado bem como a competição eram propulsores de todo o progresso social. Esse modelo foi substituído pela administração responsável, que deseja lucro e desenvolvimento pautados no social.

de 1991, pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

² Sustentabilidade é um conceito aberto que atinge outros aspectos da sociedade e meio ambiente, não se restringe somente ao desenvolvimento.

A globalização³ tornou as fronteiras mais relativas, modificou, modernizou e difundiu ainda mais as tecnologias de produção. Esse desenvolvimento agressivo dos Estados, aliado às empresas transnacionais, tornaram mais crítica a situação ambiental, favorecendo ainda mais as desigualdades e possibilidades de danos ambientais (GUERRA, 2006, p. 15).

O avanço do liberalismo, que se pautava no individualismo e na globalização, trouxe consequências negativas para o meio ambiente em quase todas as regiões do mundo; essas consequências já podem ser notadas por toda a humanidade, em qualquer continente, principalmente com relação ao aquecimento global.

O processo de integração dos países e o favorecimento do desenvolvimento econômico fez com que as empresas promovessem também as suas coligações; dessa maneira, surgiram as empresas multinacionais, que podem tornar-se grandes centros de poluição, ou grandes exemplos na proteção ambiental. A soberania antes absoluta se adaptou às questões contemporâneas, como a necessidade de proteção ao meio ambiente; assim esse conceito de soberania, quando envolve questões ambientais, pode ser relativizado.

Segundo Soares (2001, p. 407), o meio ambiente e os fenômenos biológicos ou físicos que se relacionam a ele, por sua natureza particular, podem estar situados dentro de um espaço geográfico submetido à soberania de um Estado, porém, demandam regulamentação internacional, seja porque, em sua unicidade, desdobram-se sobre a geografia política de vários países, seja porque os fenômenos a serem regulados não podem ser limitados dentro de um único território soberano, sendo necessário entender essa soberania como relativa.

Com a superação da noção de estado supridor de todas as necessidades, o papel

³ A Globalização é um fenômeno moderno que contempla o âmbito econômico, social, político e cultural do processo de aumento da integração mundial.

da iniciativa privada foi sendo cada vez mais importante dentro da sociedade como um centro de valorização da atividade humana e distribuidor da justiça social. O desenvolvimento que se deseja para uma região é o desenvolvimento sustentável, que pressupõe equilíbrio entre produção, sociedade e meio ambiente.

Após a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano⁴, ocorrida em 1972, verificou-se a necessidade de desenvolver um conceito que explicasse a noção de desenvolvimento sustentável. O entendimento sobre o desenvolvimento sustentável foi esclarecido no ano de 1987, pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, com o relatório de Brundtland, que recebeu também o nome de Nosso Futuro Comum. Chegou-se a um consenso do que seria o conceito do princípio e desenvolvimento sustentável que foi exposto da seguinte forma: “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades” (BRUNDLAND, 1988).

Desde que foi definido pelo relatório de Brundtland, esse conceito de desenvolvimento sustentável vem-se aprimorando, pois já foi compreendido por todas as nações que o desenvolvimento econômico e social desejado pela sociedade contemporânea é aquele que seja pautado em sustentabilidade ambiental.

Há algum tempo, a sustentabilidade passou a ser uma necessidade, que, se não for cumprida, pode comprometer o equilíbrio da vida. Para a política, a sustentabilidade é a habilidade da sociedade de se arranjar e de se amparar. É uma das condições para o desenvolvimento de um Estado, pautado na função social, e é

⁴ A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano foi realizada em Estocolmo em junho de 1972. O encontro foi um marco inicial para o Direito Internacional Ambiental, reuniu representantes de mais de 100 países. É considerada a primeira grande Conferência com intuito de discutir os temas ligados ao meio ambiente.

necessária na sociedade urbana moderna (MILARÉ, 2007, p. 76)

A atividade econômica é de suma importância para o desenvolvimento de um país, e a função social veio para regulá-la de modo a enaltecer os trabalhadores que podem ter estabilidade em sua subsistência com os frutos de seu salário, a não prejudicar o meio ambiente e, além disso, a ajudar a preservá-lo e trazer dignidade à população em âmbito internacional.

O desenvolvimento sustentável consagrou a necessidade de aliar desenvolvimento com proteção ambiental. Hodiernamente é imperativo criar mecanismos de desenvolvimento e produção que respeitem a necessidade de preservar o meio ambiente como bem difuso da presente e das futuras gerações.

2. Direito fundamental ao desenvolvimento

O direito econômico, que é um ramo novo do direito, encontra-se intimamente relacionado ao direito internacional e se conecta profundamente com o direito ao desenvolvimento. É plausível afirmar que o desenvolvimento de um país se realiza com o avanço da economia.

De acordo com o autor francês Pellet, com relação ao direito positivo, especificamente sobre matéria econômica, uma parcela contemporânea desse direito é o direito ao desenvolvimento⁵. O direito moderno está sendo caracterizado por uma

⁵ O Direito ao Desenvolvimento foi regulado pela Declaração sobre o direito ao Desenvolvimento adotada pela resolução 41/128, de 1986. Para essa declaração, o desenvolvimento “é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”. E afirma, no artigo 1º da declaração, que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, e que todos os povos e Estados têm esse direito. No artigo 2º considera a pessoa humana como beneficiária desse direito.

grande transdisciplinaridade, pelo fato de conciliar normas econômicas nacionais e normas econômicas internacionais (PELLET; DINH; DAILLIER, 1999, p. 895).

Pellet afirma que o direito ao desenvolvimento foi impulsionado pelas novas realidades econômicas que refletiram o começo de uma transformação fundamental do direito, que produz as novas normas, os instrumentos ou as premissas de uma nova ordem econômica internacional. Esse entusiasmo foi impulsionado pelas tomadas de posição e reivindicações políticas muito precisas por grande parte dos Estados e da própria Sociedade (Idem).

Assim, a integração pode ser considerada propulsora do aumento do desenvolvimento em algumas regiões, bem como de uma parcela da transformação do direito nesse sentido, já que cada bloco econômico demanda uma regulação específica.

Nota-se igualmente que o direito ao desenvolvimento, que se relaciona ao direito das relações econômicas internacionais, observou, em parte, as diferenças de poder e as diferenças de política econômica entre os Estados para se regulamentar; isso explica a relativização do fenômeno atual da pluralidade das normas aplicadas à economia mundial (Ibidem, p. 896).

Conforme Guerra (2006, p. 4), devido à importância das questões econômicas para o Direito Internacional, foi instituído o Direito Internacional Econômico, que ansiava pela discussão sobre fatores de desenvolvimento.

Como o desenvolvimento e a economia atrelados ao progresso de um país, as questões econômicas não podem ser excluídas no momento em que se idealiza o desenvolvimento.

Nessa esteira, Mello (1993, p. 10) afirma que, a partir desse questionamento sobre o desenvolvimento econômico, foi criado o direito internacional do desenvolvimento, que visa avaliar as questões sobre desenvolvimento de qualidade, em âmbito internacional.

Portanto, não basta haver apenas o desenvolvimento econômico, esse desenvolvimento deve acarretar benefícios na questão social, ou seja, desenvolvimento de qualidade, e não somente nos setores econômicos de um país.

O Desenvolvimento pleno deve possuir algumas características econômicas, sociais e demográficas. Necessita buscar: suficiência alimentar, diminuir os analfabetos, elevar produtividade dos agricultores, industrialização, controlar o crescimento demográfico e taxas de desemprego (GUERRA, 2006, p. 6).

Nesse intuito se enquadra o direito fundamental ao desenvolvimento, que pressupõe ser um direito básico dos seres humanos, principalmente dos países menos favorecidos, que muito já contribuíram para o enriquecimento dos mais abastados e agora anseiam por seu próprio desenvolvimento.

No Brasil, pode-se encontrar a alusão ao direito fundamental ao desenvolvimento na Constituição Federal, que, em seu preâmbulo, já estipula a necessidade de a República ter um compromisso com o desenvolvimento. Nos artigos referentes à ordem econômica, a Constituição Brasileira determina de maneira implícita que o desenvolvimento desejado é aquele que observa os ditames sociais e ambientais.

Nessa esteira, além de previsto no plano interno, esse direito já foi previsto no plano jurídico internacional, como direito fundamental do ser humano, o direito ao desenvolvimento, pela Organização das Nações Unidas, que, em 1986 na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, pela Resolução 41/128, previu o direito ao desenvolvimento como um direito humano.

Ademais, além de finalidades a serem perseguidas pelo Estado, os Direitos Fundamentais permitem a noção de concretização da Constituição e da Democracia Substancial em uma determinada sociedade, ao passo que, quanto mais direitos

fundamentais forem implantados, mais legitimidade terá o Estado.

De acordo com ensinamentos de Sarlet (2007, p. 171): “Com uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrem da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e afins que esta deve respeitar e concretizar”.

O direito fundamental ao desenvolvimento se relaciona com o direito fundamental ao meio ambiente saudável. Esse direito fundamental ao meio ambiente saudável é materialmente fundamental, pois não está positivado; porém, o meio ambiente saudável é necessário para a realização dos direitos fundamentais à vida e à saúde, por isso é considerado um direito fundamental.

Para Duarte (2003, p. 78), a contextualização do direito ao meio ambiente como direito fundamental exige uma profunda reflexão; deve-se observar a atual sociedade e o fenômeno do capitalismo e da globalização econômica, que são um entrave quando se pensa em aumentar a proteção ao meio ambiente e elevá-la a direito fundamental.

Esse desenvolvimento, no caso do meio ambiente, deve sempre se fundamentar na preservação ambiental equilibrada e na realização da justiça social. A economia deve seguir seu curso sem deixar na sua trajetória rastros de irresponsabilidade ambiental e social.

3. Dano iminente e caso das papeleras – direito fundamental ao desenvolvimento sustentável

A possibilidade de causar um dano ambiental pode ser considerada um impedimento para a realização de uma atividade

de industrial. Na maioria das vezes, essa atividade gera muitos benefícios para a comunidade local e regional de âmbito social e econômico, todavia danos ambientais irreversíveis poderão ocorrer. Assim, há que se sopesar ditas questões para se buscar um equilíbrio nas referidas políticas de Estado.

Com relação a essa possibilidade, foi julgado, pela Corte Internacional de Justiça, recentemente, o “caso das *papeleras*”. O caso em tela consistia na possibilidade de construção de duas indústrias de celulose no Uruguai, na cidade de Fray Bentos, à beira de um rio que tem conexão com o território argentino.

Esse rio, mencionado acima, o rio Uruguai, possui um estatuto⁶, firmado pelos dois países Uruguai e Argentina, que são países participantes do mesmo bloco econômico, o Mercosul. Esse estatuto reconhece no artigo 7 do Capítulo II a possibilidade de uso dessas águas para a navegação e obras.

Esse acordo, em termos ambientais, foi uma medida de cooperação entre esses dois Estados. O princípio de Cooperação ambiental foi vislumbrado inicialmente na Conferência Internacional sobre Meio Ambiente⁷, o princípio de nº 26.

Mais de quarenta anos após firmado o acordo, o governo Uruguai permitiu a construção de duas indústrias de pasta de

celulose no referido rio: a primeira em 2003, a empresa espanhola ENCE, e a segunda em 2005, a empresa finlandesa Oy Mtsä-Botnia.

O governo argentino afirmou que não fora informado sobre a instalação dessas indústrias e que, portanto, foi violado o dever de cooperação. No ano de 2006, o governo argentino entrou com a demanda na Corte Internacional de Justiça (CIJ), uma vez que essa tinha competência prevista pelo Estatuto do Rio Uruguai, contra a instalação dessas indústrias, uma vez que houve violação do tratado e havia a possibilidade de danos ambientais.

No mês de julho do ano de 2007, a Corte negou a liminar interposta pelo governo argentino, e considerou que não houve violação pelo Uruguai do Capítulo do Estatuto do rio Uruguai. Nessa decisão votaram quatorze juízes ao todo, treze juízes favoráveis ao Uruguai e um juiz votou favoravelmente à Argentina.

O juiz da corte internacional de justiça, de nacionalidade argentina que atuou no caso, foi contrário a essa decisão fez uma defesa afirmando que o princípio da precaução deve ter efetividade e não ser considerado mais uma norma *Soft Law*⁸ sem aplicação na realidade.

Em abril de 2010, a Corte se pronunciou e sentenciou sobre o caso. A decisão surpreendeu um pouco os ambientalistas, pois ela foi favorável ao desenvolvimento econômico e, portanto, à instalação das indústrias. Porém, ressaltou a responsabilidade do Uruguai em adotar medidas preventivas com relação à preservação ambiental no caso em tela.

A decisão da Corte fundamentou a negativa ao provimento do pedido argentino, e considerou que as provas apresentadas

⁶ O tratado de Limites do Rio Uruguai, firmado em Montevideu em 1961, foi um acordo internacional de utilização do Rio Uruguai. O tratado determinou a necessidade de criação de um Estatuto com intuito de regulamentar outros tópicos, quais sejam: a disposição dos recursos vivos para evitar a contaminação das águas, a segurança na navegação, entre outros. No ano de 1975, foi firmado esse Estatuto na Cidade de Salto, Uruguai, entre os dois países.

⁷ Dessa Conferência (Estocolmo), resultaram 26 princípios ambientais, fruto de uma declaração. Nos princípios de nº 7 e de nº 24, é mencionada a necessidade de cooperação dos Estados em assuntos ambientais. O princípio internacional da Cooperação pressupõe ajuda e solidariedade mútua entre os povos nas questões envolvendo o meio ambiente e desenvolvimento sustentável. A cooperação pode ser em relação à transferência de tecnologias de auxílio a preservação ambiental ou com fornecimento de recursos financeiros aos países menos favorecidos.

⁸ De acordo com Francisco Resek (2010, p. 253), *Soft Law* para o direito ambiental internacional pode ser compreendido como sendo as normas que vigem atualmente no plano internacional sobre economia e desenvolvimento, e que até certo ponto correspondem a um direito humano de terceira geração. Essas normas ambientais têm um fulcro de “diretrizes de comportamento” muito mais do que de “obrigações estritas de resultado”.

por aquele país não foram suficientes para indicar dano irreparável ao meio ambiente, além de dano social à região e, portanto, não havia dano ambiental iminente.

A Corte se pautou também na questão política e desenvolvimentista na decisão, pois a Argentina poderia impedir o Desenvolvimento Econômico do Uruguai caso seu pedido fosse provido, pois o investimento de capital exterior nas indústrias gira em torno de U\$ 1,8 bilhão de dólares.

O Uruguai é considerado um país em desenvolvimento e o investimento em indústrias contribui para o crescimento econômico do país; é um aspecto positivo do desenvolvimento econômico que, se for transformado em socioeconômico e for pautado em medidas de preservação ambiental, será desejável não só por esse país como por todas as nações.

A instalação e manutenção dessas indústrias devem ser pautadas na efetividade do princípio da prevenção/precaução aos danos ambientais, que podem ser evitados com o uso de medidas de planejamento ambiental, com o Estado de Impacto Ambiental muito detalhado e posterior Relatório de Impacto Ambiental para se tornar o norte desse implemento.

Além de o caso ter sido levado à Corte Internacional de Justiça, o conflito foi também levado ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, que se pronunciou em 2006, favorável ao Uruguai.

A insurgência da República Oriental do Uruguai, apresentada no MERCOSUL, teve como fundamento os prejuízos que os bloqueios realizados pelos argentinos na fronteira, acarretavam para a economia uruguaia e seriam também contrários aos objetivos do Tratado de Assunção, que visa criar um mercado comum.

Apesar da possibilidade de risco de dano ambiental, que quase sempre acompanha o desenvolvimento econômico trazido pela instalação de uma indústria, a necessidade de desenvolvimento foi superior à mera possibilidade de dano.

O desenvolvimento desejado na região das indústrias deve ser sustentável e proporcionar a melhoria das condições de vida da população sem comprometer o meio ambiente.

De acordo com Milaré (2007, p. 63), é inegável que o impulso necessário para o desenvolvimento de uma sociedade e para o atendimento das necessidades básicas e fundamentais de sua população é o desenvolvimento econômico. O crescimento econômico é necessário, porém deve ser feito pautado em planejamento e consciência ambiental.

A instalação dessas indústrias, se pautada na responsabilidade socioambiental⁹, será de grande valia para o desenvolvimento socioeconômico da região e até mesmo do país, e assim poderá realizar-se o desenvolvimento sustentável

Machado (2002, p. 71) já orientava que o dever jurídico de evitar a consumação dos danos ambientais pode ser demonstrado em sentenças de tribunais internacionais, como foi o caso das ponderações nesse caso das *papeleiras*. As normativas, como as decisões da CIJ, indicam para a obrigação das empresas de prevenir os riscos ao meio ambiente.

Dessa forma, o Desenvolvimento Sustentável foi o grande vetor da decisão do caso das *papeleiras* pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) e pelo Mercosul, pois as necessidades sociais e econômicas humanas nesse caso prevaleceram sobre a possibilidade de dano ambiental.

Conclusões articuladas

O liberalismo impulsionou um modelo de desenvolvimento econômico incisivo. A integração, que foi impulsionada inicial-

⁹ Responsabilidade socioambiental é derivada da Responsabilidade Social, que se pauta na atuação das empresas com preocupação social, nesse caso, social e ambiental. Um exemplo da responsabilidade socioambiental é instalação de uma estação de tratamento dos resíduos gerados pela indústria.

mente por esse liberalismo, proporcionou maior competitividade e mais possibilidades de desenvolvimento econômico.

O advento do Estado Social fez com que esse desenvolvimento se adaptasse a novos parâmetros, que se relacionam ao desenvolvimento socioambiental, e não mais somente ao desenvolvimento econômico.

Hodiernamente, o mundo não comporta mais desenvolvimento somente pautado na questão econômica. A questão social e ambiental devem ser ponderadas conjuntamente com o desenvolvimento.

O processo de integração em que se encontram vários países no plano internacional, que tem inicialmente objetivos econômicos de maiores lucros, não impede que outros sejam considerados como a questão cultural, social e principalmente ambiental.

O desenvolvimento dos países é um direito fundamental do ser humano, e deve ser entendido conjuntamente com o direito fundamental ao meio ambiente saudável; ambos são direitos necessários para realização da dignidade da pessoa humana.

Esse direito ao desenvolvimento é considerado no plano jurídico brasileiro e foi positivado no plano internacional, regulado pela declaração sobre o desenvolvimento da Organização das Nações Unidas.

O caso das *papeleiras* pode ser considerado um exemplo de que o meio ambiente não é um impedimento para o desenvolvimento dos países. Existe a necessidade de que esse desenvolvimento sustentável pressuponha a preservação ambiental.

Nesse caso tanto o Mercosul quanto a Corte Internacional de Justiça optaram pelo desenvolvimento sustentável. O princípio da prevenção deve ser observado, porém a possibilidade de dano imediato não é considerada um motivo para impedir o desenvolvimento econômico de um país, que poderia beneficiar um número incontável de pessoas.

Quando há um planejamento estratégico das medidas a serem tomadas para evitar danos ambientais ao instalar uma

indústria, essa possibilidade de dano ambiental se torna pequena se comparada com os benefícios que o desenvolvimento acarreta para a região.

O desenvolvimento sustentável é uma hipótese verdadeira que deve sair do plano da possibilidade para se tornar realidade, especialmente nos países que necessitam do contínuo desenvolvimento para promover a dignidade da pessoa humana.

Referências

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRUNDLAND, Gro Harlen. *Nosso futuro comum*. Relatório da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

DUARTE, Marise Costa de Souza. *Meio ambiente sadio: direito fundamental em crise*. Curitiba: Juruá, 2003.

FLORES, Joaquim Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos econômicos: solução de controvérsias*. Curitiba: Juruá, 2010.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional ambiental*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.

HUSNI, Alexandre. *Empresa socialmente responsável: uma abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LOPES, Ana Frasão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso. *Direito internacional econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PELLET, Alain; DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

PORTANOVA, Rogério. Qual o papel do Estado no século XXI? Rumo ao Estado de bem estar ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato.(Org.). *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000.

RESEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002.

SOARES, Guido Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.

Títulos de crédito eletrônico

A tecnologia a serviço do direito cambial

Marco Aurélio Gumieri Valério e
José Fernando dos Santos Campos

Sumário

Introdução. I – Contexto histórico. 1. Crédito: fruto das necessidades mercantis. 2. Práticas e costumes mercantis como fonte do direito cambiário. 3. Comércio eletrônico. II – Características dos títulos de crédito. 4. Princípios informadores dos títulos de crédito. 4.1. Autonomia das obrigações cambiárias. 4.2. Literalidade dos títulos de crédito. 4.3. Cartularidade dos títulos de crédito. 4.4. Abstração dos títulos de crédito. 5. Criação ou emissão dos títulos de crédito e seus efeitos. 6. Classificação dos títulos de crédito. 7. Circulabilidade dos títulos de crédito. III – Títulos de crédito no Código Civil de 2002. 8. Espécies de títulos de crédito existentes. 9. Fixação da teoria dos títulos de crédito. 10. Possibilidade de criação de títulos de crédito eletrônicos. 11. Circulabilidade do título de crédito eletrônico. IV – Eficácia dos títulos de crédito eletrônico. 12. Eventual declínio da cártula. 13. Problema das assinaturas e criptografia. 14. Dificuldades técnicas além da criptografia. 15. Sugestões perante a nova prática empresarial. Conclusão.

Introdução

Marco Aurélio Gumieri Valério é Advogado; Professor Doutor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, campus de Ribeirão Preto/SP (FEA/USP).

José Fernando dos Santos Campos é Bacharel em Direito pela Faculdade São Luis, campus de Jaboticabal/SP; Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas de Dumont/SP.

O Código Civil de 2002, ao erigir uma disciplina supletivamente aplicável às leis especiais que governam os títulos de crédito típicos, possibilitou a geração, a emissão e a circulação de títulos de crédito atípicos, ampliando assim o horizonte da cártula, com prestígio à inventividade das modernas práticas negociais.

A partir da elevação dos títulos de crédito à categoria de documento dispositivo de

negócio jurídico, assegurou o legislador, ao portador de boa-fé, ampla proteção, pondo-o a salvo até mesmo de reivindicação do proprietário do título, uma vez que equiparou sua posse à propriedade daquele. Ademais, ao permitir a criação de títulos por meio eletrônico e a sua circulação na rede mundial de computadores (*internet*), atendeu aos reclamos da classe empresarial, num mundo em que a tecnologia é inevitável, capaz de mobilizar e desmobilizar capitais em qualquer parte do globo.

O instrumento (*software*) destinado a autenticar e a garantir a executividade desses documentos é o conceito criptográfico de chaves assimétricas públicas e privadas, com legislação própria ainda em trâmite no Congresso Nacional. Como toda novidade, essas disposições geraram no pensamento doutrinário brasileiro vigoroso debate com posições bem definidas entre mercantilistas tradicionais e modernos.

Os títulos de crédito surgidos de uma prática costumeira secular que antecede a norma posta vivem um novo paradigma histórico sendo importante estudá-los em todas as suas nuances para uma correta proteção desse poderoso instrumento instituidor de obrigações negociais, tão essencial em todos os tempos da humanidade.

Assim, o presente trabalho traz a lume a teoria geral dos títulos de crédito e seus novos contornos, sintetizando o debate doutrinário em razão da incorporação das normas de direito cambial ao direito civil, e também os critérios jurídicos que tornam possíveis, na ausência de regras mais específicas, solucionar eventuais conflitos que com certeza advirão em decorrência da cártula gerada por meios informatizados.

I – Contexto histórico

1. Crédito: fruto das necessidades mercantis

O crédito é obra do gênio humano que, premido pela necessidade de facilitar as trocas mercantis e otimizar a circulação de

recursos pecuniários, criou um meio artificial para materializar obrigações negociais de forma simples, mas com força capaz de dar ao credor a garantia da satisfação de seu direito e de executá-lo na eventualidade de inadimplência do devedor gerando confiabilidade no mercado e permitindo sua livre circulação de forma ágil e segura.

Historicamente, a origem dos títulos de crédito remonta à Idade Média. Com o incremento das trocas mercantis, tornou-se necessário simplificar a circulação de dinheiro de modo a evitar os riscos decorrentes do seu transporte e de sua guarda. O título de crédito surge como instrumento de garantia da existência do direito e de sua eficácia jurídica. Além disso, o surgimento dos títulos de crédito trouxe a possibilidade de pagamento futuro para aqueles que não dispunham de recursos pecuniários suficientes para suas necessidades presentes.

Como destaca Rosa Júnior (2000, p. 1), a doutrina elaborou os conceitos econômicos do crédito: (a) crédito é a troca no tempo e não no espaço (Charles Guide); (b) crédito é a permissão de usar o capital alheio (Stuart Mill); (c) crédito é o saque contra o futuro; (d) crédito confere poder de compra a quem não dispõe de recursos para realizá-lo (Werner Sombart); e, por fim, (e) crédito é a troca de prestação atual por prestação futura.

É de se ver, entretanto, que os títulos de crédito específicos, como a letra de câmbio, a nota promissória e a duplicata mercantil ou de prestação de serviços, este último uma criação do direito de empresa brasileiro, surgiram paulatinamente e, muitos deles recentemente, de modo que é lícito afirmar que a praxe mercantil é a mãe de todos os títulos de crédito.

Os portadores também só foram beneficiados com o passar dos anos. É que, inicialmente, os títulos de crédito, em especial a letra de câmbio, geravam direitos inerentes apenas àqueles cujos nomes estivessem inscritos no documento como seus titulares. Posteriormente puderam

ser transferidos por seus titulares a outras pessoas que, pela sua posse, tornavam-se aptas a exercer os direitos neles mencionados, como se proprietários fossem. Essa faculdade conferida ao credor de transferir com o documento o seu direito denominou-se de cláusula à ordem, marcando o início da fase da circulação do crédito.

É correto afirmar, portanto, que os títulos de crédito são a contribuição do direito de empresa para a economia. Graças a eles pode o mundo moderno mobilizar suas próprias riquezas. Também devido a eles o direito consegue vencer tempo e espaço, transportando a riqueza com maior facilidade e segurança. Além disso, como sustenta Ascarelli (1969, p. 2), é nos títulos de crédito que se materializam, no presente, as possíveis riquezas futuras.

Dessa forma, ao longo dos tempos, muito mais do que representações documentadas de certos e de determinados direitos, os títulos de crédito tornaram-se responsáveis pela oportunidade de os direitos neles incorporados circularem e serem transferidos facilmente e, não obstante, repletos de garantias para credores e para todos aqueles que figurem nestes papéis, transformando-se num importante instrumento de circulação de riquezas numa sociedade de economia de mercado.

2. *Práticas e costumes mercantis como fonte do direito cambiário*

Segundo Pereira (2003, p. 40), o termo *fonte* designa as diferentes maneiras de realização do direito objetivo por meio dos quais se estabelecem e se materializam as regras jurídicas, às quais os indivíduos se reportam para afirmar seu direito, ou o juiz para fundamentar a decisão do litígio. Essas são as chamadas fontes formais.

As fontes não se encontram num mesmo patamar hierárquico. Há entre elas um escalonamento de precedência, de modo que a doutrina, na explicação de Fazzio Júnior (2002, p. 41), tem uma classificação básica: fontes imediatas e mediatas. As primeiras

são suficientes por si sós para se integrarem à ordem jurídica; as outras, mesmo não tendo essa força, auxiliam indiretamente na elaboração da norma. A lei e os costumes estão entre as primeiras. A lei é a fonte principal e o costume é a fonte secundária. Nada mais natural dentro dum sistema regido pelo princípio da legalidade, em que a lei é tida como a primeira resposta do estado de direito para os conflitos oriundos das relações jurídicas.

Como ainda ressalta Fazzio Júnior (Idem, p. 45), no âmbito do direito de empresa, entretanto, o uso mercantil é, por vezes, considerado de modo diferente do costume em geral. O primeiro é constituído por uma série longa de práticas que, na falta de legislação ou de disposição contratual, são adotadas pelos empresários para regular as relações mercantis de determinada localidade. O segundo tem as mesmas características, mas é de aplicação mais geral, tratando-se de práticas tão comuns que se aplicam à mercancia como um todo, em qualquer localidade.

Alheio a qualquer preocupação doutrinária, o Código Comercial de 1850 não fez qualquer distinção entre esses dois termos, chegando mesmo a combiná-los em seu art. 131, motivo pelo qual entende-se não haver efeito prático na adoção da distinção entre ambos. Segue nessa esteira Maximiliano (1957, p. 152) para quem o costume mercantil, ou seja, os usos e as práticas, é uma norma jurídica sobre determinada relação de fato resultante de prática diuturna e uniforme que lhe dá força de lei. Como se vê, o critério para sua aferição é deontológico, assim, para que a prática adquira foros de costume, deve ser acatado e acreditado como se lei fosse.

Os costumes mercantis apresentam ainda mais uma particularidade como fonte do direito de empresa: eles são assentados pela Junta Comercial, conforme a alínea *e*, inciso II, do art. 32 da Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994, que trata do registro público de empresas mercantis e de atividades

afins. Esse procedimento especial envolve o registro em livro próprio, nos termos do art. 87, § 1º, do Decreto n. 1.800 de 30 de janeiro de 1996, que regulamentou a norma supra citada. Feito isso o presidente da Junta Comercial solicitará a manifestação das entidades interessadas e só então os costumes assentados passarão a ter aplicabilidade.

Os costumes mercantis devem ser provados, aliás, como preceitua o art. 337 do Código de Processo Civil, é ônus da parte que alegar direito consuetudinário provar-lhe o teor e a vigência. Assim, seja pelo assento mencionado no parágrafo anterior, seja por qualquer outro meio de prova idôneo, os costumes mercantis podem ser invocados em eventual litígio e têm aplicação desde que observadas as exigências para tanto. Sendo assim, as práticas surgidas a partir das inovações na informática podem ser invocadas e integrar o cabedal de soluções para conflitos mercantis, desde que assentados pela Junta Comercial ou provados por outro meio idôneo.

3. Comércio eletrônico

O comércio eletrônico (*e-commerce*) tornou-se comum no mundo atual motivado pela natureza costumeira das relações negociais fundada na confiança, na autonomia da vontade e no mútuo consentimento.

A globalização atingiu proporções inimagináveis neste século. A circulação de riquezas e a mobilização de recursos financeiros operam-se agora pela informática. A multiplicidade das relações econômicas produzidas pela economia de mercado, via instituições financeiras, requer certeza tanto daqueles que produzem e circulam bens ou prestam serviços, como daqueles que consomem esses mesmos bens e recebem a prestação de serviços, de que há segurança e garantia nas operações de crédito e de débito que realizam.

Segundo Coelho (2002, p. 385), é fato incontroverso que os empresários, ao venderem seus produtos ou serviços a prazo, cada vez mais deixam de lado o

documento escrito para fins de registro da operação. Usa-se hoje mais a apropriação das informações acerca do crédito concedido exclusivamente em meio magnético e apenas por esse meio as mesmas informações são transmitidas ao banco para fins de desconto, de caução de empréstimos ou de cobrança da obrigação assumida.

No entanto, o direito não acompanha os fatos sociais com a mesma velocidade com que estes se alteram. As regras de mercado, que atendem as suas peculiaridades de imperatividade e de urgência, não esperam a lentidão da regulação jurídica, e atende as suas demandas internas sem que a lei se faça presente. Por esse motivo, em nome da segurança jurídica na troca de informações virtuais, torna-se importante a elaboração de ferramentas que garantam a fidelidade e a fidedignidade dos conteúdos desses *documentos* digitais.

II – Características dos títulos de crédito

4. Princípios informadores dos títulos de crédito

Na lição de Rosa Júnior (2000, p. 46), a expressão *título de crédito* comporta dois conceitos: um de sentido amplo, que se consubstancia no direito de crédito de uma pessoa em relação à outra, por exemplo, instrumento de confissão de dívida; e outro de sentido estrito, equivalente somente aos documentos que a lei considera títulos cambiários como, por exemplo, a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, etc. Assim, no sentido lato, o título de crédito depende apenas da manifestação de vontade das partes, dada a amplitude do mundo das obrigações; ao passo que, em sentido restrito, esta liberdade não existe, uma vez que só são títulos cambiários aqueles assim considerados por lei.

Tamanha é a importância dos caracteres apontados acima que, com base neles, Vivante (1935, p. 12) elaborou a definição de título de crédito, como um documento

necessário ao exercício do direito literal e autônomo que nele vem inscrito. Referido conceito ecoa ainda hoje nas legislações mundo afora e, na brasileira, não poderia ser diferente. Estabelece o art. 887 do Código Civil de 2002 que “o título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei”.

Com efeito, tais requisitos são inerentes a todas as obrigações, uma vez que os extrínsecos se referem ao título em si, ou seja, à sua força executiva, e os intrínsecos têm relação com a capacidade das partes, objeto lícito e consentimento. Com base nessa conceituação, fixaram-se os contornos dos títulos de crédito por meio de seus três elementos essenciais – seja qual for a sua espécie – que são: (i) a autonomia das obrigações; (ii) a literalidade; e (iii) a cartularidade. Cabe mencionar, contudo, que esse trio não esgota as características dos títulos de crédito. Há outras, como, por exemplo, a executividade, a presença de uma relação de crédito e a inoponibilidade de exceções quanto ao beneficiário ou obrigados anteriores. Mas essas outras características não são levadas em conta para a sua configuração.

Por tais motivos, o título de crédito é um documento representativo de um direito de crédito e não propriamente originário deste, até porque, a existência de um direito de crédito não implica necessariamente a criação de um título, enquanto que, ao contrário, a existência de um título de crédito exige obrigatoriamente a existência anterior de um direito de crédito a ser representado formalmente pelo respectivo título.

Há ainda outros elementos constitutivos do crédito: (a) a confiança, posto que, ao disponibilizar ao devedor determinado crédito, este se funda na crença de que receberá a prestação convencionada; (b) o tempo, como mediador do período da entrega e do recebimento da prestação mutuada que nasce para ter um fim. Tal qual os descritos

no parágrafo anterior, tais elementos não são levados em conta para a configuração de um título como sendo de crédito.

4.1. *Autonomia das obrigações cambiárias*

A autonomia do título de crédito funda-se na autonomia das obrigações nascidas da relação de débito e de crédito, desvinculando a cártula do negócio jurídico que motivou sua criação. A consequência disso é que o devedor não pode invocar em seu favor, contra o credor, fatos ligados aos obrigados anteriores que sejam decorrentes de convenções extracartulares.

Como ensina Requião (1971, p. 132-133), o título de crédito é autônomo, o possuidor de boa-fé exercita um direito próprio que não pode ser restringido ou destruído em virtude de relações existentes entre os detentores anteriores e o devedor. E, como ressalta Fazzio Júnior (2002, p. 392), referida autonomia diz respeito a cada direito mencionado no título, ou seja, cada obrigação constante do título existe por si só, de modo que o adquirente ou portador do título pode exercitar seu direito sem dependência das outras relações obrigacionais que o antecederam.

Deste fato, aliás, é que resulta o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé que porventura adquiram os títulos. Cada obrigação derivada desse título será considerada autônoma em relação às demais, isto é, de forma originária, numa verdadeira relação real com o documento. Trata-se de um sistema de proteção erigido em favor do terceiro adquirente de boa-fé, que permite a fácil e a confiável circulação do título de crédito, que é a sua última razão. Ao contrário dessa situação, o terceiro que adquirir a cártula de má-fé não estará protegido e as exceções pessoais que porventura forem opostas pelo devedor ao credor com quem se relacionou diretamente no título podem ser opostas contra ele.

Na esteira de Ascarelli (1999, p. 252), a autonomia das obrigações se revela em

duas situações distintas: (i) ao portador de boa-fé não são oponíveis as exceções decorrentes das relações com terceiros; e (ii) não pode ser oposta ao possuidor do título à falta de legitimidade de quem lho transferiu. Ressalte-se, por fim, que a autonomia dos títulos de crédito não é inerente à criação do título, mas surge quando da transferência eficaz do crédito por meio do documento que o representa, pela livre circulação cartular, de modo a garantir o direito do adquirente de boa-fé do título.

4.2. Literalidade dos títulos de crédito

A literalidade é o elemento delimitador da extensão do direito em circulação mencionado na cártula, ou seja, somente aquilo que está escrito no título de crédito deve ser levado em consideração, aliás, como estabelecido no art. 905 do Código Civil de 2002. Trata-se, em última análise, de elemento delimitador do direito em circulação que tem a propriedade de agir simultaneamente de duas formas em face do subscritor do título: uma positiva e uma negativa. Segundo Fazzio Júnior (2002, p. 391-392), o subscritor não pode, afora do caso de *exceptio doli*, opor exceção decorrente de uma convenção não escrita no próprio título, a não ser ao portador que tenha participado da mesma; o portador, por seu turno, não pode ter, no exercício do direito, pretensões mais amplas que as permitidas pelo teor do documento, ou socorrer-se de elementos extracartulares a não ser invocando uma distinção de convenção entre ele e o devedor.

A literalidade dá a garantia ao devedor de que até a data do vencimento não lhe será exigida a obrigação cambiária em valor superior ao que está literalmente expresso no documento. O que não gera prejuízo algum ao credor, que tem a garantia de que o devedor, na data aprazada, pagar-lhe-á a efetiva quantia expressa no título de crédito, sob pena de incorrer em obrigações adicionais, a exemplo de juros, de multa e de honorários advocatícios.

Para Gardino (2004, p. 3), a literalidade se fundamenta no negócio declaratório que o título encerra, ou seja, na eficácia do negócio é que reside a exclusão que as partes fazem de qualquer outra inteligência que não aquela expressamente constante do negócio declaratório referido no documento.

4.3. Cartularidade dos títulos de crédito

A cartularidade nada mais é do que a concretização do direito de crédito pela materialização da cártula por processo físico ou equivalente, ou seja, o título deve existir na sua essência como elemento efetivo e representativo do crédito. Dessa forma, um título de crédito existe enquanto existir a sua cártula, ou seja, enquanto existir o próprio título materializado.

A importância disso reside no fato de que o título é essencial ao exercício do direito nele contido, de modo que sua posse é a condição mínima para a fruição do referido direito. Assim, só quem detém a cártula pode exigir o cumprimento do direito contido no documento. Numa analogia, pode-se dizer que o direito se incorpora no documento, da mesma forma que é lícito afirmar também que, na hipótese de perda, ele não se incorpora, uma vez que aí ele será exercido independentemente da existência do título. Há, portanto, dois direitos, e não há erro lógico algum em dizer-se que o direito está e ao mesmo tempo não está incorporado no documento. É que aquela primeira afirmação, na verdade, apenas quer dizer que um dos direitos está contido no documento – o cartular – e o outro não se contém nele – o direito ao cumprimento da prestação.

Em suma, não é possível exercitar o direito de crédito sem a detenção da correspondente cártula que lhe dá vida, posto que quem paga a obrigação nela contida deve exigir sua entrega para inutilização, evitando nova circulação do crédito a terceiro de boa-fé, que terá o direito de cobrar-lhe a importância ali consignada. Pode-se, contudo, exigir o cumprimento da prestação por outros meios que não a ação executiva.

4.4. Abstração dos títulos de crédito

O elemento abstração é da essência do título de crédito. Quer dizer que o documento se desvincula do negócio jurídico subjacente ao mesmo ou, noutras palavras, uma vez posto em circulação, o portador de boa-fé pode exigir o cumprimento das obrigações nele contidas, uma vez que estas são independentes do negócio originário ou até mesmo de negócios eventuais e anteriores.

Segundo Coelho (2002, p. 377), a consequência prática que emana da abstração do título de crédito é que este gera a impossibilidade de o devedor exonerar-se de suas obrigações cambiárias perante os terceiros de boa-fé, em razão de irregularidades, nulidades ou vícios de qualquer ordem que maculem o negócio que deu azo à emissão do documento.

Em síntese, determinados títulos de crédito denominados de não causais, como a letra de câmbio, a nota promissória e o cheque, são exigíveis independentemente de discussão acerca da *causa debendi*, o que não ocorre com os chamados títulos de crédito causais, como as duplicatas, que se vincularão ou a uma compra e venda mercantil a prazo ou a uma prestação de serviços.

5. Criação ou emissão dos títulos de crédito e seus efeitos

Entre as várias teorias existentes que tentam explicar os títulos de crédito, três delas merecem atenção por terem sido abraçadas pela legislação pátria. São as teorias da declaração unilateral de vontade, da criação e da emissão.

Em 1839, o alemão Karl Einert formulou sua tese fixando, na declaração unilateral de vontade do subscritor do título, a fonte da obrigação cambiária. Segundo o jurista, emitida a promessa ao público, cria-se neste a fé no pagamento de acordo com as cláusulas apostas no título, e daí a existência do direito autônomo. Se houvesse contrato, não se poderia conceber a autonomia. Outro jurista alemão, Kuntze, aprofundou a

teoria em comento inculcando-lhe um pouco do pensamento moderno no sentido de que o título não é simples documento probatório. O título seria então: (a) veículo de promessa; ou (b) promessa de pagamento abstrata, independentemente da relação fundamental; ou ainda (c) não se trata de contrato, mas de promessa unilateral. O título para esses autores surge de uma promessa unilateral de vontade (REQUIÃO, 2003, p. 362).

Da defesa da teoria da declaração unilateral de vontade, emergiram duas novas teorias que são: (i) a teoria da criação, erigida em 1857 pelo alemão Becker, aperfeiçoada por Kuntze, que se funda na concepção de que a obrigação cambiária do sacador nasce no momento em que este apõe sua assinatura no título. Com a concepção do escrito, nasce apenas o título, uma vez que somente pela sua circulação é que nascerá a obrigação do emissor para o futuro portador, credor eventual e indeterminado. Portanto é o título que cria a dívida e sua eficácia se dá com a posse pelo primeiro portador, qualquer que seja ela; (ii) por sua vez, a teoria da emissão, prestigiada por Stobbe e Windscheid, não se satisfaz com a criação do título pela assinatura do sacador. Como medida de sua perfectibilidade, ela exige que o subscritor voluntariamente a ele se obrigue pondo a cártula em circulação, mediante sua transferência ao tomador. Se o título circular contra a vontade do sacador ou de maneira fraudulenta, não subsistirá a obrigação.

O direito civil pátrio não se vinculou exclusivamente a nenhuma dessas teorias divergentes. Antes de tudo temperou seus rigores como se pode notar em face dos diversos dispositivos legais em que ora sintetizam a teoria da criação, ora a da emissão e ora a da declaração unilateral de vontade.

Como exemplo do mix teórico, pode-se citar: (1) a inclusão dos títulos ao portador entre as obrigações por declaração unilateral de vontade, prescrevendo que o possuidor tem direito à prestação nele indicada,

mediante a sua simples apresentação ao devedor, observando-se que a emissão dessa espécie de título se sujeita à autorização federal, de modo a evitar concorrência com a moeda de cunho forçado, segundo o art. 905 do Código Civil de 2002; (2) a inclusão da teoria da criação quando determina que a prestação é devida ainda que o título tenha entrado em circulação contra a vontade do emitente, segundo o parágrafo único do art. 905 do Código Civil de 2002; e, (3) a inclusão da teoria da emissão que permite ao proprietário que perder ou extraviar título ou for injustamente desapossado dele obter novo título em juízo, bem como impedir que sejam pagos a outrem capital e rendimentos, segundo o art. 909 do Código Civil de 2002.

Em verdade, os princípios informadores e as teorias aqui enunciadas não são suficientes para caracterizarem os títulos de crédito. O fato é que a jurisprudência se encarregou de firmar o entendimento de que só são considerados títulos de crédito aqueles definidos em lei, sendo requisitos essenciais a todos eles: (a) a denominação do título; (b) a assinatura de seu criador, emitente ou sacador; (c) a identificação de quem deve pagar inclusive número da cédula de identidade e do cadastro de pessoas físicas ou jurídicas; (d) o valor a pagar; (e) a data ou época do vencimento; (f) a data de emissão, que ausentes podem conduzir à sua nulidade se não preenchidos até o momento de sua cobrança ou protesto (STF, Súmula n. 387).

O rigor formal, portanto, é o fator preponderante nos títulos de crédito. Cada espécie tem sua peculiaridade que deve ser observada sob pena de descaracterização da cártula pondo por terra a sua autonomia, a sua literalidade e a sua abstração. Nem se diga que se trata de formalismo despropositado.

Na lição de Martins (2002, p. 12), é justamente graças a esse apego à forma que os títulos de crédito inspiram confiança. Ficassem a critério de cada um o preenchimento

do texto desses escritos se teria milhares de válvulas abertas à exploração de terceiros e à utilização da má-fé. O formalismo dá a natureza do título, transformando o escrito de um simples documento de crédito num título que se abstrai de sua causa, que vale por si mesmo. E isso traz segurança para todos que se utilizam desse instrumento de mobilização de crédito.

6. Classificação dos títulos de crédito

O título de crédito é um documento de legitimação, cuja função peculiar é a de determinar uma relação de identidade entre o titular do direito e quem concretamente o exercita. Segundo Rosa Júnior (2000, p. 78-80), a legitimação é importante não só quanto à pessoa do titular do direito, como também em relação ao devedor, porque este só se libera validamente se efetuar o pagamento a quem for legitimado a tanto, isto é, àquele que justifica o seu direito por uma série ininterrupta de endossos, mesmo que o último seja em branco.

Várias são as classificações sobre os títulos de crédito, mas, para efeitos deste trabalho, escolheu-se a que os conceitua segundo a sua natureza, ou seja, abstratos ou causais.

Os títulos de crédito abstratos consubstanciam operação de crédito e correspondem a documentos de legitimação por constituírem direito novo, autônomo e originário, que resulta de uma declaração cartular autônoma, distinta da relação causal que os gera e dela não são documentos probatórios. Ademais, só o título de crédito visa a circulação de direitos de crédito por meio da sua negociabilidade e, por isso, exerce função relevante no mundo econômico. São exemplos a letra de câmbio, a nota promissória e o cheque, embora a doutrina não seja unânime quanto a este último.

Os títulos de crédito causais estão ligados a uma causa predeterminada em lei, circulando por endosso e levando neles incorporificada a obrigação originária como,

por exemplo, a duplicata que só pode existir em razão de compra e venda mercantil ou prestação de serviços, sendo que os elementos relativos à sua causa, como o número da fatura e do registro em livro próprio, são essenciais ao título. A oposição do aceite pelo adquirente da compra mercantil ou do tomador do serviço tem o condão de libertar a duplicata da sua causa, tornando o título abstrato imune a eventuais oposições, posto que tornado autônomo em relação à obrigação originária.

São ainda títulos de crédito causais as ações e as debêntures, como também os títulos representativos pelos quais a circulação importa a transferência de mercadoria, como o conhecimento de transporte de mercadorias por terra, água ou ar ou o conhecimento de depósito (*warrant*) expedido pelos armazéns gerais.

7. *Circulabilidade dos títulos de crédito*

Toda cártula nasce com sua regra de circulação, que depende da vontade da lei e às vezes da vontade do emitente. Assim, por exemplo, (i) os títulos ao portador no direito pátrio estão proibidos de circular em face da Lei n. 8.021, de 12 de abril de 1990, por conveniência da circulação da moeda oficial; (ii) ao emitente pode convir limitar a circulação do título, emitindo-o nominativo ou com cláusula não à ordem, impedindo a transmissibilidade por endosso, etc.

Portanto, o fio condutor da circulabilidade dos títulos de crédito é o endosso que consiste em declaração lançada no dorso ou verso da cártula cambial pelo seu proprietário, transferindo integralmente o direito ao valor contido no documento e os direitos a ele inerentes, segundo o art. 14 do Dec. n. 57.663, de 24 de janeiro de 1966, que regulamentou a Lei Uniforme de Genebra e o art. 20 da Lei n. 7357, de 2 de setembro de 1985, que regulamentou a Lei do Cheque. Fica patente então a invalidade do endosso parcial ou limitado a uma parte da cambial e, se assim for feito, será considerado como endosso pleno.

As modalidades de endosso podem ser: (a) própria ou completa (em preto) quando indicado o endossatário ou (b) ao portador (em branco) que se revela pela simples assinatura do endossante.

O direito cambiário também admite: (i) o endosso mandato ensejando ao endossatário o direito de cobrar o valor da cártula; (ii) o endosso póstumo que é aquele dado posteriormente ao protesto do título por falta de pagamento ou posterior ao decurso do prazo de vencimento, tendo natureza de cessão civil; e (iii) o endosso caução, quando a cambial é dada em penhor a favor do credor do endossante.

O título de crédito não tem função estática, ao contrário, ele nasce para circular. Se a circulabilidade é uma de suas características fundamentais, tem ela o condão de possibilitar ao titular do direito nele incorporado, antes do vencimento e por meio de endosso, a obtenção de sua troca por novo capital em substituição àquele emprestado, fazendo com que haja mobilização de capital necessário ao fomento do mercado. Pelo processo de desconto cambiário, fica potencializada a rápida circulação de capitais, tornando mais produtivas e menos onerosas as relações mercantis, as industriais, as bancárias, as de serviços, as de consumo, entre outras.

Os dogmas do direito cambial se fundam no pressuposto de que toda a sistemática do regime cartular nos títulos de crédito foi insculpida com base: (a) no formalismo documental da cártula, e (b) no princípio de que decorre da inoponibilidade de exceções provenientes do negócio subjacente.

III – *Títulos de crédito no código civil de 2002*

8. *Espécies de títulos de crédito existentes*

Devido a peculiaridades culturais, econômicas e sociais, os países produzem suas riquezas de forma heterogênea, razão por que necessitam recorrer às constantes

trocas mercantis. No intuito de permitir que essas transações fossem incrementadas, foram firmados tratados internacionais num movimento crescente que, quando atingida a modernidade, tornou necessário uniformizar os acordos existentes entre os diversos estados pelo volume expressivo e complexo das permutas entabuladas.

Foi mediante concessões recíprocas que surgiu a Lei Uniforme de Genebra, aprovada pelo Congresso Nacional, nos termos do inciso I do art. 66 da Constituição Federal de 1946, por meio do Decreto Legislativo n. 54 de 8 de setembro de 1964. Por sua vez, o Poder Executivo, pelo Decreto n. 57.663, de 24 de janeiro de 1966, promulgou as Convenções sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória e ainda pelo Decreto nº 57.595, de 7 de janeiro de 1966, promulgou as Convenções relativas aos Cheques alteradas posteriormente pela Lei n. 7.357 de 2 de setembro de 1985 e, por último, veio a Lei n. 5.474 de 18 de julho de 1968, que criou as Duplicatas e Triplicatas, conferindo-lhe garantias de endossabilidade e inoponibilidade de exceções ao portador de boa-fé.

Mencionadas normas disciplinaram a letra de câmbio, a nota promissória e o cheque, tendo em vista serem as cambiais mais utilizadas nas operações internacionais de crédito, fazendo nascer a duplicata e a triplicata, criação do direito de empresa brasileiro, sendo de todas as mais utilizadas.

A base do conceito de títulos de crédito assim se positivou na legislação, conferindo a esses documentos natureza mercantil, e, uma vez confeccionados com as formalidades e requisitos essenciais, passaram a ter natureza de bem móvel, com função de título de apresentação, de resgate ou de circulação, que consubstancia obrigação líquida e certa, com eficácia processual abstrata, configurando obrigação quesível e, uma vez emitido, tem, via de regra, natureza *pro solvendo*.

Vale dizer que a incorporação da Lei Uniforme de Genebra ao ordenamento jurídico brasileiro não foi tranquila. Uma

verdadeira celeuma foi provocada pela tradução deficiente dos textos, pelos problemas quanto à sua introdução no direito positivo pátrio, pela questão das reservas legais, pelas posteriores alterações, que provocaram, inclusive, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que firmou entendimento de que a LUG poderia ser modificada ou revogada por lei posterior, sem necessidade de prévia denúncia do Poder Executivo ao ente internacional competente (RE. 80.004-SP, re. Ministro Xavier de Albuquerque). Não se pode olvidar, contudo, que a legislação essencial sobre títulos de crédito cumpre até aqui seu papel regulatório de maneira satisfatória.

9. Fixação da teoria dos títulos de crédito

Preliminarmente, é de se dizer que o Código Civil de 2002 não revogou a supracitada legislação cambial. Veja-se que, se por um lado o estatuto civil dedica um capítulo aos títulos de crédito (VIII do Livro III, arts. 887 a 926), de forma que se poderia pensar que houve uma revogação da legislação especial, por outro, o art. 903 é claro ao determinar que, “salvo disposição em diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste código”, deixando patente o caráter supletivo de aplicação da novel legislação.

Relativamente ao direito intertemporal, oportuna a menção ao Enunciado n. 52 do Conselho de Justiça Federal, formulado em 12 de setembro de 2002, referente ao aludido art. 903, no qual se reconheceu que “as disposições relativas aos títulos de crédito não se aplicam aos já existentes”. Tal enunciado, como é evidente, faz nada mais do que aplicar o chamado princípio do *tempus regit actum*, positivado na legislação pela Lei de Introdução ao Código Civil.

Como destaca Rossi (2004, p. 211), sem desconsiderar o problema de direito intertemporal, fato é que as disposições previstas no Título VIII do Código Civil de 2002, a respeito dos títulos de crédito, têm simultaneamente duas funções: a primeira

de regular os títulos atípicos e, a segunda, de criar uma teoria geral dos títulos de crédito, que regulará, subsidiariamente, na ausência de disposição específica à lei especial, os títulos de crédito típicos.

O triunfo da teoria geral dos títulos de crédito reside no despertar do legislador para a importância de sua existência. Tal intenção, longe de ser mera conjectura, foi registrada oficialmente na exposição de motivos do Código Civil de 2002, na Mensagem n. 170 de 6 de junho de 1975, do então Ministro da Justiça Armando Falcão valendo dele sintetizar quatro pontos: (i) compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito Privado; (ii) atualização do Código Civil então vigente não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresariais e nos demais setores da vida privada; (iii) a não guarida no Código Civil senão aos institutos e soluções normativas já dotadas de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva, doutrina e jurisprudência a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica; e, (iv) a dação ao Código Civil, antes de um sentido operacional do que conceitual, configurando os modelos jurídicos à luz do princípio da “realizabilidade”, em função das forças sociais operantes no país, para atuarem como instrumentos de paz social e desenvolvimento.

Ao registrar os princípios que o nortearam, o legislador deixou clara sua adesão à teoria geral dos títulos de crédito de Vivante. Em tal sistema existem normas básicas, de aplicação geral, com a possibilidade da criação de títulos de crédito atípicos. Tal orientação é importante na medida em que

a legislação se mostra menos insensível às mudanças culturais, econômicas e sociais e, longe de engessar, constitui mais um suporte posto à disposição do meio empresarial, por possibilitar a rápida mobilização de capital com baixo custo e alto grau de eficiência sem, no entanto, ter as dificuldades da cessão civil, já que pode ser transferido por endosso ou pela simples *traditio*.

10. Possibilidade de criação de títulos de crédito eletrônicos

O cerne deste debate é a norma presente no § 3º do art. 889 do Código Civil de 2002: “o título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo”.

O artigo traça os requisitos mínimos dos títulos, que são: (a) a data da emissão – dia, mês e ano por extenso – o que, para determinados títulos típicos, não são requisitos essenciais, como a duplicata, cheque, nota promissória, etc., facultando ao portador inseri-la a qualquer momento antes da cobrança ou do protesto. A data serve para que aferir se na época o emitente era capaz de se obrigar cambialmente; (b) a indicação precisa dos direitos que o título confere, em face dos princípios da literalidade e autonomia previstas no art. 887; (c) a assinatura do emitente – pessoa capaz de contrair obrigação cambiária, se for incapaz e outra pessoa lançar sua assinatura no título por ele ficará obrigação junto ao portador.

A grande preocupação, portanto, está na questão da segurança dos documentos emitidos por esse meio, especialmente quanto à sua existência sem base cartular, quanto à identidade do emitente e sua assinatura digital que, nesse caso, não é autógrafa, mas criptográfica, quanto à integridade do documento em si e a veracidade quanto aos eventuais coobrigados. Contudo, parece – e vale a pena aqui ressaltar – que a assinatura criptográfica não é exigência expressa do estatuto civil, mas sim a sua escrituração

contábil como se depreende da supracitada regra geral.

Remetendo à definição de Vivante, são três os elementos peculiares dos títulos de crédito: (i) a literalidade, que torna despendicienda a investigação sobre a causa da obrigação; (ii) a autonomia, ou seja, cada obrigação derivada do título de crédito é independente não podendo o devedor opor exceção quanto a qualquer coobrigação anterior, requisito fundamental para a circulação do título; e (iii) a cartularidade, que decorre dos dois princípios anteriores que se operam com a materialização do título por processo físico ou equivalente.

Tais elementos estão presentes no Código Civil de 2002. Em primeiro lugar, tem-se o art. 887 que prescreve: “o título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei”. De seu turno a literalidade restou preservada conforme se constata na redação dos arts. 889 e 905. Bem como a cartularidade, que também não perdeu destaque, já que o art. 901 dispõe que a posse do título ainda prova a quitação da obrigação contida no mesmo.

Sem qualquer preocupação com os princípios clássicos, Coelho (2002, p. 384-386), afirma que a cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações cambiais, ou mesmo a distinção de atos “em branco” e atos “em preto”, representam aspectos da disciplina cambial desprovidos de sentido no ambiente informatizado.

Mamede (2003, p. 81), discordante, argumenta que, embora o § 3º do art. 889 permita que o título seja emitido com base nos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem na escrituração do emitente, apenas permite a impressão da base física por meio eletrônico, mas não chega a abolir a exigência da base física e, assim, dispensar a cartularidade cambiária.

O resultado de tal embate vai influir na questão da força executiva dos títulos

residindo nisso a celeuma. Os adeptos da segunda corrente citam o art. 585 do CPC, que, ao arrolar os títulos executivos extrajudiciais, não se refere aos títulos atípicos. Os da primeira, mais acertadamente, argumentam que os títulos emitidos por esta via podem ser objeto de ação monitória que, por sua vez, nada mais é do que um misto de processo de conhecimento e de execução. Vale lembrar que não compete à lei material outorgar esta faculdade, mas, sim, a processual.

Tal solução, aliás, está prevista no art. 888 do Código Civil de 2002, em que o legislador determinou que, uma vez ausente algum dos requisitos legais que tire do escrito a sua validade como título de crédito, não implicará a invalidade do negócio jurídico que lhe originou. Daí vê-se que o título não fará jus à ação cambial; no entanto, a obrigação não se torna juridicamente ineficaz, amparada pelo direito comum.

11. Circulabilidade do título de crédito eletrônico

Outra questão importante refere-se a circulabilidade do título de crédito, consoante o art. 893 do Código Civil de 2002: “a transferência do título de crédito implica a de todos os direitos que lhe são inerentes”. Considerando-se sua criação e emissão por meios informatizados, imporá igualmente o desenvolvimento de técnicas seguras, aceitas e disciplinadas em bases legais, de modo a se evitar fraudes de toda a ordem, mais especificamente a duplicação, ainda que um de seus titulares não o endosse e o transmita diversas vezes.

Nessa matéria o legislador civil inovou. Veja-se o art. 914, pelo qual, salvo cláusula em contrário, o endossante não responde pelo cumprimento da prestação do título; no art. 890, que considera não escrita no título a cláusula de juros, a proibitiva de endosso, a excludente de responsabilidade pelo pagamento ou por despesas, a que dispense a observância dos termos e formalidades prescritas, e a que exclua ou

restringa direitos e obrigações; e no parágrafo único do art. 897, que veda o aval parcial, observada a regra do art. 1.647, III, em caso de pessoa casada e, no entanto, pela forma do art. 900, convalida o aval dado após o vencimento produzindo os mesmos efeitos do anteriormente dado.

Na verdade, a questão toda deve ser resolvida pela ótica do negócio jurídico. Assim, deve-se entender o título como ato de vontade que objetiva um fim. O então art. 81 do Código Civil de 1916 nada mais fez do que definir negócio jurídico, porém, o art. 185 do Código Civil de 2002 preferiu dar-lhe o nome de ato jurídico. Permanece, contudo, ainda que intrinsecamente a definição que é “todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito”. O legislador repeliu, assim, a identificação do título de crédito como operação de crédito, para se fixar na ideia de documento.

Deve ser levado em consideração ainda que, no direito de empresa, as práticas negociais antecedem mesmo à própria legislação, bem como à jurisprudência e até a doutrina, de forma que é lícito afirmar que, com o passar do tempo, a matéria em comento estará devidamente pacificada.

IV – Eficácia dos títulos de crédito eletrônico

12. Eventual declínio da cártula

No exame do comércio eletrônico (*e-commerce*), a indagação posta ao debate jurídico é a de se saber se o documento ambientado em meios eletrônicos está apto a produzir direitos e obrigações entre as partes e, em caso positivo, a partir de que momento ele se aperfeiçoaria.

Segundo Marques (1999, p. 354-368), no documento há o elemento comunicativo, ou seja, a representação do pensamento ou de uma ocorrência e o elemento certificante, que é a demonstração de que tal representação é exata e espelha a verdade,

de forma que há que se distinguir no documento: (a) o autor intelectual e o autor material que podem ser pessoas diferentes ou a mesma pessoa; (b) o meio que é a parte instrumental, sendo que, no documento escrito, há representação indireta naquele que ele assinala e direta no caso da fotografia, do fonograma e da cinematografia; por fim, (c) o conteúdo, que são os fatos e as suas eventuais mutações. Assim sendo, as declarações contidas no documento serão dispositivas, constitutivas ou probatórias, de acordo com a função que ele deve ter e para a qual foi confeccionado.

O documento eletrônico é criado a partir de programas de computação (*softwares*), disponibilizados na rede mundial de computadores (*internet*) por um agente comumente denominado provedor de acesso que tem por função precípua armazenar e disponibilizar o sítio (*site*) para toda a rede.

As partes, situando-se em locais diversos, utilizam-se desses acessos virtuais, com trocas de informações que se baseiam em conceitos criptográficos assimétricos de chaves públicas e de chaves privadas e, no momento em que essas chaves se interligam e se completam, ocorre a constituição do documento pelo assentimento, estando ele ambientado não no papel, mas noutra base física, ou seja, informatizada.

Um dos princípios fundamentais relativos aos títulos de crédito é o da cartularidade, que se traduz na concretização do direito de crédito operada pela materialização da cártula por processo físico ou equivalente, impondo ao titular a necessidade de exibi-lo para exercer o direito nele contido.

Tão arraigado o conceito de cártula para materializar os títulos de crédito, que o debate se polariza entre os que preconizam a sua invalidade se emitidos por qualquer outro meio, como daqueles que militam em favor da possibilidade de serem gerados e emitidos por outros meios, apregoando a sua inevitabilidade, em face das crescentes transações via rede mundial de computadores (*internet*).

Assim, a doutrina se divide em duas: de um lado, com rigor acético e postulando a prevalência do meio cartular, defende-se que, nos termos da definição de Vivante, título de crédito é um documento de forma que é indispensável a existência do documento, isto é, um escrito em algo material, palpável, corpóreo. Apoiar-se a referida doutrina na circulabilidade do título, argumentando que só o documento escrito cumpre a função que popularizou os títulos de crédito, qual seja, a circulação dos direitos; e, do outro lado, estão os menos conservadores, que advogam a tese de que não existe, na verdade, diferença ontológica entre a noção tradicional de documento e a nova noção de documentos eletrônicos. Estes últimos, com efeito, também são meio reais de representação de um fato, desde que a informação neles contida seja impressa. A diferença residirá, portanto, tão-somente no suporte do meio real utilizado, não mais representado pelo papel e sim por disquetes, disco rígido, fitas ou discos magnéticos etc. (LUCCA, 2001, p. 44).

Em meio ao embate doutrinário, o legislador pátrio atento às revoluções produzidas pela informática houve por bem permitir a emissão de títulos de crédito a partir de caracteres criados em computador ou meio equivalente repelindo de vez a limitação do papel e declarando sua adesão à teoria menos formalista.

Vale mencionar que a corrente adotada encontra respaldo não só entre os mercantilistas, mas também entre os processualistas. É que se admite como prova no processo civil brasileiro todos os meios materiais ou imateriais capazes de gerar informações, sem nenhuma exclusão em tese. Na lição de Dinamarco (2002, p. 88), “nenhuma espécie de fonte passiva é excluída *a priori* e sequer ao mais obscuro dos escritos ou reproduções gráficas é negada a condição de fonte probatória” – até porque pode servir de prova de uma obscenidade alegada pela parte. As hipóteses de ilicitude da prova

são outras e não se ligam ao próprio modo de ser dos documentos.

Fato é que o Título V – Da Prova – Livro III – Dos Fatos Jurídicos do Código Civil de 2002, em seu art. 225, dispõe que: “as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se à parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão”. No mesmo sentido já caminhava o Código de Processo Civil de 1973, Seção V – Da prova Documental – Subseção I – Da força probante dos documentos, prescrevendo, em seu art. 383, que: “qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade”.

Assim, sob o aspecto do direito material, do direito processual e da doutrina, tem-se como certa a possibilidade da criação de documentos em ambiente informatizado. Ademais, está consagrada na legislação civil, e especialmente na empresarial, a tese de que, na interpretação das manifestações de vontade, deve-se atender mais à intenção dos contratantes, isto é, o que realmente pretenderam declarar, do que ao sentido literal da linguagem técnica da lei, como demonstram os arts. 112 e 113 do Código Civil de 2002. Resta, pois, à legislação especial regulamentar a criação, a emissão e a circulação dos títulos de crédito por meios eletrônicos ou por processo equivalente.

O papel como suporte físico a materializar o título de crédito sofre assim as consequências do advento de um novo modo de mobilização de capital para fins empresariais, porque o mundo virtual possibilita que ele esteja presente em todos os lugares, instantaneamente e a baixo custo operacional.

Vale citar, outrossim, que no Congresso Nacional tramitam alguns projetos de lei acerca do comércio eletrônico e da validade

jurídica dos documentos eletrônicos, por exemplo, a Medida Provisória n. 2.200-2 de 28 de junho de 2001, reeditada e parece que, pela lentidão habitual do processo legislativo, a questão da cartularidade receberá tratamento jurisprudencial antes da sua positivação em lei.

13. Problema das assinaturas e criptografia

Além da cartularidade, outro paradigma a ser vencido é o da circulabilidade dos títulos de crédito ambientados em sistemas informatizados que, por sua vez, se relaciona intimamente com a questão da assinatura, que tem por condão identificar o emitente, os possíveis avalistas e os endossatários da letra, num universo de anonimato que é a rede mundial de computadores (*internet*).

Silva (2001, p. 88) aponta que a assinatura, seja no âmbito civil, seja no empresarial, representa a ação de apor à pessoa o seu nome, com todos os apelidos e cognomes e com todas as letras com que ele se escreve, em papel ou documento, de que resulte, ou não, obrigação, sem o que não ficará obrigado nele, quando este for o seu fim.

Especificamente quanto ao título de crédito, a assinatura opera: (i) o aceite que é o ato praticado pelo sacado ou emitente que assuma a obrigação de pagar o valor da letra na época e local avençados; (ii) o aval que se constitui na obrigação que alguém assume no intuito de garantir o pagamento da cambial nas mesmas condições do emitente ou sacado; (iii) o endosso que é a transmissão do direito contido na cártula a outrem fazendo-o circular com rapidez e mínima formalidade.

A assinatura, portanto, relaciona e identifica a autenticidade de um documento (função declarativa), com aquele que o assina (função probatória), como também faz prova do conteúdo dos atos (função declaratória) como se depreende dos arts. 219, 220 e 221 do Código Civil de 2002. É justamente por isso que ela, em certos casos, permite a utilização da ação executiva na forma do art. 585, II, do CPC.

Em ambiente informatizado (*cyberspace*), a assinatura autógrafa, que pelos meios convencionais é a feita de próprio punho ou até mesmo por meio de chancela mecânica, perde suas características de estilo pessoal criado por meio de impulsos cerebrais ou de marca (detalhes amoldados em chapa de metal ou acrílico) que podem ser impressos de forma manual ou mecânica em papel, para se constituir numa técnica matemática denominada criptografia assimétrica, que consiste na codificação do teor do documento de modo que somente aqueles que o elaboraram e o autenticaram têm possibilidade de acesso ao seu inteiro teor, mediante a utilização de chaves públicas e de chaves privadas.

A chave pública fornecida ao particular (*software*) cria uma assinatura digital, ao mesmo tempo, transforma texto legível em texto desprovido de qualquer sentido. Por outro lado, a chave pública constitui-se num algoritmo gerado pelo programa fornecido por uma autoridade certificadora a uma Autoridade de Registro (AR), que passa a ser o titular de um par de chaves que serve para recompor e dar nexa ao texto desfigurado pela chave privada. O receptor de um documento tem a possibilidade de verificar sua autenticidade, em sentido informático e não jurídico, por meio da aplicação da chave pública do emissor do documento, ou de sua chave privada, e o documento criptografado pelo remetente com a chave pública do destinatário pelo uso invertido do processo. Essa recomposição criptográfica documental poderá ser feita a qualquer tempo e, se tiver ocorrido qualquer alteração no texto, a assinatura estará corrompida e, neste caso, o texto alterado será apócrifo.

Destaca Silveira (2005) que uma das características da criptografia assimétrica é justamente o denominado não-repúdio, em que uma mensagem decodificada com uma determinada chave pública só pode ter sido cifrada por seu par privado de modo que aquele que utilizou sua chave privada

para acessar qualquer *site* governamental ou particular não poderá negar que realizou essa ação.

O Poder Executivo, por meio da Medida Provisória n. 2.200-2 de 24 de agosto de 2001, instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, que se constitui num sistema de validação de certificação de assinaturas digitais.

A ICP-Brasil, que se encontra no topo da pirâmide, construindo uma raiz invertida, por meio de seu Comitê Gestor, tem competência para emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar as práticas de certificação e regras operacionais das Autoridades Certificadoras (AC) de nível imediatamente subsequente ao seu.

Nessa esteira, pode-se vislumbrar o credenciamento de várias autoridades certificadoras pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), autarquia vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia que, segundo o art. 13 da MP nº 2.200-2/2001, constitui-se na Autoridade Certificadora Raiz (ACR) da ICP-Brasil, que funciona como uma espécie de cartório eletrônico, emitindo certificados digitais e vinculando pares de chaves criptográficas aos integrantes desses sistemas, tais como os tabeliães notariais, as federações bancárias, as seguradoras, as entidades abertas de previdência complementar, as sociedades de capitalização, etc.

Outro aspecto interessante que consta do art. 10 da MP n. 2.200-2/2001 é a atenção peculiar conferida aos documentos eletrônicos, equiparando-os a documentos públicos ou particulares, presumindo-os verdadeiros em relação a seus signatários, desde que as declarações nele constantes sejam produzidas com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil ou de outra forma que não utilize certificados emitidos por aquela autoridade, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Lembra Castro (2004, p. 390) que a finalidade da criptografia, mormente no caso dos

títulos de crédito, não é necessariamente ocultar o teor do documento, mas sim a de impossibilitar a adulteração do documento. Portanto, o objetivo da criptografia é: (i) impossibilitar o acesso ao conteúdo da mensagem; e (ii) impedir que esta última seja adulterada enquanto circular.

14. Dificuldades técnicas além da criptografia

Apesar de a criptografia impossibilitar a adulteração do documento, ela não impede a sua multiplicação indefinida. Imagine-se a seguinte situação: um sujeito emite eletronicamente uma nota promissória de R\$ 100,00 (cem reais); o credor, por exemplo, faz mil cópias da nota. Todas as notas serão notas promissórias assinadas pelo emitente. Assim, fica patente a necessidade de que os títulos de crédito eletrônico tenham uma numeração de série que, uma vez copiada, funcione como uma duplicata, triplicata e assim sucessivamente, ou seja, o programa que gera os títulos de crédito deveria, obrigatoriamente, gerar um número de série em cada documento, o que, como é cediço, afronta alguns dos princípios seculares dos títulos de crédito. Para Castro (Idem, p. 391), por isso é necessário o entendimento, no caso de mensagens a serem codificadas acerca do funcionamento do algoritmo, do programa de computador e do protocolo, pois, na hipótese de falha de um desses elementos, o título virtual em circulação, o seu emitente e todos os seus eventuais coobrigados estarão em sério perigo.

Nos títulos de crédito eletrônico, não obstante a aposição de várias assinaturas digitais no mesmo documento como parece exigir tanto o Código Civil de 2002 quanto a Lei Uniforme de Genebra, denotando assim várias manifestações simultâneas de vontade, parece um pouco dificultada, já que a chave privada é aplicada no resumo (*message digest*) e não diretamente no próprio teor do documento. Assim, a questão residiria em como se proceder à aposição de outra assinatura digital nesse mesmo documento, a título de endosso ou

mesmo de aval, por exemplo, ou seja, para ter a chamada “assinatura digital” – que é o elemento por excelência de identificação do emitente do título eletrônico –, seria igualmente necessário que se já tivesse dado a anterior codificação criptográfica do documento. A questão de como resolver esse problema é menos perniciosa do que parece. Todos os bons assinadores digitais permitem hoje a aposição de múltiplas assinaturas num documento. Assim, se uma pessoa “assina” obrigando-se por R\$ 100,00 (cem reais) e, posteriormente, outra altera o valor para R\$ 200,00 (duzentos reais), a segunda “assinatura” invalida a primeira, obrigando-se pelo novo valor.

É inegável que o universo de anonimato que permeia toda a rede mundial de computadores causa dúvidas acerca da eficácia jurídica dos títulos de crédito virtuais. Enfrentando esse problema, opta-se pelas opiniões no sentido de que, para que um sistema de assinatura digital tenha a mesma força que a assinatura autógrafa, é preciso que, à sua maneira, ele também preencha os requisitos que garantam a identidade, a integridade e a perenidade do conteúdo. O uso e o controle da chave pública deve ser de exclusividade do proprietário, permitindo a individualização da autoria da assinatura (função declarativa); a autenticidade da chave pública deve ser passível de verificação, a fim de ligar o documento ao seu autor (autenticação, ligada à função declaratória); a assinatura deve estar relacionada ao documento de tal maneira que seja quase impossível a desvinculação ou a adulteração de seu conteúdo, sem que tal operação seja perceptível, invalidando automaticamente a assinatura (função probatória). Cabe mencionar que todos esses requisitos são preenchidos pela tecnologia da criptografia de chave pública, que é empregada nas assinaturas digitais (QUEIROZ, 2001, p. 399).

Ainda há muitas dificuldades com relação às técnicas de certificação digital que são passíveis de falhas, especialmente

quanto à emissão e à circulação que podem sofrer adulterações de toda ordem. Porém, isso não se deve constituir num óbice intransponível. A tecnologia virá com o tempo, sendo importante nesse momento precaução quanto à circulação dos títulos no meio digital de modo a proporcionar aos usuários o menor risco possível, agregando novos programas (*softwares*) para se evitar prejuízos. Uma solução viável seria atribuir a um agente a custódia dos títulos, como, por exemplo, a Federação Brasileira dos Bancos (Febraban) ou a Associação Nacional dos Notários e dos Registradores (Anoreg). Assim, no caso de pagamento, o título seria cancelado e, na hipótese de endosso, haveria uma “averbação”.

15. *Sugestões perante a nova prática empresarial*

É por força de disposição legal que os títulos extrajudiciais adquirem força executória, de modo que os títulos de crédito eletrônicos carecem de legislação especial que lhes conceda a executividade inerente aos títulos de crédito regulados por legislação especial, não recebendo guarida do processo de execução na conformidade dos arts. 646 e seguintes do CPC.

No entanto, o rol dos títulos executivos extrajudiciais constantes do art. 585 do CPC não é taxativo, mas apenas exemplificativo, e embora essas cambiais virtuais nem possam ser protestadas por falta de previsão legal, não significa que não possam ser objeto de ação judicial para sua constituição e sua execução. Embora comece a mudar, essa é a posição da Corregedoria do Estado de São Paulo e, obviamente, tem validade somente no seu território. No resto do país, entende-se que a expressão “documentos de dívida” constante na Lei nº9.492, de 10 de setembro de 1997, a Lei de Protesto de Títulos, inclui também os títulos atípicos.

A solução, quando for necessária a cobrança judicial do título eletrônico considerado documento sem eficácia de título executivo, será a ação monitória prevista

no art. 1102-A do CPC, que se constitui num misto de processo de conhecimento e de execução. Por sua natureza híbrida, a ação monitória não admite contestação. A defesa é realizada em apartado por meio dos embargos, que têm natureza de ação autônoma. A oposição desses embargos suspende a eficácia do mandado judicial, bem como inverte o ônus da prova para o embargante devedor, o que confere ao portador do título de crédito atípico uma posição mais vantajosa.

O necessário cuidado ao se contratar por meio eletrônico tem por mister a necessidade de se comprovar a entrega do produto ou a prestação do serviço, seja por meio da nota fiscal, na falta de um documento que comprove o recebimento da mercadoria ou do serviço que pode ser o Aviso de Recebimento (AR) dos Correios e Telégrafos, seja por um documento firmado em presença de duas testemunhas como faculta o art. 585, II, do CPC, sem se esquecer do valor probante que se constitui a própria escrituração contábil do emitente.

Cabe aqui, ainda, uma reflexão sobre um instrumento de certificação pública ainda pouco conhecido dos operadores do direito, denominado Ata Notarial, com previsão contida no art. 7º, inciso III, da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, a chamada de Lei dos Notários e dos Registradores, por meio do qual o tabelião, a pedido de uma ou de ambas as partes, registra em seus livros, com imparcialidade e fidelidade, fatos jurídicos que toma conhecimento, evitando seu desaparecimento.

Em seu amplo espectro, a ata notarial pode também relatar fatos jurídicos que estejam ambientados virtualmente na rede mundial de computadores (*internet*), mediante acesso pelo tabelião de notas por meio de seu computador pessoal a um determinado domínio virtual, como um sítio (*site*), para relatar minuciosamente o dia e a hora em que acessou o endereço eletrônico, o seu conteúdo gráfico e imagético – que será impresso em seu livro de notas – vi-

sando a imparcialidade e a fidelidade do ato tabelião. Dessa forma, a Ata Notarial converte-se num excelente instrumento de prova, pois contém a segurança inerente da fé pública notarial, além de operar como prevenção de litígios futuros (RODRIGUES, 2004).

Lembra Rezende (1997, p. 58) que a função notarial pública é um serviço fundamental à administração da justiça, sendo esse labor dotado de fé pública. A sua eficácia probatória e a sua força executiva alcançam plenitude via sentença judicial se instruírem algum processo com atos perante ela praticados. Assim, a Ata Notarial cumpre seu desígnio como documento com força probante qualificada nos arts. 364 e 365, II e III, do CPC.

Regulamentações advirão necessariamente com a utilização em considerável escala desses títulos. A transformação da MP n. 2200-2, em lei, as propostas de alteração da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, a Lei de Registros Públicos, aliada à vigente Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997, a Lei de Protestos que, em seu art. 1º permite o apontamento para protesto de títulos e “outros documentos de dívida” trarão a necessária segurança à economia em geral que se baseia na confiança do crédito.

As Câmaras de Custódia e Liquidação são depositárias de títulos de dívida. Nessa qualidade, elas processam a emissão, a circulação, o resgate e a custódia desses títulos, bem como, quando é o caso, o pagamento dos juros e demais eventos a eles relacionados. Com poucas exceções, os títulos são emitidos escrituralmente, isto é, existem apenas sob a forma de registros eletrônicos, lembrando que os títulos emitidos em papel são fisicamente custodiados por bancos autorizados. As operações com esses títulos são realizadas no mercado de balcão, incluindo aquelas realizadas por intermédio do CetipNet, uma plataforma de negociação eletrônica do Banco Central do Brasil.

Conforme o tipo de operação e o horário em que é realizada, a liquidação é feita

num dia ou dois. As operações no mercado primário, envolvendo títulos registrados na CetipNet, que são câmaras responsáveis principalmente pelos títulos de renda fixa, são geralmente liquidadas com compensação multilateral de obrigações. A compensação bilateral é utilizada na liquidação das operações com derivativos e compensação bruta em tempo real, nas operações com títulos negociados no mercado secundário.

A sugestão é que seja criada uma Câmara específica para os títulos de crédito “antigos”, de forma que sua emissão, sua circulação e sua compensação fiquem a cargo de tal entidade, que obrigatoriamente seria registrada e fiscalizada pelo Banco Central do Brasil, de forma a tornar operacionalmente exequíveis as operações com títulos de crédito eletrônicos.

Defende-se a manutenção dos rigores cambiários insculpidos no Código Civil de 2002, mas aliados às modernas técnicas de emissão e circulação dos títulos de crédito neste momento novo, que são determinados pelo avanço dos meios de comunicação, em que a mobilização e a circulação do crédito por meios eletrônicos são cada vez mais utilizadas, porque dinamiza, barateia e cumpre sua finalidade na certeza de que é possível a manutenção da confiança. Para Miranda (1954, p. 11), “o direito cambiário chegou a tão grande harmonia de técnicas e a técnica tão longe levou seu intuito de harmonizar interesses particulares e do público, que o sacrifício de qualquer elemento significa, sempre, erro de justiça”.

Conclusão

O Código Civil de 2002, ao incorporar em seu bojo a teoria de Vivante, não derogou a legislação especial a eles inerente. Ao contrário, foi além ao permitir sua emissão, sua materialização e sua circulação em ambientes informatizados, com o que passou a enfrentar muitos percalços, que vão desde a sua concretização em suporte que não o papel, passando pela confiabilidade quanto

aos direitos neles contidos, a identidade do emitente e dos eventuais coobrigados da letra, chegando à circulação, sob o argumento de que são gerados num mundo atípico, virtual, não tangível, *a priori*, e suscetíveis, portanto, de uma série de adulterações com prejuízos ao mundo econômico. Contudo, aí está a nova tônica do século: títulos de crédito circulando em ambientes informatizados. Não haverá argumentos que evitem essa nova realidade que acelera, cria e circula a baixo custo e com muita eficiência a mobilização e desmobilização do crédito sendo, portanto, irresistível a emissão informatizada.

O debate entre os doutrinadores pátrios aqui citados estabeleceu marcos bem definidos, que ora apontam para total ineficácia dos títulos de crédito ambientados eletronicamente, ora, para sua possibilidade, mediante a segurança dos processos de chaves criptográficas assimétricas públicas e particulares.

Existe a possibilidade da criação, da emissão e da circulação dos títulos de crédito eletrônico por amparo do § 3º do art. 889 do Código Civil de 2002 que nada mais fez do que positivar prática mercantil utilizada em larga escala.

No que tange à falta de liquidação do título de crédito eletrônico em seu vencimento, a regra é clara: o título deverá ser impresso para adquirir base física, observando os requisitos mínimos do art. 889 do Código Civil de 2002, sendo levado a protesto, comprovando-se na ocasião a venda a prazo ou a prestação de serviços, a efetiva entrega e recebimento da mercadoria ou do serviço. Esses documentos, acompanhados da certidão do protesto, embasarão a competente execução do título extrajudicial na forma do art. 585 do CPC. Por outro lado, se os meios de que dispuser o credor do título de crédito atípico não forem suficientes para ensejar ação executória, por ora, o caminho será mesmo o da ação monitória sem se esquecer da Ata Notarial como instrumento com força probante.

Por fim, se a contratação do crédito feita de forma eletrônica, mediante a utilização de chaves criptográficas assimétricas públicas e privadas, nos moldes do que dispõe a MP nº 2202-2/2001, vier a ser tornar lei, estará garantido o processo executório que poderá, neste caso, ser determinada judicialmente a quebra dos sigilos das chaves que constituíram, assinaram e autenticaram tal documento, de modo a demonstrar a sua validade. Havendo recusa do devedor em fornecer tal informação, poderá ser presumida a veracidade dos fatos alegados pelo credor.

O objetivo deste estudo foi trazer um panorama geral da teoria dos títulos de crédito desde seu esboço histórico até os novos contornos que passam agora ter, constatando as dificuldades momentâneas vividas tanto no meio doutrinário como empresarial. Também trouxe um pouco do debate que se abre em razão da nova regra, os critérios jurídicos que tornam possível na ausência de normas mais específicas solucionar os eventuais conflitos que com certeza advirão e o reclamo quanto à necessidade de posicionamentos práticos tanto da doutrina quanto da jurisprudência, levando-se em consideração que, em matéria empresarial, o costume muitas vezes é mais preponderante que a própria lei.

Em matéria processual, a lei adjetiva em vigor oferece instrumentos satisfatórios para tanto, uma vez que acolhe a teoria do consenso na formação do documento.

Também não se pode esquecer quanto ao aspecto mais importante de que se revestem os títulos de crédito que é a sua circulação, como uma decorrência do direito à livre iniciativa consagrada no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 que mobiliza capital em razão da segurança e da aparência de certeza que tais cambiais conferem.

A possibilidade de títulos de crédito eletrônicos vem, portanto, satisfazer a antiga reivindicação do mundo empresarial, que é a emissão dessas letras, abrindo a possibilidade para a criação de novos títulos atípicos.

Ao rebater críticas ao seu projeto, Reale bem diz que a rede mundial de computadores (*internet*) não implica alterar o Código Civil de 2002, uma vez que os negócios jurídicos concluídos por intermédio dela são negócios jurídicos regulados por normas ali presentes. Ela atua apenas como novo meio e instrumento de intercâmbio e de acordo de vontades, não interferindo na substância das disposições legais quanto aos direitos e deveres dos contratantes.

O Direito, como produto da experiência humana sedimentada ao longo dos anos, estabilizando e promovendo a harmonia das relações sociais, ainda que na ausência ou demora de uma legislação regulamentar, deve extrair de seus princípios fundadores o máximo de efetividade e perenidade em razão dessas novas práticas empresariais, de modo a readequar sua fundamentação e permitir que se realize com segurança o instituto do crédito que se constitui no fomento das trocas mercantis, cujo elemento principal está baseado na confiança. Portanto, todo o sistema construído em torno da possibilidade da geração e circulação dos títulos de crédito eletrônico necessita de padrões transparentes, claros e plenamente verificáveis.

Referências

ASCARELLI, Túlio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1969.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil anotado e legislação complementar*. São Paulo: Atlas, 2004.

BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de crédito*. São Paulo: Atlas, 1992.

CASTRO, Rafael Velly de. Notas sobre a circulação e a literalidade nos títulos de crédito. In: PENTEADO, Mauro Rodrigues (Coord.). *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil (análise dos arts. 887 a 903); títulos de crédito eletrônicos (alcance e efeitos do art. 889, § 3º e legislação complementar)*. São Paulo: Walmar, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2002.
- GARDINO, A. V. P. Títulos de crédito eletrônicos. In: PENTEADO, Mauro Rodrigues (Coord.). *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil (análise dos arts. 887 a 903); títulos de crédito eletrônicos (alcance e efeitos do art. 889, § 3º e legislação complementar)*. São Paulo: Walmar, 2004.
- LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. (Coord.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru, SP: Edipro, 2001.
- _____. *Comentários ao novo Código Civil*, volume XII: dos atos unilaterais; dos títulos de crédito – arts. 854 a 926. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MAMEDE, Gladston. *Títulos de crédito*. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 1999.
- MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, 2.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito cambiário*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.
- QUEIRÓZ, Regis Magalhães Soares de. Assinatura digital e o tabelião virtual. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. (Org.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru, SP: Edipro, 2000.
- REALE, Miguel. *O novo código civil e seus críticos*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 20 dez. 2006.
- REZENDE, Afonso Celso Furtado de. *Tabelionato de notas e o notário perfeito: direito de propriedade e atividade notarial*. Campinas: Copola Livro, 1997.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.
- _____. Cambial. Concomitante exigibilidade. Comentário a acórdão. *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, n. 3, p. 34-40, 1971.
- RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial e sua eficácia na produção de provas com fé pública do tabelião no ambiente físico e eletrônico*. Disponível em: <<http://www.anoregsp.org.br>>. Acesso em: 20 dez. 2006.
- ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ROSSI, L. Considerações gerais sobre os títulos de crédito à luz do novo código civil: o art. 889. In: PENTEADO, Mauro Rodrigues (Coord.). *Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do Novo Código Civil (análise dos arts. 887 a 903); títulos de crédito eletrônicos (alcance e efeitos do art. 889, § 3º e legislação complementar)*. São Paulo: Walmar, 2004.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SILVEIRA, Sérgio Amadeu. *Privacidade e criptografia na rede*. Informativo eletrônico n. 190 de 7 de julho de 2005 da Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.anoregsp@anoregsp.org.br>>. Acesso em: 20 dez. 2006.
- VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5. ed. Milão: Ed. Francesco Vallardi, 1935. v. 1, 3.

O ideal de justiça política e constituição em John Rawls

Análise dos pontos principais da “teoria da justiça como equidade”

Paulo Roberto Barbosa Ramos e
Jorge Luís Ribeiro Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Os princípios fundamentais de justiça como reguladores da estrutura básica da sociedade. 3. A estrutura básica da sociedade como objeto primário da concepção de justiça idealizada por John Rawls. 4. Posição original: “status quo” inicial da teoria rawlsiana. 5. Peculiaridades do contrato social hipotético rawlsiano. 6. Conclusão.

Introdução

John Rawls, filósofo norte-americano falecido no ano de 2002, deixou como parte de seu legado uma teoria substancial, contrária ao utilitarismo¹, que transforma a igualdade em um valor bastante palpável, até mesmo sob o ponto de vista político.

Falar em igualdade no campo da filosofia política contemporânea, por si só, não representaria grande novidade. Na

Paulo Roberto Barbosa Ramos é Professor de Direito Constitucional do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, do Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas da UFMA (Mestrado e Doutorado), do Programa de Pós-graduação em Saúde e Ambiente da UFMA (Mestrado). Pesquisador do UNICEU-MA. Mestre em Direito pela UFSC. Doutor em Direito pela PUC/SP. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da UFMA. Promotor de Justiça no Estado do Maranhão.

Jorge Luís Ribeiro Filho é Graduando em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Membro do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da Universidade Federal do Maranhão (NEDC - UFMA), Estagiário do Ministério Público do Estado do Maranhão (Promotoria do Idoso de São Luís-MA), Bolsista de Iniciação Científica do CNPq (2009-2010 / 2010-2011).

¹ Ao estabelecer os contornos daquilo que seria o objetivo principal de sua teoria, John Rawls estabeleceu que a sua construção buscava ser uma nova alternativa para aqueles que não se mostraram simpáticos à sistemática dominante: “Talvez eu possa explicar o meu objetivo principal neste livro da seguinte forma: em grande parte da filosofia moral moderna, a teoria sistemática predominante tem sido alguma forma de utilitarismo. Um dos motivos para isso é que o utilitarismo foi adotado por uma longa linhagem de brilhantes escritores, que construíram um corpo de pensamento verdadeiramente impressionante em seu alcance e refinamento. (...) O resultado é que muitas vezes parecemos forçados a escolher entre o utilitarismo e o intuicionismo.” (RAWLS, 2000b).

verdade, muitos teóricos que atuam nesta seara já consagram tal valor fundamental como centro irradiador das mais plausíveis construções².

John Rawls (2000b) demonstrou em sua *Teoria da Justiça* que conseguiu captar, de forma peculiar, a essência desse valor. Repaginando a hipótese tradicional do contrato social, ele obteve uma construção herdeira do pensamento kantiano³, otimista e politicamente aceitável.

A situação pensada por Rawls, apesar de preponderantemente hipotética, fornece expectativas interessantes, tanto do ponto de vista coletivo quanto do individual. Chega-se, assim, à conclusão de que seria possível obter um convívio social mais acolhedor se a realidade fosse encarada a partir do prisma da razoabilidade.

Resumidamente, o autor convida os estudiosos de sua teoria a pensarem que, situadas em uma posição original e recobertas por um véu de ignorância, as pessoas firmariam um “pacto igualitário”

² Neste ponto, é interessante endossar a ideia do filósofo Ronald Dworkin, trazida à baila por Will Kymlicka, porquanto entende-se que a interpretação dispensada ao valor igualdade, na Teoria da Justiça, foi bem mais importante que a sua própria escolha: “(...) Na visão de Dworkin, toda teoria política plausível tem o mesmo valor fundamental, que é a igualdade. São todas teorias igualitárias. (...) Esta sugestão é claramente falsa se compreendermos ‘teoria igualitária’ como teoria que sustenta uma distribuição igual de renda. Mas há outra ideia de igualdade na teoria política, mais abstrata e mais fundamental – a saber, a ideia de tratar as pessoas como iguais. (...)” / “(...) A sugestão de Dworkin é a de que a ideia de que cada pessoa tem importância igual está na essência de todas as teorias políticas plausíveis.” / “Se a sugestão de Dworkin estiver correta, então, o ceticismo que muitas pessoas sentem a respeito da possibilidade de solucionar racionalmente debates entre teorias de justiça pode estar mal colocado ou, de qualquer maneira, ser precipitado. (...) Enquanto a visão tradicional nos diz que o argumento fundamental na teoria política é aceitar ou não a igualdade como valor, esta visão revista nos diz que o argumento fundamental não é aceitar ou não a igualdade, mas interpretá-la. (...)” (KYMICKA, 2006, p. 5).

³ Ver “O Construtivismo kantiano na teoria moral”, presente na obra: Rawls, 2000.

e proporcionariam as bases necessárias e possíveis para a efetivação da “Justiça como equidade”.

Nestas circunstâncias peculiares, os entes representativos sagrariam os princípios de justiça social que mais satisfizessem aos seus anseios comuns. Em consonância com a teoria em análise, os princípios que preencheriam com maior excelência os pré-requisitos exigidos seriam os seguintes⁴:

A) Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível como mesmo esquema de liberdades para todos.

B) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade de oportunidades; e, em segundo lugar, tem de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade.

A partir de uma rápida leitura dos princípios acima transcritos, pode-se inferir, entre outras coisas, que a teoria da *Justiça enquanto Equidade* se embasa na ideia de que os empenhos de cada componente da sociedade têm valor igual e, portanto, merecem tratamento similar, até mesmo por força do que dispõe o chamado princípio da diferença.

Para efeito de melhor compreensão da proposta deste artigo, é fundamental ressaltar que não se pretende explorar, minuciosamente, o intenso caminho que abarca o exame da proposição acerca da justiça feita por Rawls. Não se aspira discutir todos os meandros de sua tese.

Acredita-se que existam pontos da teoria rawlsiana que, por sua natureza e pela função que exercem, merecem um maior empenho interpretativo. Sendo assim, esta

⁴ Os princípios em discussão foram elaborados e, diversas vezes, reformulados por John Rawls (2003) durante o desenvolvimento da teoria da Justiça como equidade; por opção metodológica, procurou-se utilizar no presente artigo a formulação encontrada na obra “Justiça como equidade: uma reformulação”.

análise voltar-se-á apenas a questões relacionadas aos pontos principais e sobre os quais é possível falar mais objetivamente.

Para que se alcance a meta proposta, o presente trabalho adotará o seguinte encaideamento: num primeiro momento, serão abordadas questões referentes à escolha da estrutura básica da sociedade como objeto da “teoria da justiça como equidade”. Posteriormente, analisar-se-ão os princípios de justiça apontados por Rawls como aqueles que seriam escolhidos na posição original, sob influência de determinados fatores de ordem procedimental. Depois, as atenções serão voltadas à posição original, momento no qual se enfatizará que ela é um expediente de exibição utilizado pelo autor com o escopo de conceber a igualdade entre os indivíduos. Já à guisa de encerramento, serão trazidos à discussão pontos remissivos ao contrato social hipotético, oportunidade em que se afirmará que tal mecanismo, apesar de bastante usual, é utilizado pelo filósofo com outros objetivos, distintos dos rotineiramente perseguidos.

2. Os princípios fundamentais de justiça como reguladores da estrutura básica da sociedade

Reveja-se uma das mais recentes formulações dos princípios de justiça elaborados por Rawls (2003), extraída do seu livro “Justiça como equidade: uma reformulação” e já expressa no tópico introdutório:

“1º princípio: Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos.

2º princípio: As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade de oportunidades; e, em segundo lugar, tem de beneficiar ao máximo

os membros menos favorecidos da sociedade.”

Rawls defendeu a ideia de que dois princípios de justiça teriam sido escolhidos por agentes racionalmente autônomos em um *status quo inicial* denominado de posição original⁵. O primeiro deles buscaria assegurar as liberdades básicas de gozo individualizado por parte de cada cidadão, enquanto que o segundo voltar-se-ia à amenização das desigualdades socioeconômicas comuns e inevitáveis em um contexto social.

Logo nas primeiras linhas de seu livro “Uma Teoria da Justiça”, o autor estabeleceu:

“(…) a idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto de consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira

⁵ A ideia de que os princípios estariam a serviço daquilo que o autor chamou de “justiça do contexto social” fica clara, mesmo que de forma embrionária, no presente fragmento da sua obra: “Sustentarei, ao contrário, que as pessoas na situação inicial escolheriam dois princípios bastante diferentes: o primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que as desigualdades econômicas e sociais, por exemplo desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade. Esses princípios excluem instituições que se justificam com base no argumento de que as privações de alguns são compensadas por um bem maior do todo. Pode ser conveniente, mas não é justo que alguns tenham menos para que outros possam prosperar. Mas não há injustiça nos benefícios maiores conseguidos por uns poucos desde que a situação dos menos afortunados seja com isso melhorada. (...)” (RAWLS, 2000b, p. 16).

de considerar os princípios de justiça eu chamarei de justiça como equidade.” (RAWLS, 2000b, p. 12).

Nesse estágio pré-contratual, os indivíduos representativos, por motivos estratégicos, estariam encobertos por um véu de ignorância, o qual enfraqueceria as ambições individuais, uma vez que possibilitaria o desconhecimento transitório de determinadas particularidades das suas próprias naturezas⁶.

Por tudo quanto exposto, facilmente se chega à conclusão de que a Teoria defendida por Rawls partiu da concepção de justiça procedimental pura, ou seja, passou-se a considerar que, se os princípios de justiça foram escolhidos em um estágio em que predominou a equidade e a ausência de submissão entre os homens, eles eram justos⁷.

Os princípios⁸, como elementos com maior carga axiológica da Teoria da Justiça

⁶ Este entendimento encontra-se registrado, por exemplo, na seguinte passagem: “Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. (...) Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o *status* social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. (...) Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. (...)” (RAWLS, 2000b, p. 13).

⁷ Para que a proposta de John Rawls seja corretamente entendida, precisa-se aceitar que, se o local ou o momento onde a escolha dos princípios foi feita era marcado por completa ausência de subordinação entre os homens, pautada na isonomia, a escolha dos princípios que regulariam a estrutura básica da sociedade também foi justa. É o que se depreende da seguinte citação: “[...] a justiça procedimental pura se verifica quando não há critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contanto que o procedimento tenha sido corretamente aplicado. (...)” (RAWLS, 2000b, p. 92).

⁸ A função primordial dos princípios, nesse momento inicial de organização da estrutura básica da sociedade, pode ser extraída da seguinte ideia materializada pelo filósofo em estudo: “(...) Assim, princípios são necessários para que se escolha entre as

de Rawls, atuariam na estrutura básica da sociedade, com força vinculativa advinda da isonomia do processo de escolha, bem como do “consenso” obtido na posição original.

John Rawls, buscando conferir maior aplicabilidade aos princípios concebidos, advertiu que, para que atingissem seus objetivos, eles deveriam estar dispostos obedecendo a uma ordem de prioridade, segundo a qual o primeiro princípio tem primazia sobre o segundo (ordem lexical ou ordenação serial):

“Esses princípios devem obedecer a uma ordenação serial, o primeiro antecedendo o segundo. Essa ordenação significa que as violações das liberdades básicas iguais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais. Essas liberdades têm um âmbito central de aplicação dentro do qual elas só podem ser limitadas ou comprometidas quando entram em conflito com outras liberdades básicas.” (Idem, p. 65).

Analisando com maior rigor as disposições contidas nos dois princípios de justiça elaborados por Rawls, percebe-se que, de fato, sua teoria só teria aplicabilidade em uma sociedade democrática, marcada por um sistema de intensa cooperação composto e gerido por indivíduos razoáveis e dispostos a colaborar para o desenvolvimento de uma comunidade forte, porém, sem abrir mão de seus planos pessoais.

O problema da escolha racional e razoável dos princípios de justiça em um momento marcado pela isonomia e pela ausência de subordinação entre os indivíduos (posição original) desperta, ainda

várias ordenações sociais que determinam essa divisão desvantagens, e para que se firme um acordo quanto às partes distributivas adequadas. Essas exigências definem o papel da justiça. As condições básicas que dão origem a essas necessidades são as circunstâncias da justiça.” (RAWLS, 2000b, p. 137).

hoje, bastante polêmica. Nesta senda, válida é a seguinte indagação: John Rawls teria arriscado a plausibilidade de sua teoria ao recorrer a dispositivos como a posição original e o contrato social para influenciarem na escolha de determinados princípios?

Acredita-se que não. O filósofo norte-americano parece ter partido do pressuposto de que o peso das convicções morais dos seres representativos utilizados por ele na posição original coloca tais recursos (posição original e contrato social hipotético) mais como garantidores do que como fundamentadores de sua teoria.

Ele procurou, por meio desses expedientes, mostrar que o emprego atual (pós-contratual) dos dois princípios da justiça social seria conveniente, pois, em um caráter prévio (pré-contratual), apesar de as condições terem sido outras, fora razoável anuir com eles.

O idealizador da *Justiça como equidade* defendeu que as pessoas possuem um entendimento intuitivo, ou, até mesmo, uma ponderação procedente da “vivência diária”, a qual aponta para o fato de que certos juízos convencionais são inerentemente retos e outros absolutamente inaplicáveis, porquanto corrompidos pelo egoísmo, que cega o homem médio.

Dessa forma, a metodologia utilizada por ele buscou elencar princípios que motivassem e aclarassem os nossos próprios juízos ponderados, retirando, de certa forma, a “responsabilidade fundamentadora” que, se fosse totalmente atribuída à posição original e ao contrato social hipotético, poderia tornar o seu argumento bastante inerte.

É ideal que tal entendimento seja sedimentado a partir da técnica do equilíbrio reflexivo⁹, a qual pode ser caracterizada por

⁹Nas palavras do próprio autor: “Volto-me agora para a noção do equilíbrio refletido. A necessidade dessa idéia surge da seguinte maneira: segundo o objetivo provisório da filosofia moral, pode-se dizer que justiça como equidade é a hipótese segundo a qual os princípios que seriam escolhidos na posição original são idênticos àqueles que correspondem aos nossos juízos ponderados e, assim, esses princípios descrevem

uma relação “harmônica e convergente” entre os chamados juízos intuitivos e os princípios de justiça social, responsáveis pela regulação da estrutura básica da sociedade:

“[...] Podemos esperar por um procedimento de vai-e-vem entre nossos juízos intuitivos e a estrutura dos princípios explicativos, fazendo ajustes primeiro em um dos lados, e em seguida no outro, até chegar ao que Rawls chamou de estado de equilíbrio reflexivo, no qual ficamos satisfeitos ou pelo menos tão satisfeitos quanto podemos racionalmente esperar. (...) Pode perfeitamente acontecer que, pelo menos para a maioria de nós, nossos juízos políticos habituais permaneçam nessa relação de equilíbrio reflexivo com os dois princípios de justiça de Rawls, ou pelo menos que assim possa ser feito através do processo de ajuste que acabei de descrever. [...]” (DWORKIN, 2007, p. 244).

No mesmo sentido, Rawls (2000b, p. 22): “[...] Todavia, há um outro aspecto para a justificativa de uma determinada descrição da posição original, que consiste em observar se os princípios eventualmente escolhidos combinam com nossas ponderações sobre a justiça ou se as ampliam de um modo aceitável. Podemos observar se a aplicação desses princípios nos levaria a fazer, a respeito da estrutura básica da sociedade, os mesmos julgamentos que agora fazemos intuitivamente e nos quais depositamos a maior confiança; ou se, nos casos em que nossas opiniões atuais são vacilantes, esses princípios mostram uma solução que podemos aceitar após reflexão. [...]”

o nosso senso de justiça. (...) Como vimos, esse estado é aquele que se atinge depois que uma pessoa avaliou várias concepções propostas e decidiu ou revisar seus juízos para conformar-se com um deles ou manter-se firme nas próprias convicções iniciais (e na concepção correspondente). (...)” (RAWLS, 2000, p. 51-52).

John Rawls utilizou, portanto, a posição original e o contrato social para mostrar, hipoteticamente, que as pessoas teriam aceitado seus princípios de justiça, sofrendo influência das adequadas condições, se tivessem sido sondadas, mas isso corresponderia a outro momento de reflexão, já que uma das condições primárias para o aceite racional é que tais princípios figurem como uma justificação de nossas convicções.

Desnecessário dizer que, em sede de posição original, os ideais morais não eram e nem poderiam ser os mesmos para todos os indivíduos. As pessoas, conforme se destacou anteriormente, possuíam convicções, aptidões e pretensões que, certamente, seriam discrepantes. Sem um método capaz de “canalizar” esses anseios tão contrastantes, a teoria em análise tenderia ao fracasso. John Rawls, buscando evitar essa consequência, utilizou-se, ao elaborar a posição original, da técnica do “equilíbrio reflexivo” (buscou organizar as ideias e princípios básicos latentes no bom senso, promovendo comparações, esclarecendo pressupostos e eventuais consequências, desenvolvendo, assim, uma teoria coerente de justiça).

Por equilíbrio reflexivo, entenda-se:

“[...] A esse estado de coisas eu me refiro como equilíbrio reflexivo. Trata-se de um equilíbrio porque finalmente nossos princípios e opiniões coincidem; e é reflexivo porque sabemos com quais princípios nossos julgamentos se conformam e conhecemos as premissas das quais derivam. [...]” (RAWLS, 2000b, p. 23).

Sendo assim, apesar de ser possível inferir de alguns pontos do próprio pensamento rawlsiano que apenas os princípios de justiça são “construídos”, sendo que a posição original e os demais expedientes metodológicos, eventualmente enxertados em sua teoria, são “estipulados”, pode-se afirmar que, se o equilíbrio reflexivo não “constrói” a posição original, ele pelo menos garante a sua efetividade como recurso teórico-hipotético.

Acaba sendo incontestável que John Rawls se propõe a desenvolver uma teoria marcada pelo bom senso e pelo comprometimento com a amenização e justificação das desigualdades¹⁰ inerentes a todos os modelos sociais, pois, conforme foi possível perceber, pela elaboração de seus princípios de justiça, o autor mostrou-se sensível a duas questões, sem as quais não há como falar em justiça, quais sejam: a preservação dos direitos fundamentais de 1ª geração (liberdades individuais) e a atenuação das questões referentes às desigualdades socioeconômicas.

3. A estrutura básica da sociedade como objeto primário da concepção de justiça idealizada por John Rawls

John Rawls se utilizou de diversos mecanismos procedimentais ou concepções-modelos¹¹ para dar corpo à sua teoria, a qual, ao longo dos anos e, sobretudo, devido às inúmeras críticas, foi-se reconstruindo e dando margem a diversas interpretações, por vezes contraditórias. Buscando mostrar que o que ele desenvolveu foi uma teoria política e não metafísica, o autor retomou, em diversos outros livros, as discussões iniciadas em “Uma teoria da justiça”. (RAWLS, 2000b).

¹⁰ Pois, de acordo com o que defendeu o autor: “A injustiça, portanto, se constitui simplesmente de desigualdades que não beneficiam a todos. (...)” (RAWLS, 2000b, p. 66).

¹¹ O elemento procedimental, na Teoria de John Rawls, revela-se de fundamental importância. Ao tratar de algumas das concepções-modelos adotadas, ele asseverou: “As duas concepções-modelos básicas na teoria da justiça como equidade são as de uma sociedade bem ordenada e de uma pessoa moral. Seu interesse está em destacar os aspectos essenciais da nossa concepção de nós mesmos como pessoas morais e da nossa relação com a sociedade enquanto cidadãos livres e iguais. (...) A posição original é uma terceira concepção-modelo desse gênero que tem um papel mediador. Ela serve para vincular a concepção-modelo da pessoa moral aos princípios de justiça que caracterizam suas relações entre cidadãos na concepção-modelo da sociedade bem ordenada.” (RAWLS, 2000b, p. 53).

Não é novidade que a Teoria da Justiça proposta por Rawls se desenvolveu por meio de procedimentos de construção aptos a determinar resultados tão equitativos quanto possíveis, a exemplo do contrato social hipotético. O objetivo do presente tópico é discutir aquilo que o filósofo norte-americano chamou de estrutura básica da sociedade, analisando a relação desta com a posição original e com a noção de pessoa idealizada por Kant.

A preferência de John Rawls pelo procedimento contratualista já apontava para o fato de que o objeto primário de sua concepção de justiça seria a estrutura básica da sociedade. Discutir a maneira pela qual deveriam ser repartidos os lucros e os prejuízos advindos do trabalho realizado em conjunto, estabelecer limitações à formulação de leis por parte do Estado, com vistas a evitar violações dos direitos fundamentais dos cidadãos, bem como estipular as balizas dentro das quais as desigualdades sociais e econômicas seriam toleradas tornou-se um dos grandes escopos da teoria desenvolvida por Rawls ao longo de vários anos e registrada em suas diversas obras.

Desde o livro “Uma Teoria da Justiça” (Idem), John Rawls (2000b, p. 3) já afirmava que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”. Com essa singela frase, o já citado filósofo norte-americano demonstrou que a produção legislativa e as instituições¹² em geral deveriam ser organizadas com o propósito de resguardar a inviolabilidade de cada cidadão.

¹² Neste trecho de sua obra, o autor traz à baila um conceito bastante importante de instituições: “Por instituições entendo um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, etc. Essas regras especificam certas formas de ação como permissíveis, outras como proibidas; criam também certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem violações. Como exemplos de instituições, ou, falando de forma mais geral, de práticas sociais, posso pensar em jogos e rituais, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedade. (...)” (RAWLS, 2000b, p. 58).

Ele acabou por assinalar, também, que, como as instituições são compostas por indivíduos, não há como imaginar uma sociedade bem organizada sem partir da ideia de que os seus membros são comprometidos com o seu desenvolvimento e com o respeito ao próximo.

A maneira pela qual seria conservada a inviolabilidade de cada cidadão que compõe uma sociedade bem ordenada, bem como a forma por meio da qual a Constituição consagraria direitos fundamentais, é questão relacionada à ideia de estrutura básica da sociedade. Toda e qualquer produção legislativa do Estado assim como eventuais atos da administração deveriam ser realizados com plena observância dos princípios¹³ pensados na posição original e positivados, originariamente, a partir do contrato social firmado.

Promovendo certa limitação de sua teoria à esfera política, ressaltando que a mesma não é metafísica, como muitos críticos apontaram, John Rawls, de maneira bastante sintética, estabeleceu que a estrutura básica da sociedade corresponde à:

“[...] maneira pela qual as principais instituições sociais se arranjam em um sistema único, pelo qual consignam direitos e deveres fundamentais e estruturam a distribuição de vantagens resultante da cooperação social. A constituição política, as formas de propriedade legalmente admitidas, a

¹³ A motivação dos indivíduos representativos que habitavam a posição original, no que tange à escolha dos princípios fundamentais de justiça, poderia ser explicada, também, de acordo com o que asseverou Kymlicka (2006, p. 69), a partir de duas proposições: “Rawls tem dois argumentos a favor dos seus princípios de justiça. Um é contrastar sua teoria com o que ele considera ser a ideologia prevalectante no que se refere à justiça distributiva – a saber, o ideal da igualdade de oportunidade. (...) O segundo argumento é bem diferente. Rawls argumenta que seus princípios de justiça são superiores porque são o resultado de um contrato social hipotético. Ele afirma que se as pessoas, em um tipo de estado pré-social, tivessem de decidir quais princípios deveriam governar sua sociedade, escolheriam estes princípios (...)”

organização da economia e a natureza da família, todas, portanto, fazem parte dela.” (RAWLS, 2000b, p. 3).

Conforme será possível perceber adiante, o contrato social possui, na Teoria da Justiça como Equidade, forte carga garantidora, uma vez que, graças a tal expediente, a escolha e a futura incorporação dos princípios na vivência cotidiana poderiam ser feitas de maneira mais adequada, conduzindo os empenhos dos gestores públicos e dos demais cidadãos para as escolhas mais razoáveis.

Dito de outra forma, o conteúdo do acordo firmado por cidadãos iguais, livres e mutuamente desinteressados, pautados em padrões morais bastante fortes, teria como preocupação principal os princípios de justiça social, os quais regeriam o arcabouço fundamental da sociedade, porquanto:

“[...] Apesar de um amplo elemento de *justiça processual*¹⁴ pura se transmitir aos princípios de justiça, esses princípios devem, contudo, encarnar uma forma da estrutura básica, à luz da qual os processos institucionais correntes devem ser conduzidos e os resultados acumulados das transações individuais continuamente ajustados.” (Idem, p. 5).

Ao eleger como objeto principal de sua concepção de justiça a estrutura básica da sociedade, John Rawls parece ter objetivado mostrar que a sua teoria, pelo menos em

¹⁴ Também denominada de *justiça procedimental pura* (*pure procedural justice*). “A justiça procedimental pura se verifica quando não há critério independente para o resultado correto; existe um procedimento correto ou justo de modo que o resultado será também correto ou justo” (RAWLS, 2000a, p. 378). “[...] Recorrer à justiça processualística pura na posição original significa que, em suas deliberações, os parceiros não precisam aplicar os princípios de justiça estabelecidos anteriormente e que, portanto, eles não estão limitados por um cerceamento desse tipo. Em outras palavras, não existe instância exterior à perspectiva própria dos parceiros que os limite em nome de princípios anteriores e independentes para julgar as questões de justiça que se podem apresentar para eles enquanto membros de uma determinada sociedade.” (Idem, p. 58-59).

primeiro plano, não se prenderia às questões que envolvem as pessoas tomadas em sua individualidade, tanto mais porque a natureza humana e, por conseguinte, as relações sociais são sempre marcadas pela instabilidade e discordância. O que o filósofo americano elegeu como foco foi a organização da estrutura basilar da sociedade, buscando, portanto, a efetivação da justiça no contexto social e a consequente visualização de suas construções, precipuamente, pelo prisma da generalidade, da coletividade, do público.

O contrato social, o qual, conforme asseverou o próprio autor, deve ser elevado a um maior grau de abstração do que os usualmente estudados em autores como Locke, Hobbes e Rousseau, acabou sendo um bom mecanismo de efetivação de direitos e estabelecimento de garantias perante o Estado, o que não impede a utilização desse sistema de proteção em caso de violação de direitos que tem como autores os próprios cidadãos comuns.

Nesse contexto, ganha sentido vislumbrar a estrutura básica da sociedade como objeto principal de uma concepção de justiça ancorada no valor fundamental de igualdade. Quando posta em evidência a “força vinculante” dos princípios eleitos em uma posição inicial de igualdade (posição original rawlsiana), é possível compelir o Estado a não violar os direitos de ninguém, bem como os cidadãos a se respeitarem como sujeitos de direitos igualmente importantes.

Assim, é lícito afirmar que os princípios¹⁵ escolhidos na posição original, firmados em um contrato, acabariam regendo, dentro dos limites da moral e da razoabilidade, a

¹⁵ Afirma Rawls (2000, p. 5) que: “Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social.”

relação dos indivíduos com o Estado, bem como dos cidadãos entre si. Nas palavras de Rawls (2000b, p. 20), “na teoria da justiça como equidade, as instituições da estrutura básica da sociedade são consideradas como justas desde que satisfaçam aos princípios que pessoas morais livres e iguais, e colocadas numa situação equitativa, adotariam com o objetivo de reger essa estrutura.”

Ao tratar do papel das instituições que fazem parte da estrutura básica da sociedade, John Rawls (Idem, p. 13) afirmou:

“[...] O papel das instituições que fazem parte da estrutura básica é garantir condições justas para o contexto social, pano de fundo para o desenrolar das ações dos indivíduos e das associações. Se essa estrutura não for convenientemente regulada e ajustada, o processo social deixará de ser justo, por mais justas equitativas que possam parecer as transações particulares consideradas separadamente.”

O que vai tornando a noção de estrutura básica mais palpável à medida que se desenrola a Teoria rawlsiana é a ideia segundo a qual os indivíduos representativos, pensados por John Rawls e erguidos sobre bases kantianas¹⁶, portanto, racionalmente autônomos¹⁷, sentir-se-iam livres por

¹⁶ Ver “O Construtivismo kantiano na teoria moral”, presente na obra: Rawls, 2000b.

¹⁷ Quanto à autonomia racional, faculdade da qual os seres representativos rawlsianos seriam dotados, interessante observar a seguinte passagem: “No momento, porém, só considerarei os parceiros na posição original como os agentes racionalmente autônomos de um processo de construção. Como tais, eles representam o aspecto da racionalidade que faz parte da concepção da pessoa moral própria dos cidadãos de uma sociedade bem ordenada. A autonomia racional dos parceiros na posição original difere da autonomia completa exercida pelos cidadãos na sociedade. A autonomia racional é aquela dos parceiros na medida em que são agentes de um processo de construção. Essa é a noção relativamente estreita que se precisa colocar em paralelo com a noção kantiana de um imperativo hipotético (ou de racionalidade que se encontra na economia neoclássica). A autonomia completa é aquela dos cidadãos na vida cotidiana, que têm uma

estarem obedecendo a regras e princípios que eles mesmos escolheram (seria este um embrião do princípio republicano e democrático?). Há, portanto, um “dever” de obedecer ao sistema de regras¹⁸ advindo das instituições, uma vez que ele teria sido fruto da autonomia e da envergadura moral de cada um dos cidadãos que estava na posição original e firmou o contrato social.

Mesmo recorrendo a mecanismos como a posição original¹⁹, véu de ignorância²⁰ e a concepções-modelos como a da sociedade bem ordenada²¹, é bastante utópico pensar que uma sociedade, como a defendida por Rawls, estaria livre das desigualdades sociais e econômicas.

Neste ponto, torna-se mais evidente a influência kantiana²² na Teoria da Justiça

certa visão de si próprios, defendendo e aplicando os princípios primeiros de justiça a respeito dos quais se puseram de acordo. Na seção V examinarei os cerceamentos impostos aos parceiros graças aos quais a posição original pode representar os elementos essenciais da autonomia completa.” (RAWLS, 2000b, p. 54).

¹⁸ Sobre o parágrafo, imperioso reconhecer que: “Ao afirmar que uma instituição e, portanto, a estrutura básica da sociedade, é um sistema público de regras, quero dizer que todos os que estão nela engajados sabem o que saberiam se essas regras e a sua participação na atividade que eles definem fossem resultado de um acordo. Uma pessoa que faz parte de uma instituição sabe o que as regras exigem dela e dos outros.” (RAWLS, 2000b, p. 59).

¹⁹ A posição original é, de acordo com Rawls (2000b, p. 380), “um procedimento figurativo que permite representar os interesses de cada um de maneira tão equitativa que as decisões daí decorrentes serão elas próprias equitativas. (...)”

²⁰ Mecanismo utilizado por Rawls (2000b, p. 383) com o escopo de “preservar a equidade na escolha dos princípios e não fazer que intervenham as contingências naturais e sociais. (...)”

²¹ Por sociedade bem ordenada, entenda-se: “Modelo do que é a sociedade democrática quando os princípios de justiça nela operam e a unificam.” (RAWLS, 2000b, p. 382).

²² O construtivismo kantiano na Teoria da Justiça de Rawls ficou bastante perceptível nesta passagem: “Justificar uma concepção kantiana no quadro de uma sociedade democrática não quer dizer simplesmente argumentar de maneira correta a partir de certas premissas ou a partir de premissas publicamente compartilhadas e mutuamente aceitas. A verdadeira tarefa consiste em descobrir e formular as bases mais

de Rawls e, por conseguinte, na ideia de estrutura básica da sociedade, uma vez que, graças à moralidade, à liberdade, à igualdade e, sobretudo, à razoabilidade, os indivíduos levariam em conta variáveis de ordem econômica e organizacional, autorizando determinadas desigualdades, desde que constituídas de modo a beneficiar os membros menos favorecidos da sociedade²³. Vale lembrar que essas desigualdades, para serem válidas, também deveriam estar vinculadas a uma realidade na qual todos tivessem a mesma oportunidade de atingir os mais diversos empregos e cargos, conforme estabelecia o princípio da diferença²⁴.

Ainda se baseando em Kant, John Rawls buscou elaborar aquilo que seria o papel

profundas desse acordo que se pode esperar estejam enraizadas no bom senso. Ela pode chegar a criar e a moldar pontos de partida para esse acordo exprimindo, sob uma forma nova, as convicções que pertencem à tradição histórica e vinculando-as à gama variada das convicções mais sólidas, daquelas que residem ao exame crítico. Ora, como disse mais acima, o que é específico de uma doutrina kantiana é a relação entre o conteúdo da justiça e uma certa concepção da pessoa como livre e igual, como capaz de agir ao mesmo tempo de modo racional e razoável e, por conseguinte, como capaz de participar da cooperação social entre pessoas assim concebidas. O construtivismo kantiano pretende recorrer a uma concepção da pessoa que seja aquela que a cultura adota implicitamente ou, pelo menos, que se revela aceitável pelos cidadãos uma vez que lhes tenha sido apresentada e explicada corretamente.” (RAWLS, 2000a, p. 50-51).

²³ Esboçando a ideia central da teoria rawlsiana, com ênfase para a identificação do campo de incidência do seu segundo princípio de justiça, o autor Will Kymlicka estabeleceu: “Sua ‘concepção geral de justiça’ é composta de uma idéia central: ‘todos os bens primários sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases do respeito de si mesmo – devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual de qualquer um ou de todos estes bens seja vantajosa para os menos favorecidos’. (...)” / “(...) As desigualdades são permitidas se aumentam minha parcela inicialmente igual, mas não são permitidas se, como no utilitarismo, elas invadem a minha parcela equitativa. Esta é a única e simples idéia no âmago da teoria de Rawls.” (KYMLICKA, 2006, p. 66-67).

²⁴ O princípio da diferença “é a segunda parte do segundo princípio de justiça que é escolhido em TJ, invocando o princípio do *maximin* ou a estratégia de evitação do risco.” (RAWLS, 2000b, p. 380).

social de sua Teoria da Justiça, conforme se comprova a partir da leitura do seguinte fragmento de texto:

“[...] O papel social de uma concepção da justiça consiste assim em permitir a todos os membros da sociedade compreenderem por que as instituições e as disposições básicas que eles compartilham são aceitáveis, bem como em fazer com que os demais igualmente o compreendam.” (RAWLS, 2000b, p. 48).

Ainda no âmbito da posição original, citada anteriormente, Rawls procurou demonstrar como a noção de autonomia kantiana foi utilizada em sua teoria, justificando a adoção dos princípios de justiça social e ressaltando a importância do “véu de ignorância”, mecanismos sem os quais não seria possível estabelecer qualquer ordem de composição à estrutura básica da sociedade:

“Kant acreditava, julgo eu, que uma pessoa age de modo autônomo quando os princípios de suas ações são escolhidos por ela como a expressão mais adequada possível de sua natureza de ser racional igual e livre. Os princípios que norteiam suas ações não são adotados por causa de sua posição social ou de seus dotes naturais, ou em vista do tipo particular de sociedade em que ele vive ou das coisas específicas que venha a querer. Agir com base em tais princípios é agir de modo heterônomo. Ora, o véu de ignorância priva as pessoas que ocupam a posição original do conhecimento que as capacitaria a escolher princípios heterônomos. As partes chegam às suas escolhas em conjunto, na condição de pessoas racionais iguais e livres, sabendo apenas da existência daquelas circunstâncias que originam a necessidade de princípios de justiça.” (Idem, p. 276).

O modelo procedimental do imperativo categórico kantiano, por sua vez, também

foi essencial para justificar a opção pelos dois princípios de justiça social que regulariam a distribuição dos ônus e dos bônus oriundos do convívio social:

“Os princípios da justiça também se apresentam como análogos aos imperativos categóricos. Por imperativo categórico Kant entende um princípio de conduta que se aplica a uma pessoa em virtude de sua natureza de ser racional igual e livre. A validade do princípio não pressupõe que se tenha um desejo ou um objetivo particular. (...) Agir com base nos princípios da justiça é agir com base em imperativos categóricos, no sentido de que eles se aplicam a nós, quaisquer sejam os nossos objetivos particulares. [...]” (Ibidem, p. 277-278).

Analisando a obra de John Rawls, pôde-se perceber que, ao eleger a estrutura básica da sociedade como objeto principal de sua teoria, o autor conseguiu transformá-la, cada vez mais, em uma concepção política e, até mesmo aplicável, guardadas as devidas proporções, em uma democracia constitucional, na qual “a concepção pública de justiça deveria ser, tanto quanto possível, independente de doutrinas religiosas e filosóficas sujeitas a controvérsia.” (RAWLS, 2000b, p. 202).

4. Posição original: “status quo” inicial da teoria rawlsiana

Rawls quis que a posição original fosse entendida como um artifício contemplativo, ou seja, como um expediente de exibição utilizado com o escopo de conceber a igualdade entre os indivíduos e de legitimar os marcos equitativos que deverão conduzir futuras relações.

Em harmonia com esse entendimento, tem-se:

“[...] A posição original é definida de modo a ser um *status quo* no qual qualquer consenso atingido é justo. É um estado de coisas no qual as partes

são igualmente representadas como pessoas dignas, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias ou pelo equilíbrio relativo das forças sociais. Assim, a justiça como equidade é capaz de usar a idéia de justiça procedimental pura desde o início. Fica claro, então, que a posição original é uma situação puramente hipotética. [...]” (RAWLS, 2000b, p. 129-130).

Esse artifício ajudou, entre outras coisas, a demarcar o conceito de Justiça como Equidade, padrão jurídico-político perseguido pela filosofia de Rawls, em função da ideia de justiça procedimental pura.

O conceito de justiça procedimental, no contexto em que foi empregado na Teoria da Justiça rawlsiana, é de fundamental importância, pois, como ficou claro em diversas passagens extraídas dos seus livros, tal autor colocou como principal meta a ser alcançada a justiça institucional, cujo objeto primário é o que ele mesmo chamou de estrutura básica da sociedade.

Sobre esse ponto de vista, dispõe Rawls (2000b, p. 7-8):

“[...] Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições mais importantes quero dizer a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais. (...) A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade [...]”

Outro fato bastante interessante e que deu contorno ao entendimento rawlsiano acerca da justiça é a maneira como os indi-

víduos eram limitados por instrumentos abstratos. Esses sujeitos representativos estariam sendo influenciados por certas circunstâncias garantidoras, o que tornaria possível conceber seus interesses e suas decisões da maneira mais isenta possível. Para dar densidade à escolha dos princípios de justiça social, este ponto é importantíssimo.

Da hipótese da posição original decorre, de acordo com o que se percebe, a necessidade de enfraquecer certas ambições individuais que poderiam ser prejudiciais ao sistema de cooperação social pretendido. O mecanismo responsável pela execução dessa tarefa é o “véu de ignorância”.

Os homens representativos, que estariam na posição original, possuiriam, naturalmente, convicções, aptidões, pretensões, mas, devido à influência do “véu da ignorância”, viveriam uma espécie de “vazio mental estratégico”. Graças a essa particularidade, eles acabariam firmando um contrato, antes mesmo de descobrirem em que situação estarão quando de sua retirada.

Assim, limitados por esse véu, dispositivo que bloquearia possíveis ações de cunho egoístico, os indivíduos representativos, segundo Rawls, não possuiriam embasamento para comerciar pacotes de habilidades naturais ou para deturpar a aplicação dos princípios em benefício próprio.

Importante observar, ainda nesse contexto, que, ao tratar fatores condicionantes que envolvem a posição original, Brian Barry (1993, p. 20) concebeu uma sábia classificação, a qual objetivou distinguir os pressupostos de conhecimento e os motivacionais, os quais levariam à escolha racional:

“Las condiciones de ‘la posición original’ pueden dividirse em dos clases: aquellas que se refieren AL conocimiento y aquellas que se refieren a la motivación. Enunciados de modo sumario, los limites del conocimiento residen em el hecho de que los agentes no conocen su

posición social, sus talentos e inclinaciones específicas ni su ‘concepción del bien’. (...) Rawls se refiere a las limitaciones del conocimiento como a un ‘velo de la ignorancia’. (...) Los postulados motivacionales son, em primer lugar, que los agentes em la posición original son racionales, y em segundo, que no son altruistas (...)”.

Diante dessas características, é certo afirmar que a posição original, para servir ao fim a que foi concebida por Rawls, precisou oferecer aos contratantes uma imagem satisfatoriamente clara acerca das variáveis que estavam em jogo (relativas, sobretudo, ao todo, à generalidade), permitindo a tomada de uma decisão desinteressada, porém exata, prudente, moral, previsível e, conseqüentemente, justa. Tal concepção-modelo acabou possibilitando a identificação entre a visão que os componentes de uma sociedade bem ordenada têm de si mesmos como cidadãos e o conteúdo de sua concepção pública de justiça.

Ao tratar dessa ideia, o próprio John Rawls (2000b, p. 126-127) afirmou:

“[...] A idéia intuitiva da justiça como equidade é considerar que os princípios primordiais da justiça constituem, eles próprios, o objeto de um acordo original em uma situação inicial adequadamente definida. Esses princípios são aqueles que pessoas racionais interessadas em promover seus interesses aceitariam nessa posição de igualdade, para determinar os termos básicos de sua associação. Deve-se demonstrar, portanto, que os dois princípios da justiça são a solução para o problema de escolha apresentado pela posição original [...]”.

Desse modo, entende-se que o autor em comento empregou a ideia de posição original figurativa para acionar uma concepção peculiar do valor igualdade, ressaltando as implicações trazidas pela adoção de tal conjectura e possibilitando a escolha futura

e indispensável de determinados princípios de justiça²⁵.

5. *Peculiaridades do contrato social hipotético rawlsiano*

Na busca de um método capital que conferisse certa regularidade à sua teoria, John Rawls recorreu ao tradicional procedimento contratualista. Tal mecanismo, porém, foi utilizado com outros objetivos, distintos, em parte, dos usualmente perseguidos.

Ele aspirou, mediante um acordo coletivo unânime, legitimar as bases sobre as quais as decisões dos indivíduos e a atividade das instituições deveriam estar pautadas. Assim, agentes racionalmente autônomos, submetidos a condições razoáveis, chegariam a um acordo sobre princípios públicos de justiça social, que ganhariam “força vinculativa” por meio do contrato hipotético.

Ao se utilizar do expediente contratual, John Rawls logrou êxito, principalmente, em dois sentidos: 1) acabou por legitimar a escolha dos princípios pelos quais sua argumentação será desenvolvida e 2) tornou universal uma escolha que poderia ser restringida ao campo da subjetividade dos indivíduos representativos, já que a decisão tomada na posição original não deve ser baseada em interesses individuais e sim em uma racionalidade coletiva justificada.

Diferenciando-se dos “contratualistas costumeiros”²⁶, que buscavam, tão-somente, determinar qual forma de governo seria mais eficiente, qual seria a procedência histórica das sociedades civis etc., o filósofo em tela utilizou o argumento contratual com o intuito de entrever, hipoteticamente, a essência da moralidade escolhida por sujeitos representativos em uma situação primitiva igualitária. Sendo assim, Rawls buscou autenticar a relação entre os princípios primeiros da justiça social e a

²⁵ Sobre este posicionamento, ver também: Gargarella (2008).

²⁶ Locke, Hobbes e Rousseau, por exemplo.

concepção da pessoa moral, considerada como livre e igual.

Nesse sentido, asseverou Will Kymlicka (2006), recorrendo à interpretação do expediente contratual dada por Ronald Dworkin (2007):

“[...] Contudo, como observa Dworkin, há outra maneira de interpretar os argumentos de contrato social. (...) Invocamos a idéia de um estado de natureza não para determinar as origens históricas dos governos e indivíduos, mas para modelar a idéia de igualdade moral dos indivíduos. (...) A idéia de um estado de natureza, portanto, não representa uma afirmação antropológica a respeito da existência pré-social dos seres humanos, mas uma afirmação moral a respeito da ausência de subordinação natural entre os seres humanos [...]”

Invocando o argumento contratual, foi possível promover o assentamento de princípios de justiça por meio de uma posição de equidade, os quais, além de constituírem um importante reforço procedimental (agem como um meio, um canal), são fundamentadores de direitos (estão no seio do fim proposto por Rawls).

Como se sabe, a expressão “princípios”, independentemente do campo de conhecimento no qual está sendo empregada, transmite a ideia de cláusulas embrionárias, que servem como pedra angular para o desenvolvimento de algum estudo. Na Teoria da Justiça de John Rawls, isso não é diferente.

O equilíbrio das futuras relações é resultado de uma efervescência de comandos provenientes dos dois princípios da justiça social elencados por Rawls, que norteiam, motivam e restringem as ações atinentes ao convívio cooperativo. A partir deles, é possível estabelecer a interpretação da igualdade e da liberdade que convém às sociedades democráticas modernas.

Sendo assim, com o fito de prover maior densidade material aos princípios de justiça social, o referido autor ofereceu uma releitura do clássico argumento do contrato social hipotético. Ele ambicionou, precisamente, extrair os principais efeitos de determinados nortes éticos concernentes à equidade existente entre indivíduos livres, racionais e mutuamente desinteressados.

Com essa construção, foi possível o vislumbre da essência da moralidade adotada pelas pessoas, se estas pudessem considerar a sociedade a partir de um marco zero, ou seja, de um *status quo* inicial (posição original rawlsiana).

Partindo do pressuposto de que aceitaríamos seus princípios, se, com o auxílio de algum mecanismo (como o véu de ignorância) sobre eles refletíssemos, John Rawls conferiu maior consistência ao argumento contratual e, por conseguinte, à sua ideia de igualdade moral inicial.

Parece, portanto, que a forma mais acertada de encarar a iniciativa contratual hipotética rawlsiana é considerá-la como um expediente metodológico utilizado com o fito de idealizar uma situação assinalada pela carência de submissão natural entre os seres humanos. Um estágio no qual as pretensões dos indivíduos, apesar de limitadas por um estado transitório de desconhecimento (proporcionado pelo véu de ignorância), recebessem a mesma valoração.

Cabe ressaltar, além disso, que, como a teoria da *Justiça enquanto Equidade* se baseou em direitos invioláveis (sujeitos diferentes são titulares de pretensões que têm direito de resguardar), a ideia de utilizar o recurso contratual fez ainda mais sentido.

John Rawls, na referida teoria, procurou dar atenção especial à proteção das “liberdades básicas” dos indivíduos, termo este que, em uma interpretação bastante razoável, designaria os direitos fundamentais que devem ser, a qualquer custo, reconhecidos constitucionalmente. Nas palavras de Rawls (2003, p. 64-65):

“Observem que o primeiro princípio de justiça aplica-se não só à estrutura básica (os dois princípios fazem isso), mas mais especificamente ao que consideramos ser a constituição, escrita ou não. Observem também que algumas dessas liberdades, sobretudo as liberdades políticas iguais e a liberdade de pensamento e associação, devem ser garantidas por uma constituição.”

A maneira pela qual o contrato é empregado implica uma teoria profunda que elege como meta basilar defender a inviolabilidade, fundada na justiça, de cada ser humano.

Certamente, Rawls não defende a ideia de que, em alguma época remota, membros de determinada comunidade “real” firmaram um contrato, reconhecendo caráter vinculativo a uma série de premissas que deveriam reger as suas relações futuras. Como já foi mencionado, o seu acordo é estrategicamente imaginário.

Ele pretendeu, tão-somente, afirmar que, se indivíduos representativos estivessem em uma posição original, recobertos por um véu de ignorância, inclinar-se-iam a “aceitar”, como mais coerentes e politicamente viáveis, os seus princípios, até mesmo por sua natureza de seres racionais, iguais e mutuamente desinteressados.

6. Conclusão

Diversos críticos apontaram que referido autor, ao tentar atacar as teorias denominadas de abrangentes, acabou por formular uma tese tão metafísica quanto as demais. Tendo em vista tais críticas, John Rawls se empenhou em mostrar, incessantemente, que sua teoria iria basear-se em questões de interesse público, sobre as quais um consenso seria bem mais provável.

Para tanto, conforme demonstrado nos tópicos antecedentes, John Rawls, ao propor a “Justice as Fairness”, além de afirmar que o “justo” tem prioridade sobre o “bem”, pensou em uma definição de Jus-

tiça que tivesse sua efetividade justificada a partir da equidade do processo de escolha dos seus princípios.

É lícito afirmar, portanto, que a escolha da posição original como objeto da Teoria da Justiça de Rawls, a utilização da posição original, importantíssima para a viabilidade da escolha inicial dos princípios de justiça, bem como o emprego do contrato social foram de fundamental importância, tanto pela riqueza metodológica que acrescentaram à Teoria de Rawls, como pela força garantidora e fundamentadora que exerceram.

Em consonância com o afirmado em linhas anteriores, Rawls parece querer que a posição original seja entendida como um artifício contemplativo, que serve, entre outras coisas, para legitimar os marcos equitativos que deverão conduzir futuras relações, justificando, também, a escolha “atual” (pós-contratual) de certos princípios de justiça social, que, por sua vez, regulariam a estrutura básica da sociedade.

Foi bastante inteligente e estratégica, portanto, a opção de John Rawls de eleger a estrutura básica da sociedade como o objeto de sua teoria. Nela se materializaram as principais concepções-modelos criadas pelo autor, bem como se tornou mais perceptível a maneira pela qual os princípios de justiça iriam atuar no sentido de regular a *performance* das principais instituições e a conduta dos indivíduos que se encontrariam em convívio cooperativo.

Quanto ao contrato social, em específico, adverte-se que ele precisa ser entendido como um expediente cuja função primordial é garantir e dar “força vinculativa hipotética” à essência da moralidade escolhida por sujeitos representativos em uma situação primitiva igualitária.

A importância do véu da ignorância também não pode ser esquecida, já que, por esse mecanismo, foi preservada a idoneidade na escolha dos princípios, em detrimento de eventuais contingências causadas pelo egoísmo.

Dessa forma, tornou-se importante analisar esses artifícios procedimentais e materiais trazidos pela Teoria da Justiça de John Rawls, pois eles funcionam como verdadeiros garantidores da eficácia das proposições levantadas.

Referências

BARRY, Brian. *La teoría liberal de la justicia: examen crítico de las principales doctrinas de “Teoría de la justicia” de John Rawls*. Traducción de Heriberto Rubio. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Organização Erin Kelly. Tradução de Claudia Berliner. São paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Justiça e democracia*. Seleção, apresentação e glossário de Catherine Audard. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

Orçamento, políticas ambientais e a atuação do Tribunal de Contas

Jeferson Dytz Marin e
Ailor Carlos Brandelli

Sumário

1. Introdução. 2. Finanças públicas: aspectos legais de sua elaboração, cumprimento e previsão orçamentária. 3. A atuação do Tribunal de Contas Estadual – TCE nos municípios: realização de auditorias e a atividade jurisdicional nas ações do gestor público municipal. 4. O controle da atuação do Tribunal de Contas nos municípios pelo Poder Judiciário: a análise do procedimento e do mérito das auditorias. 5. considerações finais.

1. Introdução

O fenômeno inevitável do crescimento das cidades implica a adoção de políticas públicas que visem minimizar os efeitos no ambiente, promover a inclusão social e buscar sempre a promoção do bem-estar da população, propiciando-se uma melhor qualidade de vida.

As ações dos prefeitos, eleitos pelo voto direto de seus munícipes, dão-se com estrita previsão existente no orçamento municipal, composto de leis que delimitam o orçamento a ser empregado nas diversas políticas públicas a serem implementadas.

No primeiro ano de seu mandato eletivo, o gestor municipal atua estritamente com base no orçamento que o prefeito anterior enviou, em forma de projeto de lei, para o Poder Legislativo aprovar. Dito projeto seguiu as diretrizes do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, nor-

Jeferson Dytz Marin é Advogado. Professor do Programa de Mestrado em Direito da UCS - Universidade de Caxias do Sul.

Ailor Carlos Brandelli é Advogado, procurador de município, Especialista em Direito Processual e mestrando em Direito Ambiental e Relações de Trabalho pela Universidade de Caxias do Sul – UCS.

matizações legais que norteiam a aplicação dos recursos.

Nesse aspecto, não basta apenas o respeito aos princípios constitucionais. A sociedade busca que o Executivo Municipal efetivamente adote as políticas públicas que deem o retorno desejado à população, sejam eficientes, tenham um bom custo/benefício e, principalmente, alcancem o maior número possível de beneficiários.

Para tanto, vê-se o gestor municipal fiscalizado pelos órgãos de controle interno, pelo Poder Judiciário, Ministério Público, entidades e organizações não-governamentais e pelo Tribunal de Contas, que, nesses últimos anos, tem reforçado sua atuação no sentido de, muito mais do que um órgão auxiliar do Poder Legislativo, instituir sanções ao administrador ou mesmo, determinar que cesse sua atuação em determinada ação de cunho social, por entender sua inviabilidade.

O Poder Judiciário, que carregava consigo a efetivação das políticas públicas deixadas de lado por alguns administradores, apresenta-se nesse embate do gestor público e do Tribunal de Contas como mero expectador, já que as decisões jurisprudenciais alcançam apenas sindicat o procedimento adotado pela Corte de Contas e não o mérito de seu “aponte”, forma habitual de trato das ações que apresentam reprovação quando auditadas.

Aparentemente o Tribunal de Contas tem excedido suas prerrogativas, chamando para si a jurisdição que nunca lhe pertenceu, nem por atribuição constitucional e, principalmente, pela formação de seus conselheiros, para o qual a mera indicação do Governador do Estado é suficiente para abrigar naquela Corte, entre tantos membros, políticos de final de carreira ou correligionários dos partidos de governo, que passam a ter a atribuição de “julgar” as contas e ações de seus pares ou mesmo de seus rivais durante a vida política.

A problemática dos eventuais excessos praticados pelo Tribunal de Contas, no controle das políticas públicas implementadas

pelos governos municipais, em especial as ações ambientais, para o qual o Judiciário se omite na análise de seu mérito, é o tema que se propõe.

2. Finanças públicas: aspectos legais de sua elaboração, cumprimento e previsão orçamentária.

A Constituição Federal, nos artigos 165 e seguintes, prevê, dentro do capítulo das finanças públicas, a forma de condução dos orçamentos, divididos em: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Como se tratam de projetos de leis de iniciativa do Poder Executivo, são habitualmente conhecidos como PPA – Plano Plurianual, LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias e LOA – Lei Orçamentária Anual.

Sabe-se que o orçamento de um município é disposto em receitas e despesas, aquelas oriundas da arrecadação de tributos e dos repasses financeiros dos demais entes, enquanto essas decorrem, em resumo, dos investimentos praticados e do suporte de gastos com a máquina administrativa (despesas correntes ou de custeio), respeitados os limites previstos em lei.

Diferente de uma empresa da iniciativa privada, o prefeito não tem a obrigação de gerar lucro, já que esse termo não é peculiar da atividade pública. Deve, sim, gerir com eficiência os recursos públicos, buscando propostas vantajosas nas aquisições de bens e serviços e aplicar de forma eficaz os investimentos em busca do bem-estar social.

A própria Constituição Federal explicita que a lei que instituir o Plano Plurianual estabelecerá as diretrizes, objetivos e metas para a administração pública para as despesas de capital e aos programas de duração continuada. Ele é um plano de investimentos, com os quais deverão estar em consonância todos os planos e programas previstos. Ainda que faça menção no parágrafo primeiro do art. 165 ao termo “administração pública federal”, os precei-

tos também se aplicam, por simetria, para as demais esferas de poder.

OPPA é encaminhado pelo vencedor da majoritária, na grande maioria dos municípios e de acordo com as suas Leis Orgânicas, até o dia 31 de agosto do primeiro ano de mandato, passando a vigorar a partir do segundo ano do mandato do prefeito, portanto, adentrando ao primeiro exercício do próximo prefeito a ser eleito.

Tais diretrizes dão conta de que os recursos públicos devem atender efetivamente aos interesses públicos por prioridade, mediante planos e metas preestabelecidos dentro dos princípios da legalidade e publicidade dos atos administrativos.

Desse modo, os investimentos em que a execução seja efetivada por períodos superiores a um exercício financeiro só poderão ser iniciados se previamente incluídos no Plano Plurianual, sob pena de crime de responsabilidade do gestor.

A Lei de Responsabilidade Fiscal¹ cria vínculos específicos de integração do PPA com a LDO e LOA, assim dispendo:

[...]

Art. 5º O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

[...]

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

[...]

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o planoplurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

[...]

Posteriormente e derivando da anterior, as finanças públicas são regidas pela Lei

de Diretrizes Orçamentárias, que compreendem as metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital (investimentos) para o exercício subsequente, orientando a elaboração da Lei Orçamentária Anual. A LDO, que é a norma para elaboração da LOA, deve ser aprovada até o fim de julho do ano anterior ao seu exercício.

Salvo disposição na Lei Orgânica Municipal, são adotadas as normas da Constituição Federal, em que o Poder Executivo deverá elaborar o projeto da Lei Orçamentária Anual e encaminhá-lo à Câmara de Vereadores até o dia 30 de agosto de cada ano, cabendo aos Edis, após debates e pertinentes modificações, aprová-la e encaminhá-la ao Chefe do Poder Executivo para sanção, até o encerramento da segunda sessão legislativa, preferencialmente até o dia 15 de dezembro.

James Giacomoni (2002, p. 191), ao tratar do orçamento público, refere-se à LDO como:

“[...] efetiva inovação no sistema orçamentário brasileiro, a nova lei representa uma colaboração positiva no esforço de tornar o processo orçamentário mais transparente e, especialmente, contribui para ampliar a participação do Poder Legislativo no disciplinamento das finanças públicas.”

Tanto o PPA quanto a LDO são definidos pelo Executivo, contendo as regras e as prioridades na aplicação dos recursos, com base nas discussões de tais prioridades com a comunidade em geral. Nelas estão inseridas as diretrizes dos investimentos municipais, respeitadas as receitas vinculadas, de aplicação obrigatória, uma vez que, para Giacomoni (Idem), “alguns tipos de receitas públicas são naturalmente vinculados à execução de determinadas despesas”.

Por fim, e não menos importante, a Lei de Orçamento Anual detalha a aplicação dos recursos do município em obras e ações para o exercício seguinte. Ela é elaborada

¹ Lei Complementar 101 de 04 maio 2000.

com base nas diretrizes anteriormente apontadas pelo Plano Plurianual (PPA) e pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), ambos definidos pelo Poder Executivo. Antes de virar lei, a proposta orçamentária é analisada pelos vereadores que podem apresentar emendas ao projeto, de acordo com critérios estabelecidos pela LDO.

Elaboradas as leis, está adstrito o administrador municipal ao seu cumprimento. Todavia, a Constituição Federal faz uma importante ressalva no parágrafo primeiro do art. 167: “Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade”.

Desse modo, analisados os aspectos legais das finanças públicas, com as eventuais ressalvas de que Leis Orgânicas Municipais podem alterar certos prazos, ainda que essa seja uma discussão acerca da violação do Princípio da Separação dos Poderes, tema para longas digressões, a adoção de políticas públicas só pode-se dar quando existente a previsão orçamentária, para a qual a dotação se encontra destinada como forma de suportar os gastos por ela demandada.

Não atender à previsão orçamentária que está explicitada nas normas anteriormente descritas implica violação ao basilar Princípio da Legalidade, entre outros, e, conseqüentemente, o risco de lhe serem impostas as sanções da Lei de Improbidade.

3. A atuação do Tribunal de Contas Estadual – TCE nos municípios: realização de auditorias e a atividade jurisdicional nas ações do gestor público municipal

Os artigos 70 a 77 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul tratam de explicitar a forma de fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária do Estado e Municípios, mencionando, no art. 71, que o controle externo será exercido pela Assembleia Legislativa, com o auxílio do

Tribunal de Contas, em consonância com a Constituição da República, nos artigos 71 e 96. Quanto aos prefeitos, o controle se dá pela Câmara Municipal, também com o Tribunal de Contas como órgão auxiliar.

O Tribunal de Contas do RS é composto por sete conselheiros, nomeados pelo Governador do Estado, e “[...] possuem as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Desembargadores de Justiça do Estado e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos”, conforme se depreende do parágrafo primeiro do artigo 73 da Constituição Estadual.

O Regimento Interno do TCE estabelece no art. 2º que ao Tribunal de Contas do Estado compete o tratamento de “Egrégio”; seus membros têm o título de “Conselheiro” e o tratamento de “Excelência”, mencionando ainda, no artigo quarto, que a atividade jurisdicional e administrativa se darão de forma ininterrupta.

Transpassada a formação do aludido Tribunal e seu propósito de igualar, por força de lei, os Conselheiros com os Desembargadores, esse após anos de atuação jurídica, muito estudo e promoções por antiguidade e merecimento, merece análise a possibilidade de jurisdição a ser prestada pela Corte de Contas.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do RS designa no artigo 34 a “jurisdição do Tribunal de Contas”, assim referindo:

CAPÍTULO II

Da Jurisdição

Art. 34 A jurisdição do Tribunal de Contas abrange:

I – todos os responsáveis, pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiro, bens e valores públicos pelos quais respondam o Estado ou quaisquer dos Municípios que o compõem, ou que assumam obrigações em nome do Estado ou de Município;

II – aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;

III – todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização;

IV – os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado a Município, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres;

V – os herdeiros e sucessores das pessoas a que se referem os incisos I a IV deste artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal; e

VI – aqueles que, judicialmente, sejam designados, nomeados ou declarados como representantes ou assistentes das pessoas de que trata o presente artigo, para os efeitos do disposto no Código Civil, em especial nos artigos 446 e 463.

Menciona ainda, a possibilidade de aplicação de multas e determinação de ressarcimento ao erário, para o caso de conhecer e apontar irregularidades ou ilegalidades, assim dispondo:

Art. 33 Ao Tribunal de Contas, órgão de controle externo, no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, compete, nos termos do disposto nos artigos 70 a 72 da Constituição do Estado e na forma estabelecida nesta Lei, o seguinte:

[...]

VII – aplicar multas e determinar ressarcimentos ao erário, em caso de irregularidades ou ilegalidades;

[...]

Pelo Regimento Interno, lhe é atribuída a competência para realizar inspeções e auditorias nas contas do Governo e dos Municípios, pelo que se destaca o inciso terceiro, que faz menção inclusive à possibilidade de auditoria da gestão ambiental:

Artigo 7º Competem ao Tribunal de Contas as seguintes atribuições:

I – exercer, com a Assembléia Legislativa, na forma da Constituição, o controle externo das contas dos Poderes do Estado e, com as Câmaras de Vereadores, o mesmo controle na área municipal;

II – emitir Parecer Prévio sobre as contas do Governador e dos Prefeitos Municipais;

III – realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional, patrimonial e de gestão ambiental, acompanhando a execução de programas de trabalho e avaliando a eficiência e eficácia dos sistemas de controle interno dos órgãos e entidades fiscalizados;

[...]

Desse modo, ainda que a Constituição Federal, nos termos do art. 31, e §1º, assente os Tribunais de Contas apenas como órgãos auxiliares das Câmaras Municipais, no controle externo, das contas do Poder Executivo, as normas infraconstitucionais têm exacerbado a sua atuação, pelo que ousam julgar as contas, procedimentos e até aplicar multas e determinar o ressarcimento ao erário, impondo comandos mandamentais aos gestores públicos.

Não há dúvidas de que, embasado na Lei Orgânica de sua organização, o TCE excede suas prerrogativas. Conforme lecionava Hely Lopes Meirelles (1981, p. 61):

“[...] as Leis Orgânicas ou as Cartas Próprias constituem regulamento das disposições constitucionais relativas aos Municípios, razão pela qual não podem criar direitos, nem conceder poderes, nem restringir prerrogativas contra o texto das Constituições Federal e Estadual. Seu conteúdo é meramente discriminativo das atribuições e de modo de as exercer.”

Não se pode confundir a atuação das Cortes de Contas dos Estados com a atuação do Tribunal de Contas da União, para o

qual a Constituinte de 1988 inseriu na Carta Magna a Seção IX, artigo 70 e seguintes, que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das entidades a ela ligadas, possibilitando assim a aplicação de multas ou outras sanções (art. 71, inciso VIII, da CF).

Se o legislador constitucional tivesse o propósito de estender tais prerrogativas às Cortes de Contas Estaduais, o teria feito. Entretanto, sabiamente, limitou sua atuação como órgão auxiliar de controle externo. Como diz Bolzan de Moraes (2002), o significado da chamada crise constitucional está justamente na constatada desmaterialização do poder da Constituição:

“Já as novas crises, que ora propomos sejam pensadas, significam a fragilização dos instrumentos jurídico-políticos de ordenação do poder político e de organização estrutural da sociedade a partir da juridicização hierarquizada da política por intermédio do conhecido Estado Constitucional consolidado no projeto liberal revolucionário, cujos contornos foram sendo ajustados ao longo dos dois últimos séculos, desde as Constituições modernas – americana e francesa – de perfil liberal clássico até o constitucionalismo social oriundo da Segunda década do século vinte, para chegarmos nas Constituições Dirigentes e sua ‘flexibilização’ em tempos ditos neoliberais.”

Observa-se o tamanho da força que o Tribunal de Contas se agregou quando da normatização de seus afazeres, concedendo-se poderes que supôs estarem alicerçados na Carta da República. E mais, em vez de atender ao disposto na Constituição da República e limitar-se como órgão auxiliar dos Poderes Legislativos Municipais, estes sim, legitimados ao controle das contas pelo sufrágio universal que elege seus membros, excede o TCE as suas prerrogativas e se permite, muito mais do que auxiliar, literalmente “dizer” seu entendimento e

reprovar a atuação dos gestores públicos e ainda lhes imputar sanções de ordem pecuniária².

Sem contar ainda que a atuação exacerbada desse Tribunal conta com a chancela do “Ministério Público de Contas”, para o qual a definição prevista na Lei Orgânica é “Ministério Público Especial”. Aliás, esse novo papel que Ministério Público tem chamado para si ao longo das últimas décadas abrigadas pela CF/88 causa preocupação aos seus próprios membros, quanto ao futuro da instituição:

“A multiplicação de casos a cargo do Ministério Público expõe a meu ver a Instituição a graves riscos, como o do indevido inchaço de seus quadros, o da banalização e burocratização da atuação e, sobretudo, o da perda de eficiência no enfrentamento das questões mais sérias e de maior relevância social (FERRAZ, 2002, p. 91).”

A celeuma que se apresenta para análise se dá no fato de que o gestor público promove a idealização de políticas públicas, por meio de sua previsão nos orçamentos. Algumas delas são inclusive plataformas de eleição daquele candidato que, uma vez no poder, trata de implementá-las de forma legal, atendendo aos pressupostos de sua constituição, entre os quais, legalidade, motivação, eficiência e afins. Todavia, pode o TCE ter entendimento diverso acerca da legalidade ou da eficiência de determinada política pública, ou mesmo, de ação ou omissão do

² Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul: “[...] TÍTULO XII – Das Multas e dos Débitos [...] Art. 67 As infrações às leis e regulamentos relativos à administração contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial sujeitarão seus autores à multa de valor não superior a 1.500 (um mil e quinhentas) Unidades Fiscais de Referência, independente das sanções disciplinares aplicáveis. [...] Art. 68 Das decisões das Câmaras e do Tribunal Pleno que imputarem débito e/ou multa, as quais terão eficácia de título executivo, serão intimadas as pessoas de que trata o artigo 34 desta Lei para, no prazo de 30 (trinta) dias, recolherem a importância correspondente, corrigida monetariamente e, no caso de débito, acrescida de juros de mora.”

gestor e a ele, julgar suas contas e lhe imputar sanções ou mesmo a devolução ao erário, tudo isso na esfera administrativa do TCE.

Há notável excesso na avaliação e no julgamento das contas, uma vez que não lhe cabe aplicar sanções ou determinar qualquer tipo de devolução ou ressarcimento, já que ausente a previsão constitucional para essa competência.

A prestação jurisdicional é exercício exclusivo do Estado, por meio do Poder Judiciário, para o qual o acesso de seus membros é legitimado mediante concurso público de provas e títulos. Suas promoções para o segundo grau de jurisdição, quer seja do Judiciário, quer seja ou dos membros do Ministério Público, dá-se por antiguidade e merecimento. A exceção é do quinto constitucional, em que os advogados são diretamente nomeados desembargadores, atendidos alguns pressupostos legais para o acesso.

Desse modo, não se pode aceitar de forma alguma a “prestação jurisdicional” realizada pelo Tribunal de Contas, já que tal ação não é de sua competência e não possui nem mesmo a previsão constitucional. Como dito, não bastasse isso, causa estranheza a presença do Ministério Público atuando em conjunto com o Tribunal de Contas e pactuando dessa inconstitucionalidade velada, em face de que a atuação da Corte de Contas tem violado, entre tantos, o consagrado princípio da Separação dos Poderes, previsto no artigo 2º da Carta Magna.

Aliás, a separação dos poderes³, adotada no Brasil, premia a independência e autonomia de cada um dos poderes, entretanto, permite que haja controle dos distintos, quando da prática de atos, em que um possa delimitar e fiscalizar a forma de gestão do outro.

Para Sérgio Augustin (2006, p. 10),

“Mas, para que não haja abuso dessa independência e autonomia, existe

³ CF/88. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

um sistema de freios e contrapesos, consistente na contínua fiscalização de um poder sobre o outro, sistema esse encontrado em diversos dispositivos da CF, tais como a aprovação das contas do Executivo, pelo Legislativo (art. 48, IX), a indicação dos integrantes do Poder Judiciário Superior pelo Executivo (p. ex.: art. 101, parágrafo único), o Executivo pode vetar lei proposta pelo Legislativo, o Legislativo pode derrubar veto de lei efetivado pelo Executivo.”

Discorre ainda que prospera entendimento no sentido de que determinados atos emanados por um poder não se sujeitam ao controle do outro, exemplificando pelos atos políticos e atos discricionários⁴.

O processo de análise das contas do Executivo, em especial do Executivo Municipal, é permeado de flagrante cerceamento de defesa. Dos apontes exarados pelos auditores, apenas cabe ao gestor prestar as “informações voluntárias” e, uma vez julgadas as contas, cabe apenas o “Recurso de Embargos”.

Tal fato é de extrema gravidade, já que os apontes exarados pelo TCE, quando se trata, por exemplo, da análise da gestão ambiental dos municípios, implica sancionar o gestor público à devolução de valores e até aplicação de multa pecuniária. Nota-se que o TCE faz um suscinto julgamento do que entende não estar em conformidade com a legislação, não se atendo ao fato de que os municípios possuem diferentes realidades e que os prefeitos e vereadores têm a noção das necessidades do local. São nesse sentido os apontes exarados pelo TCE/RS, ora transcritos:

“A contratação de um Biólogo, para executar serviços de prevenção, saneamento básico e ambiental no âmbito

⁴ Para Meirelles (2003, p. 164), atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

do município, não guarda conformidade com o mandamento constitucional, pois que a proteção ambiental, por óbvio, consiste em necessidade de caráter permanente, o que requer a admissão de profissionais por meio de concurso público. Tipo Processo: AUDITORIA DE ADMISSÃO Número 007662-02.00/09-0. Exercício 2007 Data 30/03/2010 Publicação 27/04/2010 Boletim 344/2010 Órgão Julg. PRIMEIRA CÂMARA Relator AUD.SUBST.CONS. HELOISA TRIPOLI GOULART PICCININI Gabinete HELIO SAUL MILESKI Origem EXECUTIVO MUNICIPAL DE CARAÁ.

“Órgão ambiental composto por CC. O Departamento de Meio Ambiente, criado pela Lei Municipal nº 1.637/1999, é composto por uma única servidora, ocupante do cargo em comissão ‘Dirigente de Equipe’. Há também uma empresa terceirizada denominada Ambientar Consultoria Ambiental, que presta serviços. A utilização de servidora comissionada no órgão ambiental afronta os princípios estatuídos no artigo 37 da Constituição Federal, em especial os condizentes com a moralidade e impessoalidade no trato da coisa pública, afinal faz-se uso de servidor comissionado para o exercício de atividades permanentes, as quais deveriam ser prestadas por servidores concursados (fls. 19 e 20). Tipo Processo: PROCESSO DE CONTAS - EXECUTIVO. Número 001799-02.00/09-9. Exercício 2009 Data 10/08/2010 Publicação 06/09/2010 Boletim 908/2010 Órgão Julg. PRIMEIRA CÂMARA Relator CONS. HELIO SAUL MILESKI Gabinete HELIO SAUL MILESKI Origem EXECUTIVO MUNICIPAL DE ARROIO DO MEIO.

“Inexistência de comprovação de licença ambiental válida para ma-

nutenção da operação do aterro controlado. O Município utiliza-se de um Termo Aditivo ao Termo de Ajustamento Ambiental firmado com o Ministério Público, no qual a Promotora de Justiça local assume a prorrogação da Licença Ambiental por mais doze meses a contar de 03/04/08, o que é atribuição da FEPAM (Lei nº 6.938/81, Res.-CONAMA nº 237/97, Código Estadual do Meio Ambiente - Lei nº 11.520/2000 - e Res.-CONSEMA nºs 040/2000 e 167/07). O Município pode ser enquadrado na Lei nº 9.605/98, o que pode ser atenuado pela assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (fls. 404/405).

“Tipo Processo: PROCESSO DE CONTAS - EXECUTIVO Número 05131-02.00/08-8 Exercício 2008 Data 30/03/2010 Publicação 16/04/2010 Boletim 312/2010 Órgão Julg.: PRIMEIRA CÂMARA Relator CONS. VICTOR JOSÉ FACCIÓNI Gabinete VICTOR JOSÉ FACCIÓNI Origem EXECUTIVO MUNICIPAL DE SÃO GABRIEL.”

Por certo que o gestor municipal teve sua decisão embasada não somente nos princípios constitucionais que norteiam a administração pública, como também se baseou na realidade do município. As decisões destacadas demonstram a ocorrência de fatos isolados em pequenos municípios do RS, que, com base em seus orçamentos e na inexistência de mão de obra, adotam políticas públicas de cunho ambiental, como o caso em tela, com o alcance que podem dar.

Não é justo, assim, o Tribunal de Contas auditar determinada atuação ambiental do gestor e simplesmente negar-lhe a validade, impondo-lhe o ressarcimento ao erário e o pagamento de pena pecuniária, pelo que entendem a ocorrência de “má gestão” do dinheiro público.

Portanto, ainda que se demonstre válida a auditoria e os serviços prestados

pelo TCE, falta-lhe a legitimidade de seus titulares para impor sanções ou mesmo emitir qualquer parecer ou julgado acerca das ações dos gestores públicos, ou mesmo, qualquer decisão de natureza mandamental que possa fazer cessar a atuação dos agentes públicos e dos agentes políticos, estes escolhidos pelo povo e legitimados na sua atuação.

Não pode àquele que foi eleito pelo voto direto ter limitada a sua atuação no poder, tendo por base a “jurisdição” de um Tribunal de Contas, para o qual a Constituição Federal lhe assentou uma posição de órgão auxiliar do Poder Legislativo. Os membros do TCE, ditos “Conselheiros”, são escolhidos de forma aleatória entre políticos, muitos por vezes em fim de carreira, que buscam, em pouco mais de cinco anos de atuação, o *status* de Desembargador, quanto aos vencimentos e demais benefícios.

Somente o Judiciário, como guardião da Constituição, tem o poder de recolocar o Tribunal de Contas no lugar onde a Carta Magna estabeleceu sua forma de atuação, possibilitando assim que os ditos “Conselheiros” exerçam o papel pedagógico de troca de experiências com o Poder Executivo e Legislativo e permita um crescimento de instituições e Poderes, voltados sempre ao bem-estar social. O Poder Judiciário, atendendo a evolução social, segundo Roger Stiefelmann Leal (1999, p. 232), “passou a ser encarado como o escudo da sociedade, o protetor dos direitos individuais contra os avanços do Estado em ‘domínios alheios’, assumindo, em certas ocasiões, papéis políticos estranhos à concepção doutrinária clássica”.

Flávia de Almeida Vieira de Castro (2002, p. 292), em artigo intitulado “O papel político do Poder Judiciário”, ao mencionar a evolução histórica do Judiciário, cita que “o bem-estar social e o ideal de justiça das decisões serão as metas a alcançar. Nenhuma decisão judicial que se afaste de tais objetivos poderá justificar sua existência, por mais lógica que possa ser”.

Portanto, está mais do que no momento de se obter do Judiciário a condução dos limites de atuação dos Tribunais de Contas Estaduais, sob pena de se chancelar, como já tem feito o Ministério Público Estadual, as inconstitucionalidades veladas da sua atuação.

4. O controle da atuação do Tribunal de Contas nos municípios pelo Poder Judiciário: a análise do procedimento e do mérito das auditorias

As contas reprovadas dos prefeitos, a imposição de sanções pecuniárias ou a devolução ao erário implicam ações de natureza mandamental impostas contra os gestores públicos e políticos. O Poder Judiciário tem importante papel na manutenção dos direitos do cidadão, do ordenamento jurídico e da democracia. Para Garapon (1996, p. 24):

“O juiz torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política. Não tendo guardado a memória viva dos valores que os fundamentaram, estes últimos pediram à justiça que zelasse seus julgamentos.”

Diz ainda que, numa visão da atividade jurisdicional,

“A justiça é precisamente procurada como substituto da política porque ela não pode deixar de fazer o direito, de se expor às excomunhões da comunidade científica ou da opinião pública. Quando a comunidade científica se deve pronunciar acerca de uma questão, ela dá a si mesma o tempo necessário e, por vezes, conclui pela impossibilidade de se pronunciar. [...] a justiça *deve* julgar com as informações que dispõe (GARAPON, 1996, p. 169).”

Ao ter imputado em seu desfavor a devolução de valores ou a imposição de sanções, pode e deve o administrador municipal, como cidadão, submeter seu pleito

ao Judiciário, a quem cabe manifestar-se pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV), não havendo possibilidade de se impedir a apreciação das questões postas nos autos, pois o pagamento de eventual valor atentará diretamente ao seu patrimônio.

Entretanto, o Poder Judiciário tem limitado na grande maioria de suas decisões à sindicância do procedimento adotado pelo TCE e não ao mérito do julgamento de contas. Diga-se ainda que a irresignação dos gestores na atuação do TCE não se dá apenas no RS, mormente decisões que reconhecem tais excessos também em outros Estados da Federação, cuja decisão é nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. NEGATIVA DE REGISTRO DE ADMISSÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO REALIZADO POR MUNICÍPIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DIREITO AO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. SÚMULA VINCULANTE 03/STF. *RATIO ESSENDI*. 1. O procedimento administrativo realizado por Tribunal de Contas Estadual, que importe em anulação ou revogação de ato administrativo, cuja formalização haja repercutido no âmbito dos interesses individuais, deve assegurar aos interessados o exercício da ampla defesa à luz das cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal. Precedentes do STJ: RMS 21176/PR, DJ 01.10.2007 e RMS 11032/BA, DJ 20.05.2002. 2. [...]. 4. O *error in procedendo* no procedimento administrativo resta inequívoco, tanto que a instância a quo, partindo de premissa equivocada, assenta: ‘[...] O processo administrativo TC-002413/003/97 analisou as demissões efetuadas pelo Município

de Amparo no exercício de 1996, onde foram constatadas irregularidades como ausência de número de vagas no edital do concurso e ausência das leis que criaram os cargos, sendo, por conseqüência, negados os respectivos registros [...]. No que tange ao alegado cerceamento do contraditório e do direito de defesa, não estava, como não está, a impetrante sujeita a qualquer investigação ou mesmo julgamento pelo Tribunal de Contas. Não foi parte no processo [...]. A impetrante não está sujeita a Cortes de Contas, portanto não podia, como não pode, integrar o procedimento que visou apurar irregularidades em concurso público de provimento de cargos. Assim, inexistia obrigação legal de seu chamamento aos autos. Por outro lado, cabe ressaltar que a Prefeitura Municipal de Amparo, real interessada naqueles feitos, foi regularmente intimada de todos os atos do processo, exercendo plenamente seu direito do contraditório e da ampla defesa [...]’ (fls. 1178/1179) 5. *In casu*, os impetrantes, ora Recorrentes, obtendo êxito em concursos públicos, realizados no Município de Amparo-SP, no exercício de 1996, foram contratados pela municipalidade *in foco*, consoante se infere das razões recursais expendidas à fl. 1191; sendo certo que o cumprimento do *decisum*, proferido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo TC nº 2413/003/97, o qual rejeitou admissões dos impetrantes, importará em demissão dos impetrantes. 6. Recurso Ordinário parcialmente provido, para anular o acórdão recorrido, determinando que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo assegure aos impetrantes, ora Recorrentes, o exercício do contraditório e da ampla defesa no procedimento administrativo (TC-2413/003/97). (RMS

21929/SP RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0076696-0. Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. J. 16/12/08. DJ. 26/02/2009.”

No Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça tem dado o alcance da possibilidade de revisão dos atos, analisando-se o procedimento e mesmo o mérito do TCE no julgamento, sob possível afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes. São nesse sentido os arestos colacionados:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE PROFESSOR SÉRIES INICIAIS DO MUNICÍPIO DE AMARAL FERRADOR. NEGATIVA DE REGISTRO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ATO DE NOMEAÇÃO DA IMPETRANTE. ALEGAÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO DE REQUISITO EDITALÍCIO. FALTA DE HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE NATUREZA MANDAMENTAL NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO ÂMBITO DOS MUNICÍPIOS. LIMINAR CONCEDIDA EM PARTE. PREFACIAL DE INCABIMENTO DO *WRIT* NA ESPÉCIE. REJEIÇÃO. SEGURANÇA QUE SE CONCEDE PARCIALMENTE. 1. [...] 2. Nos termos do art. 31 e §1º, da Constituição Federal, os Tribunais de Contas são apenas órgãos auxiliares das Câmaras Municipais, no controle externo, das contas do Poder Executivo, não podendo, dessa feita, suas decisões, apresentaram natureza mandamental e coercitiva em relação aos Municípios por pertencerem a outro ente da Federação, sob pena de infringência ao princípio constitucional da autonomia municipal e ao princípio federativo. 3. Portanto, conclui-se que, com relação aos Mu-

nicipios, as conclusões dos Tribunais de Contas estaduais, no exercício de sua função institucional, possuem tão-somente natureza opinativa, cabendo ao Poder Executivo o juízo de valor sobre seu o acolhimento ou não. 4. [...]. (Embargos de Declaração Nº 70020295119, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 14/09/2007).”

É importante a menção trazida no julgado, ao estabelecer que, “[...] com relação aos Municípios, as conclusões dos Tribunais de Contas estaduais, no exercício de sua função institucional, possuem tão-somente natureza opinativa, cabendo ao Poder Executivo o juízo de valor sobre seu o acolhimento ou não”, demonstrando assim os limites que o Judiciário entende cabíveis ao TCE.

Não bastasse a dita jurisdição, adota o TCE um sistema próprio, informatizado, para intimação dos gestores municipais acerca das decisões. Ocorre que, muitas vezes, os gestores não são assistidos por defensores constituídos, fato esse que implica a ausência de conhecimento da intimação eletrônica dos julgados e decisões, ferindo por vezes a possibilidade de ampla defesa e do contraditório.

Dessa vez, novamente entende o Judiciário que a intimação deve ser pessoal nos atos que importarem em condenação patrimonial ou qualquer outra forma de mandamento a ser determinado ao gestor. São nesse sentido os julgados, pelo que restou inclusive declarada a nulidade do artigo 144 do Regimento Interno, que trata da intimação por meio eletrônico:

“APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. INTIMAÇÃO ATRAVÉS DO DIÁRIO ELETRÔNICO DO TRIBUNAL. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial

aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF art. 71, § 3º, da CF). Em razão disto, o procedimento deve se amoldar às regras do Código de Processo Civil que somente admite a citação e intimação ficta nos casos ali previstos. Nulidade do disposto no art. 144 do Regimento Interno do Tribunal de Contas que prevê a intimação de suas decisões através de publicação no Diário Eletrônico. Indispensabilidade da intimação pessoal. Nulidade do título executivo. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70030426472, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 28/10/2009).

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS. PROCESSO ADMINISTRATIVO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. À luz dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, consagrados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, imperiosa a intimação pessoal do impetrado para prestar esclarecimentos no processo administrativo de Prestação de Contas, bem como acerca do respectivo julgamento. SEGURANÇA CONCEDIDA. UNÂNIME. (Mandado de Segurança Nº 70025006180, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 17/04/2009).”

“DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO E NÃO DE SEUS CONSELHEIROS. O Tribunal de Contas do Estado é o legitimado passivo em sede de mandado de segurança interposto contra

ato impositivo do referido Tribunal, que visa anular o processo administrativo. Tomada de Contas, para efeito de renovar a intimação pessoal do impetrante. Exclusão das demais autoridades apontadas como coatoras. Precedentes do TJRGS, STJ e STF. TRIBUNAL DE CONTAS. PROCESSO ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS. INTIMAÇÃO FICTA. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE RECONHECIDA. RENOVAÇÃO DA INTIMAÇÃO. A ausência de intimação pessoal do impetrante para prestar esclarecimentos no processo administrativo. Tomada de Contas, bem como do julgamento, importa em violação ao contraditório e ampla defesa, sendo descabida a intimação ficta porque ausente qualquer justificativa para tanto, observado o teor do artigo 26, § 4º, da Lei nº 9.784/99 e os requisitos legais constantes no CPC, subsidiariamente aplicável. Aplicação da Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal. Nulidade do processo administrativo reconhecida para efeito de oportunizar a renovação da intimação do impetrante. Precedentes do TJRGS e STJ. Segurança concedida. (Mandado de Segurança Nº 70022564892, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 28/03/2008).”

Como se percebe dos julgados destacados, nos processos das Cortes de Contas Estaduais, haverá de ser aplicada, por analogia, a Súmula Vinculante 3 do Supremo Tribunal Federal, destinada aos processos da União:

“Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o con-

traditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

Entretanto, não se apresenta como majoritário o entendimento do Judiciário acerca da possibilidade de revisão dos atos do Tribunal de Contas, no tocante ao mérito. Entendem alguns julgadores que, quanto ao mérito da decisão da Corte de Contas em si, descabe ao Poder Judiciário a sua análise, eis que inadmissível o reexame judicial dos motivos que levaram a Corte de Contas a imputar o débito ao gestor público.

Buscam apenas analisar se o procedimento adotado pelo Tribunal de Contas foi conduzido dentro da legalidade, bem como em observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, não merecendo vingar a ação que não se refere à legalidade da decisão, mas sim ao seu mérito, o que torna inviável a sua rediscussão pelo Judiciário, conforme o aresto colacionado:

“ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. TOMADA DE CONTAS E APLICAÇÃO DE PENALIDADES AOS ADMINISTRADORES. CABIMENTO DO MANDAMUS PARA ANÁLISE DA REGULARIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA. I - O mandado de segurança foi instruído com os documentos necessários à solução da controvérsia, cabendo ao Judiciário, em homenagem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, sem entrar no mérito do ato administrativo, verificar a regularidade da decisão administrativa. II - Conforme se depreende dos documentos acostados aos autos, o desenvolvimento do processo administrativo deu-se de forma regular, tendo sido oferecida oportunidade para defesa e interpo-

sição de recursos, com observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, concluindo-se pela responsabilização dos recorrentes. III - Recurso ordinário improvido. (RMS 12349 - RO, Relator Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ 14.03.2005, p. 194)”.

Alguns doutrinadores adotam esse mesmo entendimento. Para Teori Albino Zavascki (1999, p. 90):

“[...] as decisões tomadas em procedimentos fiscalizatórios do Tribunal de Contas, previstas no art. 71, §3º, da Constituição. Nesses procedimentos, esgotados os mecanismos aptos a impugnar a decisão tomada, opera-se coisa julgada, vinculativa em relação aos interessados. Trata-se todavia de coisa julgada administrativa, ou seja, mera preclusão, que de modo algum inibe garantia, que é constitucionalmente assegurada ao interessado, de submeter a controle jurisdicional a legitimidade formal e material do procedimento e da própria decisão. Dir-se-á que é controle limitado, porque restrito apenas a juízos de legalidade. É verdade, mas nem poderia ser de outra forma, já que os juízos de legalidade são os juízos próprios das decisões jurisdicionais. Esse mesmo limite - de controle de legalidade, e não da conveniência ou oportunidade - tem o Judiciário quando examina outras formas privadas de solução de litígios, como é o caso, por exemplo, da transação celebrada entre particulares [...]”.

Novamente citando o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, contrapõem-se os julgados anteriormente colacionados, acerca da possibilidade de revisão dos atos do TCE:

“APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. TÍTULO EXECUTIVO. REEXAME PELO JUDICIÁRIO.

IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF art. 71, §3º, da CF). Inadmissível o reexame das razões que levaram a Corte de Contas à imputação de débito, verificando-se o regular procedimento, com exercício de defesa pelo auditado e fundamentação da decisão administrativa. Rechaçada a arguição de prescrição. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70028077121, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 15/04/2009)”.

Como dito, há um equívoco em disponibilizar aos Tribunais de Contas Estaduais o alcance que a Constituição da República concedeu ao Tribunal de Contas da União, já que não há previsão para fazê-lo.

Com essa discrepância de entedimentos e os poucos julgados sobre o tema, torna-se muito árdua a atuação do gestor público municipal e de seus assessores, já que suas ações devem-se pautar pelos princípios constitucionais da administração pública, pelas decisões jurisprudenciais existentes, pelo entendimento do próprio Ministério Público e mais recentemente pelo entendimento do Tribunal de Contas do Estado, já que seus ditos alcançam caráter mandamental e coercitivo em relação às ações adotadas.

Ainda assim, há de se considerar esse novo papel do Judiciário, como idealizados de políticas públicas, atuando diretamente no comando do gestor municipal, com vistas à garantia de direitos que entende violados, entre os quais, saúde, educação, segurança e afins.

Portanto, o que se depreende da análise do tema é que, ainda que o gestor municipal seja eleito pelo voto direto, com base em um plano de governo, as ações a serem implementadas durante o mandato podem

sofrer o revés em face do entendimento contrário daquele que se intitula “órgão controlador”. Mais do que afrontar o direito de escolha de atuação do gestor, a intervenção de um poder sobre o outro malogra de forma inequívoca as instituições existentes no Estado Democrático de Direito.

5. Considerações finais

O tema abordado traduz a insegurança dos gestores públicos municipais acerca da adoção de políticas públicas para seus municípios, em especial as de cunho ambiental, algumas delas que valeram pela vitória na majoritária municipal.

Em que pese atuarem estritamente na legalidade, promovendo a inserção das ações nas leis orçamentárias, o mérito das políticas públicas que buscam implementar pode ser objeto de controle pelo Tribunal de Contas do Estado, com a possibilidade de se impor ao administrador municipal sanções de cunho patrimonial, além da sustação dos projetos assinalados, mediante mera “avaliação” da Corte de Contas.

Ao submeter as ações do TCE ao Judiciário, surpreendentemente a maioria dos julgados analisa apenas o procedimento adotado e não o mérito da reprovação ou da avaliação. Mais do que cercar ao gestor o acesso ao Judiciário, não lhe permite defender seus propósitos ou mesmo justificar suas ações.

Não há dúvidas de que a Corte de Contas Estadual tem excedido suas prerrogativas ao chamar para si a jurisdição, quando, na verdade, deveria atuar como um órgão auxiliar do Poder Legislativo na fiscalização externa da atuação do gestor público e, mesmo, revestir sua atuação com caráter pedagógico, já que seus Conselheiros acumulam, em sua maioria, anos de experiência à frente de diversas prefeituras do Estado.

Desse modo, a reflexão trazida nessa abordagem permite uma análise dos excessos que o TCE tem praticado quando

de sua atuação, ao mesmo tempo em que o Ministério Público e o Poder Judiciário, ressalvados alguns julgados, têm cancelado esse abuso.

Ao que tudo indica, a situação existente dá azo a uma possível crise entre os Poderes de Estado, por excederem certas competências que deveriam ser harmoniosas entre si e que, por vezes, podem atingir diretamente o cidadão, que se encontra alheio nesse embate dos poderes constituídos e tem suprimidas de seu cotidiano ações em prol do bem-estar.

Aliás, o Estado Moderno já enfrenta uma crise de identidade, uma vez que não foi gestada teoria política capaz de instrumentalizar a conceituação do perfil alcançado por esse Estado que ora tutela liberdades públicas, ora percebe os direitos sociais como baluartes da cidadania, ora põe-se, como mínimo, refém das vicissitudes do mercado. Talvez essa atuação desmedida do Tribunal de Contas seja reflexo dessa crise de identidade ora propalada.

Nesse ínterim, sociedade e o meio ambiente passam a atuar como figurantes, num contexto em que os atores principais se apresentam em um embate pelo poder, no sentido de demonstrar quem emana as ordens e quem deve cumpri-las. A sustentabilidade implica muito mais do que a adoção de políticas públicas e sim, deve o Estado pautar o trabalho de forma coordenada por seus diversos agentes, no sentido de implementá-las em nome do bem-estar

social e a certeza de garantia de um futuro para as próximas gerações.

Referências

AUGUSTIN, Sérgio. Discricionariedade técnica e conceitos indeterminados. *Revista da Faculdade de Direito/UCS, Caxias do Sul*, n. 15, 2006.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As crises do estado e da constituição e a transformação especial dos Direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do poder judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 38, p. 289-303, 2002.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública, Lei 7.347/85 - 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Arquimédia, 1996.

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v.7, n. 29, p. 230-237, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Direito à informação qualificada na relação médico-paciente

Estudo das implicações da diferença entre Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu* e Título de Especialista em Dermatologia

Michael César Silva e
Roberto Henrique Pôrto Nogueira

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Definição do problema. 3. Variáveis de tratamento necessário. 4. Fundamentação. 4.1. Pós-Graduação *Lato Sensu*. 4.2. Título de Especialista e Residência Médica. 4.3. Da diferença entre o Certificado de Pós-Graduação em Dermatologia e do Título de Especialista em Dermatologia. 5. O princípio da boa-fé objetiva. 5.1. Lineamentos no ordenamento jurídico pátrio. 5.2. O delineamento das funções do princípio da boa-fé objetiva. 5.3. Os deveres anexos de conduta. 5.4. O corolário da boa-fé objetiva: princípio da transparência. 6. Conclusão.

1. Considerações iniciais

O atual panorama social sinaliza para novos direitos, impostos pelo sistema jurídico, na medida em que surgem celeumas antes inexistentes.

A evolução da medicina e a proliferação dos cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* em todo o país deflagram um problema, qual seja, a eventual existência de diferença na formação técnica do médico, conforme tenha realizado Residência Médica, Especialização ou Pós-Graduação *Lato Sensu* em determinada área de conhecimento da medicina.

O trabalho revela-se de extrema relevância à comunidade como um todo, haja vista que, com frequência, os termos de consentimento informado que são entregues aos

Michael César Silva é Doutorando e mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas. Professor de Direito do Centro Universitário Newton Paiva e da Faculdade de Direito Promove. Advogado.

Roberto Henrique Pôrto Nogueira é Doutorando e mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Professor de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – Minas Gerais. Advogado.

pacientes por seus médicos sucedem prévia explicação verbal que, muitas vezes, pauta-se em argumento de autoridade, envolto a uma série de variáveis técnico-científicas impassíveis de compreensão pelo leigo.

Significa dizer que, a despeito da tentativa do profissional ético em inteirar o paciente e a família das implicações de uma intervenção terapêutica, certamente que a ponderação do médico sobre os prognósticos, terapêutica, complicações e utilidade de um determinado procedimento é decisivo para a concessão de um consentimento preestabelecido e redigido unilateralmente.

Não se tratará do consentimento propriamente dito, pois este seria uma outra empreitada tão desafiadora quanto a da análise do processo que o antecede. Mesmo porque são recorrentes os trabalhos que enfrentam a validade do consentimento informado dado pelo paciente ao médico, diante da necessidade de tratamento específico.

Assim, tão importante quanto a tentativa de promover a compreensão mínima sobre aspectos técnico-científicos na relação médico-paciente, é garantir ao paciente ou a sua família o direito de averiguar a legitimidade do profissional médico na condução do processo decisório que antecede o consentimento para a realização de intervenção terapêutica, por meio da prestação de informações qualificadas sobre a perícia profissional, que muito depende da formação técnica.

Assim, resta investigar se a dita diferença entre formações técnicas de nomes diversos existe e, caso afirmativo, se é possível exigir do médico o dever positivo de fornecer ao paciente informações sobre a sua formação técnico-científica, para garantia da legitimidade de sua condução do processo de formação da convicção do paciente ou de sua família para o consentimento.

A esta altura, e tendo em vista a complexidade do sistema jurídico da atualidade, desponta como imperativa a definição do microsistema que servirá de pano

de fundo para a superação das celeumas apontadas.

Em primeiro impulso, invocar-se-ia o Direito do Consumidor, diante da verdadeira relação de consumo que se constitui a relação médico-paciente.

Mas assim seria, necessariamente, imperioso o tratamento dos objetivos, princípios e direitos básicos do Direito do Consumidor, dos elementos subjetivo, objetivo, e teleológico para a configuração da relação de consumo, da responsabilidade civil, penal e administrativa do fornecedor, da proteção contratual do consumidor, da defesa do consumidor em juízo. Ademais, o artigo não busca discutir políticas públicas de proteção ao consumidor vulnerável, o que poderia resultar na perda do foco no objetivo central.

A expectativa de viabilizar a superação do problema por um caminho que não se restrinja a um microsistema jurídico específico ou se justifique a partir da constatação de uma relação não paritária é a razão da proposta de averiguação da existência desse direito do paciente com fundamento no conteúdo deontológico do princípio da boa-fé objetiva.

Interessa, particularmente, o teste da hipótese, qual seja, o reconhecimento do direito do paciente de obter do profissional a explicação sobre o processo de sua formação, haja vista que este é elemento fundamental para o reconhecimento da legitimidade do médico na atividade de ponderação dos programas de prevenção, diagnóstico, terapêutica principal e de complicações, para a posterior concessão do consentimento.

Ao final, caso o estudo aponte para a efetividade da existência de diferença objetiva na formação técnica de médicos dermatologistas, conforme tenham obtido formação via Pós-Graduação *Lato Sensu*, Residência Médica ou Especialização, será possível delinear uma nova roupagem do direito à informação qualificada do paciente em relação ao médico.

Para tratamento profícuo dessa diferença, é útil, metodologicamente, o recorte do trabalho a uma área específica de atuação médica. Tomou-se por referência a Dermatologia no Brasil.

A operacionalização do trabalho acontecerá essencialmente por meio de procedimentos de coleta de dados em fonte bibliográfica e legal, para elucidar as noções de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Residência Médica e Especialização em Dermatologia. Em privilégio do raciocínio dedutivo, se as exigências normativas forem significativamente diferentes para a certificação desses meios de formação profissional, estará estabelecida a premissa da relevância do conhecimento da diferença pelo paciente. Então, restará o estudo do princípio da boa-fé objetiva, de maneira que, em conclusão, seja alcançado o eventual reconhecimento do direito à informação qualificada.

2. Definição do problema

É proposto responder se o Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu*, de acordo com a Resolução CES/CNE nº 01 (BRASIL, 2001; BRASIL, 2007), pode ser ou é considerado como Título de Especialização em Dermatologia, ou seja, se o Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Dermatologia é suficiente para que alguém se declare especialista em dermatologia.

No mesmo sentido, é imperioso investigar o que deve ser entendido por Título de especialista em Dermatologia.

Dessa maneira, a controvérsia diz respeito às semelhanças e/ou diferenças havidas entre o Título de Especialista, que pode ser conferido a profissionais médicos, e o Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu*.

3. Variáveis de tratamento necessário

Para uma conclusão coerente acerca da controvérsia apresentada, é essencial verificar a competência para emitir e validar tais documentos, o fundamento de validade dos

documentos referenciados, seus regimes jurídicos e requisitos de concessão, além de seus objetivos. Ao final, restará verificar, dentro dos objetivos explicitados, se o conteúdo deontológico do princípio da boa-fé objetiva autoriza a afirmação da existência, no Direito brasileiro, do direito do paciente a uma prestação positiva por parte do médico, de informar acerca de sua formação técnica, para reconhecimento da legitimidade do profissional para atuar na condução do processo de ponderação de variáveis científicas que antecedem o consentimento.

4. Fundamentação

4.1. Pós-Graduação *Lato Sensu*

O órgão federal competente para regulamentar a Pós-Graduação *Lato Sensu* no Brasil é o MEC, Ministério da Educação.

Conforme a Resolução CNE/CES nº 1 (BRASIL, 2007), que estabelece normas para o funcionamento de cursos de Pós-Graduação, em nível de especialização, o Presidente da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, no uso de suas atribuições legais, tendo em vista o disposto nos arts. 9º, inciso VII, e 44, inciso III, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e com fundamento no Parecer CNE/CES nº 263/2006, homologado por Despacho do Senhor Ministro da Educação em 18 de maio de 2007, publicado no DOU de 21 de maio de 2007, resolveu que qualquer instituição de ensino superior – IES devidamente credenciada pode oferecer cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*, independentemente de autorização, reconhecimento ou renovação de reconhecimento. Devem, para tanto, atender o disposto na referida resolução.

O artigo 5º da mesma resolução faz previsão de que os cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*, em nível de especialização, têm duração mínima de 360 (trezentas e sessenta) horas, nestas não computado o tempo de estudo individual ou em grupo,

sem assistência docente, e o reservado, obrigatoriamente, para elaboração individual de monografia ou trabalho de conclusão de curso.

Ademais, os referidos cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* podem, ainda, ser a distância, desde que oferecidos por instituições de ensino superior legalmente autorizadas e que incluam provas presenciais e defesa presencial individual de monografia ou trabalho de conclusão de curso.

O Certificado de conclusão do curso é expedido, diretamente, pela instituição responsável pelo curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*.

Para os fins aos quais os mesmos se destinam, os Certificados de conclusão de cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*, que se enquadrem nos dispositivos estabelecidos na resolução, possuem validade nacional.

Insta frisar: atendidos os requisitos listados acima, os Certificados de Pós-Graduação *Lato Sensu* têm validade nacional. Significa que o título é hábil a provar a educação continuada, computar pontos em provas de títulos, em concursos públicos, além de, eventualmente, habilitar seu titular a ministrar aulas em cursos superiores.

Logo, os objetivos precípuos da Pós-Graduação *Lato Sensu* é a educação continuada. É a prova, portanto, da realização de estudos adicionais. Não possui, necessariamente, a pretensão de realização de treinamento em serviço. Trata-se de complementação de estudos, que se realiza conforme critérios estabelecidos pelas IES, que, por sua vez, podem estabelecê-los, autonomamente.

Significa dizer que as Sociedades de especialidades médicas, tal como a Sociedade Brasileira de Dermatologia, em princípio, parecem não participar da formação e controle da qualidade dos referidos cursos.

Insta pontuar, contudo, que a mesma Resolução CNE/CES nº 1 (BRASIL, 2007) dispõe que se excluem do âmbito de aplicabilidade do referido texto normativo os cursos de Pós-Graduação denominados de aperfeiçoamento e outros. Logo, atividades

complementares de estudo e preparação profissional não são, todos, dotados do mesmo objetivo ou fundamento de validade. Pós-Graduação é gênero do qual Pós-Graduação *Lato Sensu* é espécie.

Diferencia-se, portanto, o Certificado de conclusão de curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Título de Especialista, conforme exposto a seguir.

4.2. Título de Especialista e Residência Médica

Diante da relevância social da profissão médica, e de seu contato direto com a vida humana, o legislador ordinário desejou constituir um título que assegurasse à comunidade em geral a realização, pelo médico que se declara especialista, de treinamento rigoroso em serviço, dotado de regulamentação legal, além de acompanhamento pelas associações de especialidades, tudo no sentido de assegurar o melhor exercício da profissão.

Não se trata, somente, de educação continuada, mas de treinamento em serviço, efetivo, ou especialização equivalente, cuja concessão do título somente ocorre após a submissão, do médico, a detalhados procedimentos avaliativos de alto grau de exigência técnica, amplamente controlados e institucionalizados pelos órgãos competentes, conforme suas atribuições legais e estatutárias.

Entretanto, para a compreensão do Título de Especialista, é mister compreender o regime jurídico da Residência Médica no Brasil.

Inicialmente, o Decreto nº 80.281 (BRASIL, 1977) regulamentou a Residência Médica e criou a Comissão Nacional de Residência Médica. A Lei Federal nº 6.932 (BRASIL, 1981) dispõe sobre as atividades do médico residente. Legalmente, a Residência Médica constitui modalidade de ensino de Pós-Graduação, destinada a médicos, sob a forma de cursos de especialização, caracterizada por treinamento em serviço, funcionando sob a responsabilidade de instituições de

saúde, universitárias ou não, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional.

Diferente dos cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* (com duração total mínima de 360 – trezentas e sessenta – horas), os programas de Residência têm a duração anual mínima de 1800 (um mil e oitocentas) horas de atividade. No caso da Dermatologia, os programas, atualmente, possuem, ao todo, duração de 03 (três) anos.

Além do treinamento em serviço, os Programas de Residência Médica compreendem um mínimo de quatro horas semanais de atividades sob a forma de sessões de atualização, seminários, correlações clínico-patológicas ou outras, sempre com a participação ativa dos alunos.

Aos médicos que completam o programa de Residência em Medicina, com aproveitamento suficiente, é conferido o Certificado de Residência Médica, de acordo com as normas baixadas pela Comissão Nacional de Residência Médica.

Para que as instituições de saúde ofereçam programas de Residência Médica, devem, necessariamente, ser credenciadas pela Comissão Nacional de Residência Médica.

Assim, a lei veda o uso da expressão *Residência Médica* para designar qualquer programa de treinamento médico que não tenha sido aprovado pela Comissão Nacional de Residência Médica.

O rigor do treinamento em serviço, para a preparação do médico em determinada especialidade, inicia-se quando de sua admissão em qualquer curso de Residência Médica, haja vista que o candidato deve-se submeter a processo de seleção estabelecido pelo programa aprovado pela Comissão Nacional de Residência Médica.

Com a pretensão de reconhecer especialidades médicas e de regulamentar a possibilidade de concessão de Títulos de Especialistas a outros médicos que se submetam a programas de treinamento em serviço tão criteriosos quanto a Residência Médica, o Conselho Federal de Medicina,

no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268 (BRASIL, 1957), regulamentada pelo Decreto 44.045 (BRASIL, 1958), editou Resolução por meio da qual firmou o convênio de reconhecimento de especialidades médicas entre o Conselho Federal de Medicina CFM, a Associação Médica Brasileira – AMB e a Comissão Nacional de Residência Médica – CNRM.

As entidades mencionadas formam a Comissão Mista de Especialidades (CME). Esse convênio tem por finalidade a conjugação de esforços dos convenientes para estabelecer critérios para o reconhecimento e denominação das especialidades médicas, além do modo de concessão e registro de Título de Especialista e Certificado de área de atuação médica.

Conforme a dita resolução, é vedada, ao médico, a divulgação de especialidade ou área de atuação que não seja reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina ou pela Comissão Mista de Especialidades.

Logo, pelo convênio, o médico só pode declarar vinculação com especialidade ou área de atuação quando for possuidor do Título ou Certificado a ele correspondente, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina.

À Comissão Nacional de Residência Médica – CNRM, coube credenciar e autorizar o funcionamento dos programas de residência médica. À Associação Médica Brasileira – AMB, coube orientar e fiscalizar a forma de concessão de títulos e certificados. Ao Conselho Federal de Medicina, por sua vez, foi reservada a atribuição para o registro de títulos e certificados.

Em conformidade com o convênio, as especialidades e áreas de atuação médica reconhecidas pelas entidades convenientes têm denominação uniforme e são obtidas por órgãos formadores acreditados, quais sejam, as residências médicas credenciadas e com funcionamento autorizado pela CNRM e as Sociedades de Especialidades filiadas à AMB, com programas de ensino por ela aprovados.

Os Títulos de Especialistas e os Certificados de área de atuação obtidos por meio da AMB deverão subordinar-se, portanto, aos seguintes critérios:

- a. Concurso realizado na Sociedade de Especialidade, desde que seja ela filiada à AMB e atenda aos requisitos aprovados pela Comissão Mista de Especialidades – CME;
- b. O concurso referido deverá constar de, no mínimo, currículo e prova escrita e, se necessário, oral e/ou prática.

A Sociedade de Especialidade, ainda com base no mesmo convênio, pode definir os critérios para a concessão de Título de Especialista ou Certificado de área de atuação, desde que conhecidos e aprovados previamente pela Associação Médica Brasileira – AMB.

Tais concursos para concessão de Título de Especialista e Certificado de área de atuação são anuais.

A AMB emite apenas títulos e certificados que atendam às determinações da CME, sendo que, nos editais de concurso para Título de Especialista ou Certificado de área de atuação, a AMB deve observar o tempo mínimo de formação na especialidade ou área de atuação.

Assim, os Conselhos Regionais de Medicina (CRM) registram apenas Títulos de Especialidade e Certificados de áreas de atuação reconhecidos pela CME.

No caso da Dermatologia, a certificação, na AMB, ocorre via Sociedade de Especialidade, ou seja, por meio da Sociedade Brasileira de Dermatologia.

Por fim, a última edição consultada do mesmo convênio, reconhecida pela Resolução CFM nº 1.845 (BRASIL, 2008), fixou, como pré-requisito para concessão do Título de especialista em Dermatologia, a exigência de formação mínima de 3 (três) anos, em Programa de Residência Médica em Dermatologia (CNRM) ou equivalente, assim reconhecido pela Sociedade Brasileira de Dermatologia.

Para a análise das exigências para a concessão do Título de Especialista, tomou-se por base o edital do XLIII Exame para obtenção do referido título, publicado pela Sociedade Brasileira de Dermatologia. Por meio da sua Comissão de Título de Especialista, tornou pública a realização do Exame para Obtenção do Título de Especialista em Dermatologia (TED), mediante condições estabelecidas no edital.

Para a inscrição, o candidato deveria, na data da consulta ao documento público:

- a) estar inscrito no Conselho Regional de Medicina (CRM definitivo);
- b) ter concluído Residência Médica em Dermatologia, em Instituição credenciada pela Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM) do MEC; ou ter concluído 2 (dois) anos de especialização ou estágio em Dermatologia, equivalente ao programa de Residência Médica da CNRM, em Serviço credenciado pela Sociedade Brasileira de Dermatologia(SBD)¹,

¹ Para verificação dos critérios de credenciamento dos cursos considerados como equivalentes à residência médica, ver *Regimento para Credenciamento de Serviços*, da Sociedade Brasileira de Dermatologia. Extratos: Compete à Comissão de Ensino: I - credenciar e descredenciar Serviços para Treinamento em Dermatologia, que cumpram programa definido pelo regimento da comissão e referendado pelo Conselho Deliberativo; REGULAMENTO PARA CREDENCIAMENTO DE SERVIÇOS: Os Serviços interessados no Credenciamento ou Recredenciamento de suas Residências Médicas ou Cursos de Especialização em Dermatologia pela SBD deverão enviar solicitação juntamente com relatório próprio preenchido (Formulário para Credenciamento/Recredenciamento de Cursos de Residência Médica/Especialização em Dermatologia). A Comissão de Ensino designará uma Comissão Verificadora composta de no mínimo 2 (dois) de seus membros, para proceder à visita do Serviço visando posterior apreciação e votação do relatório de inspeção por toda a Comissão, nas Reuniões Ordinárias da Comissão de Ensino (art. 38 do Estatuto da SBD). Após aprovação da Comissão, o relatório deverá ser encaminhado à SBD para que esta notifique o Serviço e proceda ao arquivamento do relatório. O julgamento da Comissão de Ensino deverá ser baseado nos critérios estabelecidos neste Regulamento para Credenciamento de Serviços: 1. *SERVIÇO DE DERMATOLOGIA*: a. Das obrigato-

sendo que, neste caso, o candidato deve ter ocupado uma das vagas credenciadas pela SBD e assim, deverá constar na listagem enviada pelos serviços credenciados à SBD; ou ter realizado treinamento e ter atuação regular na dermatologia, durante pelo menos os últimos 5 (cinco) anos (a partir de 01 de abril de 2004) e possuir no mínimo 100 (cem) pontos resultantes da somatória dos itens constantes da tabela editalícia.

O exame para a concessão do Título de Especialista do concurso em apreço foi composto de 2 (duas) fases: prova teórica, com 80 (oitenta) questões objetivas, sendo exigido o mínimo de 48 (quarenta e oito) questões certas, ou seja, 60% de acertos com correção pelo sistema de leitura óptica; e prova teórico-prática, realizada em computador constando de 30 (trinta) questões, sendo exigido o mínimo de 18 (dezoito) questões certas, ou seja, 60% (sessenta por cento) de acertos.

Aos candidatos aprovados, nos moldes das previsões do edital, foi concedido o Título de Especialista em Dermatologia.

Diante do estabelecimento de novos critérios, para a inscrição no concurso de Título de Especialista, a partir de 2010

riedades: i. pertencer ou ter vínculo formal com um Hospital Geral, sendo aceito convênio reconhecido por ambas as partes e que garanta o cumprimento dos dispositivos deste regimento; ii. funcionar no mínimo 40 (quarenta) horas semanais. b. Das Recomendações: i. o hospital ao qual o Serviço esteja vinculado deverá ser geral e/ou universitário; ii. o hospital disponha no mínimo de 100 (cem) leitos; iii. o curso de especialização deve ser preferencialmente vinculado a uma instituição de ensino médico. 2. *CORPO DOCENTE*: a. Das obrigatoriedades: i. o coordenador do curso deve ter Título de Especialista da SBD e experiência docente em medicina; ii. todos os preceptores devem ter o Título de Especialista da SBD, exceto os colaboradores de outras áreas e especialidades médicas; iii. o número total mínimo de docentes portadores de título de especialista da SBD é 4 (quatro); iv. mínimo de 1 (um) preceptor para cada 2 (dois) residentes/especializando. 3. *AMBULATÓRIO*: a. Das obrigatoriedades: i. funcionar todos os dias úteis com atendimento mínimo de 20 (vinte) horas semanais; ii. atender um mínimo

passaram a ser exigidos, entre outros, os seguintes requisitos:

a) estar inscrito no Conselho Regional de Medicina (CRM definitivo); b) ter concluído 3 (três) anos de Residência Médica em Dermatologia, em Instituição credenciada pela Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM) do MEC; ou ter concluído 3 (três) anos de especialização ou estágio em Dermatologia, equivalente ao programa de Residência Médica da CNRM, em Serviço credenciado pela Sociedade Brasileira de Dermatologia (SBD), sendo que, neste caso, o candidato deverá ter ocupado uma das vagas credenciadas pela SBD e assim, deverá constar na listagem enviada pelos serviços credenciados à SBD; ou ter concluído 1 (um) ano de Residência Médica em clínica médica e 2 (dois) anos de especialização ou estágio em dermatologia com programa equivalente ao da Residência Médica em Dermatologia da CNRM (R2 e R3), em serviço credenciado pela Sociedade Brasileira de Dermatologia; ou ter realizado treinamento e ter atuação regular na dermatologia, durante pelo menos os últimos 6 (seis) anos contados da data da abertura da inscrição do Exame e possuir no mínimo 100 (cem) pontos

de 40 (quarenta) consultas por semana, por residente/especializando, sendo no mínimo 20 (vinte) correspondentes a novas consultas; iii. supervisão docente do atendimento ambulatorial. b. Das recomendações: i. o número de consultórios deve ser compatível com o número de residentes ou equivalentes; ii. a setorização de ambulatórios por áreas específicas, com rodízio de residentes/especializando, é recomendável, dependendo do volume de atendimento. 4. *ENFERMARIA*: a. Das obrigatoriedades: i. disponibilidade de leitos para internações de pacientes dermatológicos; ii. no mínimo 1 (uma) visita semanal com supervisão docente aos pacientes internados. b. Das recomendações: i. seja destinado ao Serviço no mínimo 1 (um) leito por residente/especializando; ii. mínimo de 12 (doze) internações por ano para cada residente/especializando; iii. prestação de interconsultas a pacientes de outras clínicas com intercorrências dermatológicas.

resultantes da somatória dos itens constantes da tabela editalícia.

Dessa maneira, constatam-se diferenças objetivas que respeitam a duração dos programas de formação técnica, que, considera-se, são significativas, haja vista a carga horária bastante superior de um programa em relação ao outro, além dos diversos critérios para credenciamento de serviços. Ao que parece, e partindo de uma análise objetiva, os requisitos à concessão do Título de Especialista são mais numerosos, uniforme e publicamente estabelecidos, que tendem, ao menos, a favorecer um efetivo treinamento em serviço.

4.3. Da diferença entre o Certificado de Pós-Graduação Lato Sensu em Dermatologia e do Título de Especialista em Dermatologia

Títulos de Especialista, em vez de título de especialização, são somente aqueles outorgados em conformidade com o convênio da Comissão Mista de Especialidades, que, após concurso, são concedidos aos aprovados, somente, e que atestam a realização de treinamento de, aproximadamente, 02 (dois) a 03 (três) anos em serviço.

Parece-nos ser título qualificado de educação continuada acompanhado pela

5. RECURSOS DIDÁTICOS E MATERIAIS: a. Das obrigatoriedades: i. ter à disposição do Serviço, em quantidade compatível com o número de residentes/especializando, no mínimo, os seguintes equipamentos: 1. microscópio, 2. projetor de diapositivos, 3. retroprojetor, 4. câmera fotográfica, 5. dermatoscópio, 6. aparelhos de eletrocirurgia 7. equipamentos de criocirurgia; ii. manter arquivo de diapositivos dos casos de maior interesse; iii. disponibilizar no Serviço: 1. livros-texto de Dermatologia para consultas, 2. coleção de periódicos de dermatologia no serviço, no mínimo os Anais Brasileiros de Dermatologia, 3. sala de reunião e de leitura no serviço; iv. disponibilizar na Instituição: 1. biblioteca médica geral, 2. setor de micologia com laboratório, 3. setor de dermatopatologia, 4. sala equipada de cirurgia dermatológica. b. Das recomendações: i. disponibilizar no serviço: 1. arquivo de lâminas de dermatopatologia das biópsias realizadas no serviço, 2. no mínimo todos os livros-texto de Dermatologia nacionais, 3. laboratório de micologia, 4. sala equipada de cirurgia dermatológica, 5. estimular o acesso a internet para permitir revisões bibliográficas.

Comissão Mista de Especialidades e, sobretudo, que atesta o desempenho satisfatório da atividade profissional supervisionada anterior, devidamente constatada por concurso promovido pela Sociedade Brasileira de Dermatologia.

Lado outro, como dito anteriormente, o Certificado de conclusão de Pós-Graduação *Lato Sensu* comprova a realização de curso com o objetivo de promover a educação continuada, sem a necessária pretensão de realização de treinamento em serviço. Trata-se de complementação de estudos, que se realiza conforme critérios estabelecidos pelas Instituições de Ensino Superior, que, por sua vez, podem estabelecê-los, autonomamente. Usualmente, tais cursos possuem carga horária mínima de 360 (trezentas e sessenta) horas. Os certificados, assim como os cursos, situam-se dentro da autonomia das IES, não se submetendo, por obrigação, a qualquer disposição da Comissão Mista de Especialidades, tampouco da Sociedade Brasileira de Dermatologia.

É forçoso concluir que, para a comprovação de realização de treinamento em

6. CARACTERÍSTICAS DO PROGRAMA: a. Das obrigatoriedades: i. a duração mínima da residência/curso de especialização é de 2 (dois) anos, excluído o período de pré-requisito, quando exigido pela instituição; ii. o número de vagas disponíveis por ano deve estar na dependência do número de leitos em enfermaria, salas de ambulatório, recursos materiais e corpo docente; iii. o número de residentes/especializando do Serviço corresponderá exclusivamente às vagas Credenciadas pela SBD; iv. estagiários serão admitidos desde que tenham o seu estágio restrito a 6 (seis) meses, prorrogável por mais seis, tendo seu estágio restrito a no máximo dois setores do Serviço; v. a carga anual mínima obrigatória é de 1920 (um mil, novecentos e vinte) horas, correspondendo a 40 (quarenta) horas semanais durante 48 (quarenta e oito) semanas (grifos nossos); vi. cursos formais teórico-práticos de micologia dermatológica, dermatopatologia e cirurgia dermatológica; vii. reuniões clínicas, seminários programados, clubes de revista e sessões iconográficas ou sessões equivalentes; viii. aprovação de no mínimo 50% (cinquenta por cento) dos residentes/especializando no período Credenciado para concessão de Recredenciamento). b. Das recomendações: i. uma sessão semanal de cada uma das propostas no item vii acima; ii. os residentes/especializando deverão em sua totalidade prestar o concurso de Título de Especialista da SBD.

serviço equivalente à Residência Médica e, ainda, para certificação de aprovação no concurso de Título de Especialista, o Certificado de conclusão de Pós-Graduação *Lato Sensu* não parece ser documento adequado. São certificados distintos, posto que reconhecem aperfeiçoamentos distintos. Dentro de seus objetivos peculiares e de suas fundamentações legais diversas e, sobretudo, considerando as peculiaridades estruturais de cada programa, ambos são válidos em todo o território nacional, para os fins aos quais se propõem.

O paciente, para que conceda seu consentimento efetivamente informado, deve ter a convicção da formação profissional do médico, na ponderação dos elementos científicos do diagnóstico, terapêutica e complicações. Afinal, a legitimidade no exercício de tal atividade de informação pode ser determinante da decisão de consentir.

Não é pretendida a realização de um juízo de valor. Em verdade, diante da validade de ambos, haverá, por certo, pacientes satisfeitos com ambas as formações técnicas. Mas para que o consentimento seja, efetivamente, informado, o paciente deve ter informações qualificadas, para que possa julgar a articulação dos fatos e projeções pelo profissional de saúde.

Logo, ao final da primeira fase do trabalho, tem lugar o estudo do princípio da boa-fé objetiva, para viabilizar o teste da hipótese em completude, de maneira que o trabalho possa posicionar-se pela eventual existência de direito do paciente a essa informação que aqui é chamada de qualificada.

5. O princípio da boa-fé objetiva

5.1. Lineamentos no ordenamento jurídico pátrio

O princípio da boa-fé objetiva apresenta-se, na atualidade, como um dos mais importantes princípios do Direito Privado. Possui grande relevância no Direito

Contratual, dada sua positivação expressa tanto no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) quanto no Código Civil (BRASIL, 2002).

A boa-fé objetiva foi inculpada, inicialmente, no Direito brasileiro, no artigo 131, I, do Código Comercial (BRASIL, 1950), no qual já se previa expressamente o referido princípio, de cunho contratual, no tocante ao aspecto interpretativo. No Código Civil anterior (BRASIL, 1916), havia tão-somente a aceção subjetiva da boa-fé.

Posteriormente, a boa-fé objetiva foi inserida no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) (artigo 4º, III e 51, IV) e, já recentemente, no Código Civil vigente (BRASIL, 2002), por meio da previsão legal do art. 422, em consonância com os artigos 113 e 187.

O princípio em comento ensejou profunda modificação na concepção tradicional de contrato (relação jurídica estática), que passa a ser visto como relação jurídica complexa e dinâmica (COUTO E SILVA, 1976, p. 10-11)², formado por um feixe de obrigações múltiplas e recíprocas. Nesse sentido, a autonomia privada é modelada, integrada, relativizada ou mesmo, para alguns, mitigada pela inserção da boa-fé objetiva nas relações jurídicas contratuais.

O princípio da boa-fé objetiva constitui-se regra de conduta, de comportamento ético-social imposta às partes, pautada nos ideais de honestidade, retidão e lealdade, no intuito de não frustrar a legítima confiança, expectativa da outra parte, tendo, ainda, a finalidade de estabelecer o equilíbrio nas relações jurídicas (ROSENVALD, 2005, p. 80)³.

Destarte, fundamenta-se na necessidade de as partes atuarem, reciprocamente,

² Nesse sentido ver: Marques (2006, p. 217-218); Martins-Costa (2000, p. 382-409); Noronha (2007, p. 75).

³ Ver ainda: Farias; Rosenthal (2006, p. 40); Martins-Costa (2000, p. 411-412); Noronha (1994, p. 152; 2007, p. 416); Cordeiro (2005, p. 405; 2007, p. 632); Marques (2006, p. 216); Lôbo (2002, p. 193); Novais (2001, p. 22-23).

com cooperação, lealdade, honestidade e confiança (FIUZA, 2006, p. 410-411)⁴, no intuito de concretizar a diretriz da eticidade, preconizada no Código Civil.

Por fim, o princípio da boa-fé objetiva integra o negócio jurídico por meio dos chamados deveres anexos (proteção, cooperação e dever de informação, entre outros), os quais visam a consagrar sua finalidade precípua, o adimplemento do contrato, devendo ser observados na fase pré-contratual, de execução do contrato e na fase pós-contratual.

Desse modo, a boa-fé objetiva é verdadeiro elemento transformador de todo o Direito Obrigacional, irradiando-se para os demais ramos do Direito, e em especial o Contratual (MARTINS-COSTA, 2002, p. 611). Traduz-se como a concretização do princípio da dignidade no campo das obrigações, e, por conseguinte, no Direito Contratual (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 41). Trata-se de princípio a ser concretizado pelo intérprete de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

5.2. O delineamento das funções do princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva possui caráter tridimensional, que se exterioriza a partir de três funções elencadas no Código Civil (BRASIL, 2002), quais sejam: a *interpretativa* (art. 113), a *de controle* (art. 187) e a *integrativa* (art. 422), sendo esta a mais importante função da boa-fé objetiva, em razão de integrar qualquer relação obrigacional.

5.2.1. *Função Interpretativa*: Trata-se da forma como o intérprete vai-se nortear para analisar o sentido mais correto de examinar o conteúdo contratual, pautado na observância da boa-fé nas relações jurídicas dessa sorte. Essa função impõe que o intérprete, ao analisar tais relações, não se atenha a uma interpretação literal

do negócio jurídico, mas, precipuamente, guie-se por uma interpretação embasada na observância do sentido pertinente às convenções sociais inerentes àquela dada comunidade política. O princípio revela-se cânone interpretativo, ou seja, referencial hermenêutico, no mesmo sentido dos paradigmas da codificação conhecidos por eticidade e socialidade.

5.2.2. *Função de Controle*: Visa a impor limites ao exercício abusivo do direito subjetivo dos contratantes, para determinar até onde é legítima ou não, para a obtenção do merecimento de tutela do ordenamento jurídico. A boa-fé significa a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual, pois por meio dela pode ser regulada a extensão e o exercício do direito subjetivo (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p. 24). Trata-se de evitar o abuso de direito, reduzindo a liberdade de atuação das partes. Isto porque determinados comportamentos, ainda que lícitos, não observam a eticidade preconizada pelo princípio da boa-fé objetiva, e assim negligenciam os ditames da lealdade, honestidade e confiança mútua, que devem orientar a conduta das partes nas relações jurídicas.

5.2.3. *Função Integrativa*: A boa-fé objetiva é fonte criadora de novos deveres especiais de conduta (NORONHA, 1994, p. 157) a serem observados pelas partes durante o vínculo obrigacional. Desta função irradiam os chamados deveres anexos de conduta, impostos pela boa-fé objetiva (BIERWAGEN, 2003, p. 56). É a função mais importante do referido princípio, pois os deveres anexos que se originam deste passam obrigatoriamente a integrar qualquer relação obrigacional, para que esta seja equilibrada, de maneira a permitir a confiança mútua e a expectativa dos contratantes. Assim o Direito Obrigacional e, em especial, os contratos vão nortear-se pelo exercício da autonomia privada acrescida dos deveres anexos de conduta impostos

⁴ Nesse sentido ver também Hironaka (2003. p. 112-113).

pela função integrativa da boa-fé objetiva, em promoção do equilíbrio contratual.

5.3. Os deveres anexos de conduta

O princípio da boa-fé objetiva criou os chamados deveres anexos de conduta (laterais, instrumentais etc), os quais se introjetam em toda relação jurídica obrigacional, para instrumentalizar o correto cumprimento da obrigação principal e a satisfação dos interesses envolvidos no contrato (NEGREIROS, 2002, p.153-154). Assim, além do dever da prestação (obrigação principal), surgem também outros deveres de conduta durante a relação jurídica (obrigação secundária) (MARTINS, 2000, p. 104-105)⁵, os quais devem ser observados pelos contratantes, sob pena de ofensa à boa-fé objetiva.

Os deveres anexos de conduta podem ser compreendidos como deveres positivos e negativos, que, mediante sua inserção na relação jurídica, por meio da boa-fé objetiva, relativizam a autonomia privada, ao estabelecer deveres de comportamento, que vinculam a ação dos contratantes, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual (MELLO, 2001, p. 316)⁶.

5.3.1. *Dever anexo de proteção*: Pretende proteger as partes dos riscos de danos à sua pessoa e a seu patrimônio, na constância da relação obrigacional. Significa que o envolvido deve observar a proteção, o cuidado, para com os bens e integridade da contraparte, no intuito de evitar que as partes se inflijam danos mútuos (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 54). Trata-se de verdadeiro dever de proteção, no aspecto moral e patrimonial, durante toda a existência da relação obrigacional;

5.3.2. *Dever anexo de cooperação*: Visa a impor às partes a abstenção de condutas capazes de gerar desequilíbrio entre as prestações e também impor condutas

positivas que facilitem o cumprimento da prestação obrigacional. Assim, não basta que as partes cumpram a obrigação principal. Os contratantes devem cooperar entre si para que o negócio jurídico obtenha êxito, com o correto adimplemento da prestação principal da obrigação. E nesse sentido, devem ambos os contratantes observar o princípio constitucional da solidariedade, que permeia a consecução do princípio da boa-fé objetiva;

5.3.3. *Dever anexo de informação*: Impõe que uma parte tem sempre o dever de informar a outra de todas as circunstâncias (fatos) que cercam o negócio jurídico. Isto porque a vontade de contratar deve ser esclarecida, devidamente informada⁷, para permitir que a manifestação de vontade ocorra em consonância com a boa-fé objetiva. Tem-se como o mais importante desses deveres, pois a informação é fundamental para que o contratante possa ser alertado sobre fatos de que não poderia perceber por sua própria diligência ordinária (ROSENVALD, 2005, p. 109)⁸.

O referido dever tem por finalidade ampliar o conhecimento das partes na relação contratual, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, pois a informação é fundamental para a tomada de decisão por parte do contratante.

Devido à importância concretizada pelos deveres anexos de conduta nas relações jurídicas obrigacionais, firmou-se entendimento no sentido de que, quando se descumprem os deveres anexos de conduta, tem-se a chamada *violação positiva do contrato ou adimplemento ruim* (GARCIA, 2007, p. 120)⁹, pois a obrigação principal é cumprida, a despeito do descumprimento dos deveres anexos (obrigação secundária).

⁷ Nesse sentido ver: Godoy (2007, p. 80).

⁸ Nesse sentido ver: Schier (2006, p. 28); Marques (2006, p. 772).

⁹ Nesse sentido ver: Marques (2006, p. 220); Silva (2002, p. 82-105); Tartuce (2007, p. 103); Cordeiro (2007, p. 594-602); Nalin (2006, p. 226); Schreiber (2007, p. 135-138).

Dessa forma, é imprescindível que as partes atuem nas relações jurídicas obrigacionais firmadas com observância aos deveres anexos de conduta, que impõem, para além da obrigação jurídica principal, deveres acessórios, ao quais objetivam resguardar a legítima expectativa e a confiança mútua existentes entre as partes.

5.4. O corolário da boa-fé objetiva: princípio da transparência

O princípio da transparência, com previsão no artigo 4º *caput* Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), apresenta-se como princípio básico a ser observado nos contratos em geral e, especialmente, naqueles contratos ditos de consumo. Preconiza a maneira como a informação deve ser prestada ao consumidor no ato da contratação (qualificação da informação), que deve ser clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas no ato da contratação e garantir o equilíbrio contratual entre as partes.

É um dos instrumentos, ao lado do dever de informação, aptos a proteger a liberdade de escolha do contratante. Alguns doutrinadores entendem que o princípio da transparência advém do princípio maior da boa-fé objetiva, ou mesmo que se trata de um reflexo ou sub-princípio (RIBEIRO, 2003, p. 146; SCHIER, 2006, p. 49; NALIN, 2006, p. 146 e 150) correlato ao dever de informar, *qualificar a informação prestada*. Para outros, a transparência é corolário da boa-fé objetiva.

A transparência impõe clareza, ou seja, informação sobre aspectos relevantes durante as tratativas (fase pré-contratual) e, por conseguinte, no ato da contratação, sob pena de haver violação do princípio da transparência, por descumprimentos aos preceitos deste princípio (MARQUES, 2006, p. 715)¹⁰.

Isso porque a transparência afeta a essência do contrato, pois a informação for-

necida integra o seu conteúdo, de modo a concretizar o reequilíbrio obrigacional, com vistas à consecução da igualdade material. Contudo, prática comum nos contratos, mormente nos contratos de consumo, é a inserção de cláusulas que deturpam o conteúdo contratual, pois entram em desacordo com outras e acabam por impedir o entendimento claro, preciso e transparente atinente ao contrato firmado, e, por vezes, traz, *a posteriori*, prejuízos indesejáveis ao contratante.

O sentido da transparência seria de qualificar a autonomia privada, com a efetiva liberdade de decisão do contratante, garantida pela transparência de informações adequadas e necessárias à realização da avença.

Destarte, o dever de informação impõe ao contratante a obrigação de descrição rigorosa do produto/serviço prestado, sobretudo naqueles casos em que, pela natureza da prestação ou pelo modo de contratar, encontra-se ínsita a presença do risco.

Nessa esteira, o princípio da transparência e o dever de informação recaem sobre todas as cláusulas contratuais, que elencam direitos e deveres das partes contratantes, e permitem, desse modo, o exercício adequado de direitos subjetivos.

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva é concretizado pelo princípio da transparência nas relações negociais, vinculando a parte que possui vantagens informativas, por meio da imposição do dever jurídico de informação clara, precisa e ostensiva de todo o conteúdo contratual, sem subterfúgios ou possibilidades de interpretações dúbias.

6. Conclusão

O trabalho partiu de um problema, em busca de duas respostas. Destacou a pluralidade de certificados de formação técnica complementar médica em todo o país e a necessidade de investigar a existência de eventual diferença significativa entre as

¹⁰ Nesse sentido ver: Tomasetti Junior (1992, p. 53).

mesmas. Almejou, assim, saber se a aludida diferença existe e, caso positivo, se seria possível atestar a existência do dever do médico em prestar informação qualificada ao paciente, acerca do processo de sua formação técnica.

Partindo do recorte metodológico da área da Dermatologia, constatou-se que a celeuma se estabelece especialmente entre dois certificados: o de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Dermatologia e o Título de Especialista em Dermatologia.

Considerando que, com frequência, os termos de consentimento informado que são entregues aos pacientes por seus médicos sucedem prévia explicação verbal que se vale de variáveis técnico-científicas impassíveis de compreensão pelo leigo, tão importante que a compreensão de prognósticos, terapêutica, complicações e utilidade de um determinado procedimento é o reconhecimento, pelo paciente, da legitimidade técnica do médico na condução informativa do processo decisório para a concessão do consentimento.

A partir da análise das regulamentações de ambas as certificações, foi possível definir Títulos de Especialista como os certificados outorgados em conformidade com o convênio da Comissão Mista de Especialidades Médicas, pela Sociedade Brasileira de Dermatologia, e concedidos, após concurso, somente aos aprovados, para atestar a realização de um longo, intenso e criterioso treinamento em serviço.

O Certificado de conclusão de Pós-Graduação *Lato Sensu*, por sua vez, comprova a realização de curso que almeja a promoção da educação continuada, sem a necessária pretensão de realização de treinamento em serviço. Os critérios dessa modalidade de formação são estabelecidos, autonomamente, pelas Instituições de Ensino Superior e possuem exigência de carga horária mínima de 360 (trezentas e sessenta) horas efetivas.

Ambos os certificados são válidos em todo o território nacional, para os fins aos

quais se propõem. Parecem, contudo, ser dotados de objetivos distintos e, por conseguinte, asseguram formações técnicas que não guardam necessária identidade.

Em conformidade com os preceitos normateadores do princípio da boa-fé objetiva, é possível afirmar pela existência do direito do paciente à obtenção de informação qualificada acerca da formação técnica do profissional médico.

A transparência determina que a parte contratante (médico) com privilégio informativo esclareça, de forma clara, precisa, ostensiva, detalhada e exaustiva, ou seja, por meio da qualificação da informação a ser prestada, todos os elementos que possam ser considerados pela contraparte (paciente) na decisão de consentir.

Portanto, tendo em vista que os certificados analisados guardam divergências significativas entre si, é direito do paciente a obtenção dessa informação qualificada, sob pena de ofensa à boa-fé objetiva e de risco de invalidade do consentimento informado exarado.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Código Civil (2002). *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Código Comercial (1850). *Lei nº 556*, de 25 de junho de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.845*, de 12 de junho de 2008. Dispõe sobre

a nova redação do Anexo II da Resolução CFM nº 1.785/2006, que celebra o convênio de reconhecimento de especialidades médicas firmado entre o Conselho Federal de Medicina (CFM), a Associação Médica Brasileira (AMB) e a Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM). Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2008/1845_2008.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. *Decreto nº 44.045*, de 19 de julho de 1958. Aprova o Regulamento do Conselho Federal e Conselhos regionais de Medicina a que se refere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D44045.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. *Decreto nº 80.281*, de 5 de setembro de 1977. Regulamenta a Residência Médica, cria a Comissão Nacional de Residência Médica e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/setec/arquivos/pdf/legislacao.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. *Lei nº 3.268*, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. *Lei nº 6.932*, de 7 de julho de 1981. Dispõe sobre as atividades do médico residente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6932.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Ministério da Educação. *Resolução CNE/CES nº 1*, de 3 de abril de 2001. Estabelece normas para o funcionamento de cursos de pós-graduação. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/tvescola/leis/CES0101.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Ministério da Educação. *Resolução CNE/CES nº 1*, de 8 de julho de 2007. Estabelece normas para o funcionamento de cursos de pós-graduação *lato sensu*, em nível de especialização. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces001_07.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2010.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. aumentada e inteiramente revista Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, t. 1.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIUZA, César. *Direito Civil*: curso completo. 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil*: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 187-195, abr./jun. 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos táxis: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O imperativo de transparência no Direito europeu dos contratos. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DERMATOLOGIA. *Edital do XLIII exame para obtenção do título de especialista em Dermatologia*. Disponível em: <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:wh3hBgLixNYJ:www.sbd.org.br/medicos/sociedade/titulo/edital_2009.pdf+edital+XLIII+site:www.sbd.org.br&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsiw8WZpIVi2SZB_Kq1AZgV6A0nYWHYVAa9sP5QeoHGHiovuwwqQb7WP78OnvumKpe_8HgHJqX1YGApmJdRh_ssiQp3-WazrmCmfdq_JFou6wTuzRD_HSx6cXh7bruilrp4rJhliX&sig=AHIEtbQR-aWSao5UWnMgwN37F_F64pQhzA>.

sbd.org.br/medicos/sociedade/titulo/edital_2009.pdf+edital+XLIII+site:www.sbd.org.br&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsiw8WZpIVi2SZB_Kq1AZgV6A0nYWHYVAa9sP5QeoHGHiovuwwqQb7WP78OnvumKpe_8HgHJqX1YGApmJdRh_ssiQp3-WazrmCmfdq_JFou6wTuzRD_HSx6cXh7bruilrp4rJhliX&sig=AHIEtbQR-aWSao5UWnMgwN37F_F64pQhzA>. Acesso em: 25 ago. 2010.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DERMATOLOGIA. *Regimento para Credenciamento de Serviços, da Sociedade Brasileira de Dermatologia*. Disponível em: <<http://www.sbd.org.br/down/Pdf/regimento/credenciamento.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 2.ed. São Paulo: Método, 2007. v. 3.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 4, p. 52-90, 1992.

Choque entre direitos fundamentais

Consenso ou controvérsia?

João Carlos Medeiros de Aragão

Sumário

1. Introdução. 2. Contexto histórico na formação dos direitos fundamentais. 3. Conceitos, dimensões e limites (restrições) dos direitos fundamentais. 3.1. Conceitos. 3.2. Dimensões. 3.3. Limites e restrições. 4. Colisão entre direitos fundamentais: consenso ou controvérsia? 5. Considerações finais.

“Enxergar mais longe só é possível quando se pode estar nos ombros de gigantes.”

(Isaac Newton)

1. Introdução

Este trabalho visa examinar a questão dos direitos fundamentais, notadamente no que concerne tanto à restrição deles quanto à colisão com outros direitos fundamentais, embora não pretenda esgotar o tema, em razão de sua relevância e sua abrangência.

Os direitos fundamentais, como construções normativas constitucionais baseadas, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana, são assegurados pelo Estado, ao qual compete definir medidas a fim de que o indivíduo não sofra restrições ilegítimas quando no exercício de tais direitos.

Entende-se por Direitos Fundamentais aqueles inerentes à própria condição humana previstos pelo ordenamento jurídico. Nota-se, porém, ser difícil se encontrar uma definição definitiva do que realmente se configura como Direitos Fundamentais

João Carlos Medeiros de Aragão é Assessor Jurídico da Câmara dos Deputados, Mestre em Direito das Relações Internacionais, Pós-Graduado em Metodologia do Ensino Jurídico, em Advocacia nos Tribunais Superiores e em Linguística do Texto. Professor de Direito Processual Civil no UniCeub e de Instituições Legislativas Comparadas no Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados. Também exerce a Advocacia.

do Homem, pela inexistência de consenso entre estudiosos do assunto. São utilizadas diversas expressões tais como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais da pessoa humana.

Além disso, costumava-se falar em gerações de direitos fundamentais, identificando-as com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade consagrados na Revolução Francesa. Essa terminologia tem sido considerada imprecisa, haja vista a noção transmitida ser a de que cada geração substituiria outra, defasada esta. Assim, atualmente, a doutrina tem adotado o termo “dimensão”, por denotar coexistência, ou seja, cada nova dimensão dos direitos fundamentais se coaduna com a existente, sem obstá-la, em um processo cumulativo, aberto e mutável. Inicialmente, definiram-se três dimensões de direitos fundamentais, mas já existem estudiosos defendendo o estabelecimento de uma quarta dimensão.

Quanto aos limites e restrições, há distintas teorias, as quais vão desde a noção de limites “imanescentes” até a definição dos tipos de restrição. Uma das formas em que se evidencia a limitação ao exercício dos direitos fundamentais ocorre quando existe colisão entre eles, ou seja, quando um direito fundamental, em mesma situação, choca-se com outro direito fundamental.

No que tange à colisão entre direitos fundamentais (ou princípios, segundo Virgílio Afonso da Silva), constata-se haver problemática e controvérsia, a qual tem ocupado boa parte da doutrina moderna, sôfrega por desenvolver soluções para tais conflitos. Na prática, a ausência de consenso a respeito de possíveis choques entre direitos fundamentais remete o intérprete a operações mais complexas que a simples subsunção, utilizada para a interpretação de normas com estrutura de regras. Isso decorre da heterogeneidade dos direitos fundamentais, pois seu conteúdo é, na

maioria das vezes, variável e somente pode ser aferido quando se esquadrinha um caso concreto ou quando eles se relacionam entre si, ou até com outros valores protegidos pela Constituição.

2. Contexto histórico na formação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, historicamente, auxiliam a compreensão do Estado de Direito e da própria Democracia, no pensamento de Ferrajoli (1999, p. 32). Durante muito tempo, debateram-se as bases ideológicas dos direitos fundamentais; para Norberto Bobbio (2004, p. 52), porém, “[...] os direitos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana”, construção jurídico-social e filosófica criada para preservar elementos vitais à harmonização entre indivíduos e Estado e entre os próprios indivíduos. Essa construção teórico-prática dos direitos fundamentais acarreta a dificuldade de conceituá-los com precisão.

Caso se considerem os direitos fundamentais como o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico de um Estado em determinado tempo, os direitos fundamentais se originam no direito natural. Há juristas, porém, os quais entendem que só se criaram direitos fundamentais com a positivação deles nas primeiras Constituições (LUÑO, 2003 apud SARLET, p. 40). Conforme Perez Luño (2003 apud SARLET, p. 40),

“A positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das idéias da liberdade e dignidade humana.”

Destaca-se, entretanto, que o Jusnaturalismo clássico contribuiu para o reconhecimento, na atualidade, dos direitos

fundamentais pela ordem positiva, há muito entendidos como direitos naturais pelos jusfilósofos. Nesse sentido, o direito natural pode ser então considerado como uma espécie de pré-história dos direitos fundamentais. A doutrina jusnaturalista, influenciada por preceitos morais e religiosos, notadamente do Direito Canônico, concebia o ser humano dotado de direitos imutáveis e inalienáveis, o que constituía uma ordem jurídica pré-estatal ou até supraestatal. Esses direitos limitavam o poder estatal, além de legitimar seu exercício.

A partir do século XVII, as teorias contratualistas, agregadas ao racionalismo de Kant e Grocio, estimularam o processo de laicização do direito natural, inspirando o movimento iluminista do Estado Liberal, preconizador do apelo à razão como fundamento do Direito. Nessa fase se começa a pensar sobre a noção de universalidade dos direitos naturais, culminando na Declaração de Direitos da Virgínia e na dos Direitos do Homem, em 1789, na França. Com a Revolução Francesa e a posterior criação do Estado Liberal, iniciou-se movimento de progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados como precursores dos direitos fundamentais (LUÑO, 2004, p. 33).

Sabe-se, porém, que os direitos não são imutáveis, mas aperfeiçoados enquanto as sociedades e os indivíduos se tornam mais críticos e inclinados a identificar direitos e violações a eles. Desse modo, variam igualmente seu conceito e sua terminologia. Ao longo da história dos direitos fundamentais até hoje, utilizaram-se inúmeros termos para defini-los, como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, direitos individuais, direitos fundamentais do homem, direitos humanos fundamentais, entre outros (BRITO, 2009). Todas essas nomenclaturas refletem, de algum modo, o que se pretendeu transmitir e conceituar.

Atualmente, segundo explica Robert Alexy (2001, p. 241), direitos fundamen-

tais correspondem a direitos subjetivos, universalmente garantidos a todos os seres humanos. Entende-se por direito subjetivo qualquer expectativa positiva ou negativa ligada a um sujeito por determinada norma jurídica, inserido no ordenamento positivo constitucional. Ainda para Alexy, existe posição de dada liberdade jurídica para realizar determinadas ações, a de um direito perante o Estado, a fim de que este não impeça algumas, ou seja, a de um direito a ações negativas e a de um a ações positivas do Poder Público.

Acresce-se que, no Estado Democrático de Direito, o processo de democratização realmente sobressai, afetando significativamente o tema dos direitos fundamentais, porquanto enaltece garantias de igualdade nas relações dos indivíduos entre si e entre o Estado soberano. O paradigma garantista imposto pelo Estado constitucional expressa dupla sujeição do Direito ao Direito, a qual afeta a legitimação formal e substancial das normas jurídicas. A Democracia, assim, torna-se ao mesmo tempo condição e garantia dos direitos fundamentais, que constituem a base moderna do princípio da igualdade (ANDRADE, 2001, p. 52).

3. Conceitos, dimensões e limites (restrições) dos direitos fundamentais

3.1. Conceitos

Pérez Luño (2004, p. 43) define os direitos fundamentais como “[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a [sic] nível nacional e internacional”.

A UNESCO (2003 apud MORAES, p. 46-47), por sua vez, em 1978, expôs a seguinte definição de direitos fundamentais:

“[...] considera-os por um lado uma proteção de maneira institucional-

zada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado e, por outro, regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”.

Os direitos fundamentais, na condição de institutos de Direito Constitucional Positivo, possuem, no entender de Miranda (1983, p. 8), dois sentidos: o formal e o material, tais quais firmados na Constituição em sentido formal ou na Constituição em sentido material.

Na opinião de Luigi Ferrajoli (1999, p. 38-39), os direitos fundamentais constituem normativamente direitos de todos os membros de certa coletividade; assim, não são alienáveis ou negociáveis, já que correspondem a prerrogativas não contingentes e inalteráveis de seus titulares e a outros limites e vínculos inarredáveis para todos os poderes, tanto públicos como privados.

Além desses, existem os sentidos objetivo e subjetivo para os direitos fundamentais. Objetivamente, os direitos fundamentais podem ser pensados como estrutura que produz efeitos jurídicos e reforça a imposição dos direitos individuais. Subjetivamente, os direitos fundamentais manifestam as faculdades, a proteção e as garantias institucionais de defesa (MIRANDA, 1983, p. 9).

Tais definições sintetizam todos os direitos fundamentais conquistados pelo ser humano ao longo de sua história, independentemente de sua natureza. Discorrer-se-á a seguir acerca das dimensões dos direitos fundamentais.

3.2. Dimensões

Bobbio (2004, p. 76 apud MENEGATTI, 2009) explicitou, resumidamente, as diferentes dimensões dos direitos fundamentais:

“[...] como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos

de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao Estado*; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como conseqüência a participação cada vez ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no Estado*); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os de bem-estar e da liberdade *através ou por meio do Estado*”.

Bonavides (1995, p. 27) leciona que, atualmente, já se defende a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão:

“A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”

Virgílio Silva (2009, p. 185-186), por sua vez, discorre sobre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais nestes termos:

“A partir de uma dimensão estritamente objetiva, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como

um todo. Isso significaria dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles. [...]

Se se pretende, com o recurso à garantia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, proteger tais direitos contra uma restrição excessiva e se os direitos fundamentais, ao menos em sua função de defesa, têm como função proteger sobretudo condutas e posições jurídicas individuais, não faria sentido que a proteção se desse apenas no plano objetivo. Isso porque é perfeitamente possível – e provável – que uma restrição, ou até mesmo uma eliminação da proteção de um direito fundamental em um caso concreto individual não afete sua dimensão objetiva, mas poderia significar uma violação ao conteúdo essencial daquele direito naquele caso concreto.”

3.3. Limites e restrições

Antes de discorrer sobre limites e restrições a direitos fundamentais, ressalta-se qual o conceito de restrição. A palavra restrição é originária do latim (*restrictio onis*) e denota moderação em realizar algo, atuar moderadamente. Conforme o Dicionário Houaiss (2001, p. 2443), a restrição significa o “[...] ato ou efeito de restringir(se); condição restritiva; imposição de limite; condicionante”. Juridicamente, constitui “[...] limitação ou condição que a lei impõe ao livre exercício de um direito ou de uma atividade; reserva, ressalva”.

Nesse sentido, a restrição a um direito fundamental constitui limitação da esfera de proteção ou pressuposto de fato desse direito. A definição de limites para o exercício de dado direito fundamental é motivada pela existência de valores e circunstâncias em jogo no ordenamento jurídico. Existem,

por exemplo, cidadãos detentores de direitos ou interesses comunitários a serem sopesados para que uma pessoa possa usufruir certo direito fundamental ou tê-lo restringido (SILVA, 2009, p. 183).

Virgílio Silva (2009, p. 185-186) cita Canotilho para explicar os limites dos direitos fundamentais. Para este autor, “limites imanentes” representam o produto do sopesamento entre direitos colidentes, não como limites revelados pelo intérprete. De acordo com Canotilho, “[...] os chamados ‘limites imanentes’ são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade ou garantia”. Canotilho se refere a limites ou restrições constitucionais.

Embora Silva concorde com a tese de Canotilho (1999 apud SILVA, 2009, p. 166), critica o uso do termo “imaneente”, uma vez que o termo já é compreendido como oposto à ideia de restrição resultante de um sopesamento ou uma ponderação, além de não ser adequado qualificar como imaneente um limite o qual depende e surge de um caso concreto. Tanto Silva (2009, p. 166) quanto Canotilho (1999) advertem que a restrição ocorre posteriormente, ou seja, é constitutiva e não declaratória. Desse modo, quando houve intervenção externa ao direito, sucedeu restrição, não declaração de limite imaneente (CANOTILHO, 1999 apud SILVA, 2009, p. 167).

Sarlet (2003, p. 9-10) leciona a respeito dos limites aos direitos fundamentais. De acordo com ele, há 3 tipos de limitações aos direitos fundamentais: o primeiro sucede quando a própria constituição limita o exercício do direito fundamental; no segundo, a constituição autoriza a limitação, mas ela deve ser implementada pelo legislador; o último tipo prevê limites implicitamente autorizados (ou limites implícitos) que não estão previstos explicitamente na constituição, mas advêm do sistema constitucional,

mormente quando há colisões entre direitos fundamentais.

O autor continua, explicando que atualmente existe consenso que a própria limitação aos direitos fundamentais também se subordina a limites. Ele assim se expressa:

“II – Limites dos limites.

Hoje é unânime que os direitos fundamentais estão sujeitos a limites (dessas três espécies), mas a limitação dos direitos fundamentais também está sujeita a limites. Não se pode limitar um direito fundamental de qualquer jeito. Fala-se em limites dos limites. Quando se limita um direito, deve-se observar certos critérios que servem para limitar a limitação.

É claro que os limites dos limites vão depender de cada sistema constitucional. Cada sistema constitucional acaba criando os seus critérios, não havendo uma uniformidade disso no direito comparado, embora haja alguma uniformidade. Varia conforme o tipo de limite que estiver sendo aplicado.

Quando estivermos diante de limites do tipo A, em princípio não se questiona a constitucionalidade do limite, porque ele está previsto na própria constituição. Foi o próprio constituinte que estabeleceu o limite. O máximo que a legislação infraconstitucional pode fazer é regulamentar, implementar o limite diretamente estabelecido com aquela margem de liberdade que a própria constituição deixa em aberto. [...] A possibilidade de controlar as restrições é muito maior, porque a constituição já expressa os limites. A lei ordinária estará restringindo um direito” (SARLET, 2003, p. 11).

Alguns estudiosos da matéria apresentam outras teses. Andrade (2001, p. 214), a respeito das espécies de restrição, discorre sobre limites imanentes, colisão de direitos e leis restritivas de direitos

fundamentais. Alexy (2001, p. 276-286), por sua vez, reporta-se a restrições diretamente constitucionais (explícitas e implícitas) e indiretamente constitucionais: as primeiras estão diretamente definidas no corpo do texto constitucional, ao passo que as segundas não estão previstas no texto constitucional – este concede ao legislador a faculdade de estabelecê-las mediante leis infraconstitucionais.

Silva (2009, p. 129) apresenta também as Teorias Interna e Externa no que diz respeito às restrições (ou limites) a direitos fundamentais. Explica, inicialmente, que ambas as teorias não são produto da dogmática dos direitos fundamentais, embora integrem o âmbito do Direito Civil há muito e provoquem discussões na França, principalmente. No Brasil, pouco se fala sobre elas; Gilmar Mendes tem sido um dos juristas a discorrer sobre tal temática.

Conforme prega a Teoria Interna, os direitos fundamentais e a extensão deles, se delimitados por ela, não podem sofrer sopesamento – quando determinado indivíduo exercita algo garantido por um direito fundamental, a garantia é definitiva, não apenas *prima facie*. Nessa Teoria, não há distinção entre “direito *prima facie*” e “direito definitivo”, pois esta decorre diretamente da unificação dos limites imanentes com a determinação do direito relativo a eles. Para ele, só existe um objeto: o direito e os seus limites (SILVA, 2009, p. 130).

Ou seja, na esfera da Teoria Interna, não se pode dizer que dada ação seja *prima facie* e garantida por uma norma de direito fundamental; a ação pode, entretanto, deixar de ser protegida em razão das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Desse modo, a Teoria detém o ônus de demonstrar que se pode fundamentar a limitação a direitos “a partir de dentro”, sem necessidade de se recorrer a restrições externas; no caso, é comum se valer dos limites imanentes (Idem).

A Teoria Externa, por sua vez, divide o objeto no direito em si, em primeiro lugar,

e nos limites imanentes a ele (restrições), em segundo. A distinção, embora pareça insignificante, acarreta efeitos práticos e teóricos. Com base em tal diferença, é possível se atingir o sopesamento, como meio para solucionar colisões entre direitos fundamentais, e a regra da proporcionalidade. Para tal Teoria, as restrições, seja qual for sua natureza, não influenciam o conteúdo do direito; embora possam restringir o exercício deste, no caso concreto. Caso haja colisão entre princípios, um deles tem de ceder em favor do outro sem serem afetadas sua extensão *prima facie* nem sua validade (Ibidem, p. 138-139).

Além disso, constata-se que a Teoria Externa e a Teoria dos Princípios se relacionam intimamente – esta defende que, geralmente, uma norma a qual consagra um direito *prima facie* garante direitos fundamentais. Aquela, por seu turno, manifesta que há diferença entre direito *prima facie* e direito definitivo: o definitivo não é determinado *a priori* e internamente. Em casos concretos, apenas o sopesamento ou a regra da proporcionalidade podem estabelecer o que realmente vale, com a definição do conteúdo do direito em si “a partir de fora” (SILVA, 2009, p. 139-140).

4. Colisão entre direitos fundamentais: consenso ou controvérsia?

Uma vez que o tema dos direitos fundamentais assume cada vez mais relevância, muito se debate e se teoriza sobre eles. Muitos defendem que, a partir do momento em que são definidos, pode ocorrer o que foi qualificado como colisão entre direitos fundamentais – casos em que princípios se situam em mesma direção, embora com sentidos opostos.

Recorre-se novamente às lições de Canotilho (1999, p. 1191), o qual caracteriza a colisão de direitos fundamentais nestes termos:

“De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fun-

damentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos.”

Canotilho acrescenta haver distinção entre concorrência e colisão entre direitos fundamentais. Para o Constitucionalista, a primeira categoria existe quando certo comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. No entender dele, “considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não há cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um ‘choque’, um autêntico conflito de direitos” (CANOTILHO, 1992, p. 293).

Alexy (2001, p. 295), por seu turno, influenciado por Dworkin, elaborou uma tese no que concerne ao conflito existente entre regras de direito: o choque entre princípios, assumidos como direitos fundamentais, deve ser resolvido por critérios de valoração, ao passo que o conflito de regras deve ser solucionado mediante a declaração de invalidade de uma das regras conflitantes ou a aplicação da cláusula de exceção. Prossegue afirmando que, na ocorrência de colisão entre princípios, o reconhecimento da preponderância de um sobre outro não resulta na declaração de invalidade do que possui menor “peso”. Não se pode pensar em aplicar a cláusula de exceção, pertinente às regras.

Dessa maneira, fica determinado o critério de ponderação ou precedência: pela ponderação, há interesses resguardados por princípios colidentes. Esse critério busca avaliar qual dos interesses, “abstratamente do mesmo nível”, possui

“maior peso diante das circunstâncias do caso concreto”. Quando há dois princípios equivalentes abstratamente, prevalecerá, no caso concreto, o que tiver maior peso diante das circunstâncias. A tensão entre ambos os princípios não pode ser resolvida com a atribuição de prioridade absoluta de um sobre o outro (ALEXY, 2001, p. 295).

Farias (1996, p. 90 apud MENEGATTI, 2009) expõe outra perspectiva acerca do assunto. Explica que existem duas situações em que se pode destacar a colisão de direitos fundamentais:

- “(1) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais);
- (2) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais)”.

Steinmetz (2001, p. 69), a princípio, afirma que os direitos fundamentais vivem em permanente tensão, limitando-se reciprocamente – ora um prevalecerá em detrimento do outro, ora o contrário. Sob outra ótica, subdivide as circunstâncias dos direitos fundamentais em casos fáceis ou duvidosos ou difíceis. Segundo esse autor, os choques entre direitos fundamentais exemplificam os casos difíceis e duvidosos. Assim se classificam, porquanto o que colide

“[...] são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige, sobretudo, a aplicação

do princípio da proporcionalidade e a argumentação *jus fundamentalis*.”

Virgílio Afonso da Silva se vale das teorias de Inocêncio Mártires Coelho, o qual se apoiou nas ideias de Bergmann Ávila, para sugerir que a colisão entre princípios, ou seja, entre direitos fundamentais, não possui embasamento e, portanto, só pode ser aparente. Consoante Silva,

“O fundamento da afirmação é simples: os princípios não possuem uma hipótese e uma consequência abstratamente determinada; se não há consequência determinada, não há como haver colisão. Mas esse pressuposto é falso, pois os princípios têm, sim, consequências abstratamente determinadas. A liberdade de expressão, por exemplo, é um princípio que deve ser realizado na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes. Ou seja, a liberdade de poder se exprimir deve ser otimizada. Diante disso, é fácil perceber que essa otimização pode colidir com a otimização do direito à privacidade, que também é um princípio. Há, portanto, poucos indícios de que a colisão aqui seja apenas aparente” (COELHO, 2000, p. 47-70 apud SILVA, 2003, p. 607-630).

Na visão de Bergmann Ávila (1999, p. 151-179 apud SILVA 2003, p. 607-630), o conflito é aparente pois a questão na aplicação dos princípios se encontra mais em reconhecer qual dos princípios será aplicável e qual a relação que mantêm entre si. Nesse contexto, todas as colisões são aparentes, exceto as irresolúveis, problema que deve ser discutido com base na distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo.

Ávila (Idem) prossegue, em aparente contradição, ressaltando haver quatro categorias de possibilidade de colisões entre princípios:

- “(1) a realização do fim instituído por um princípio leva à realização do fim determinado pelo outro: nesse caso,

não haveria que se falar em máxima medida, mas somente em realização na medida necessária.

- (2) a realização do fim instituído por um exclui a realização do fim determinado pelo outro: nesse caso, o problema só poderia ser solucionado com a rejeição de um dos princípios. Esse tipo de colisão seria, segundo ele, semelhante aos casos de conflito entre regras. Isso o leva a afirmar que 'a diferença não está no fato de que as regras devem ser aplicadas *no todo* e os princípios só na *máxima medida*. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente'.
- (3) a realização do fim instituído por um só leva à realização de parte do fim determinado pelo outro.
- (4) a realização do fim instituído por um não interfere na realização do fim buscado pelo outro."

Virgílio da Silva (2003, p. 607-630) discorda desse posicionamento de Ávila. Para aquele, apenas na segunda hipótese está configurada colisão de princípios. Nas outras três, não existe colisão e, como não o há, nada impede que eles sejam realizados na máxima medida. Na primeira, não cabe afirmar que o fato de que a realização de um princípio leve à realização de outro implicaria, como afirma Ávila, que o primeiro deva ser realizado apenas na medida necessária à realização do fim instituído pelo segundo. Tal afirmação pressupõe não apenas que o primeiro princípio exista exclusivamente em função do segundo, mas também que o primeiro seja só instrumento para a realização do segundo.

Ainda consoante Silva (Idem), quando Ávila classifica como colisão total entre princípios, a hipotética não realização de um princípio em nada se aproxima da solução dada ao conflito entre regras, pois o princípio afastado não é declarado inválido; por isso, não deixa de pertencer ao ordenamento jurídico. O que ocorre é

simples impossibilidade de aplicação de um dos princípios para a solução de problemas concretos, o que não significa que, em outros casos, o mesmo princípio afastado não possa ser aplicado e, mais importante, não possa inclusive prevalecer sobre aquele princípio que, no primeiro caso, prevaleceu sobre ele.

5. Considerações finais

Os direitos fundamentais são essenciais para se realizarem plenamente as atividades e as potencialidades do ser humano. Consoante Dalmo de Abreu Dallari (1998), "esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e participar plenamente da vida". Assim, é necessário que todos os indivíduos contem com as condições para seu desenvolvimento.

Nesse contexto, a colisão entre direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito de certo titular impede ou prejudica o exercício de outro direito de outro titular. Os conflitos sucedem, pois as normas de direito fundamental não se esgotam na teoria; assim, quando se concretizam na vida social, colidem.

O tema é de complexa resolução – primeiramente, porque não existe acordo quanto a se existem ou não conflitos entre direitos fundamentais; em seguida, porque estes estão expressos por normas constitucionais e possuem mesma hierarquia e força vinculativa.

No caso, torna-se fundamental delinear-se certa uniformidade das decisões envolvendo conflitos entre direitos fundamentais, em prol da unidade e da coerência do sistema; da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Referências

- ALEX, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BRITO, Bernardo de Azevedo. *Os Direitos humanos e a identidade cultural dos povos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/textos_dh_identidade.html>. Acesso em: 21 dez. 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. Direito constitucional de conflitos e protecção de Direitos fundamentais. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 125, n. 3823, p. 293-295, fev. 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo, 1998.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madri: Trotta, 1999.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Los Derechos fundamentales*. Madri: Tecnos, 2004.
- MENEGATTI, Christiano. *Colisão e renúncia de Direitos fundamentais: uma nova perspectiva*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/33694>>. Acesso em: 25 fev. 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: introdução à teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. t. 2.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. (Coleção Teoria & Direito Público)
- _____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, São Paulo, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

O foro constitucional para julgamento criminal de magistrados aposentados

Leonardo Henrique Mundim Moraes
Oliveira

Sumário

1. O surgimento da questão. 2. A relevância constitucional do tema. 3. O histórico da vitaliciedade do cargo. 4. Diferença entre “estabilidade NO cargo” e “vitaliciedade DO cargo”. 5. O fundamento da vitaliciedade do cargo. 6. O direito infraconstitucional brasileiro convive há décadas com a extensão de prerrogativas para depois da aposentadoria. 7. Conclusão.

O Supremo Tribunal Federal analisa há três anos – a primeira parte do julgamento ocorreu em outubro/2007 – um tema novo e de profundo interesse constitucional, cujo desfecho poderá causar significativa repercussão na compreensão jurídico-institucional de certas carreiras típicas de Estado.

Trata-se da questão da competência judicial para o julgamento de Magistrados aposentados, no tocante a infrações penais comuns, que chegou ao STF versada nos recursos extraordinários 549560 e 546609.

O cerne do debate consiste em definir se, advinda a aposentadoria do Magistrado, mantém-se ou cessa para ele, em face da garantia constitucional da vitaliciedade do cargo, a prerrogativa de foro (ou foro privilegiado, na visão de parte da doutrina) estabelecida nos arts. 102, I, ‘b’ e ‘c’, 105, I, ‘a’, 108, I, ‘a’ da Constituição Federal de 1988¹.

Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira é Advogado, Professor-titular do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Especialista em Análise da Constitucionalidade (UnB/UNILEGIS).

¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Na-

A observância das regras de competência para julgamento criminal, vale destacar, é atualmente enquadrada na especial categoria dos “direitos humanos”, por constar do art. 8º, I, da “Convenção Americana de Direitos Humanos” – o chamado Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional ao qual o Brasil aderiu oficialmente por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

1. O surgimento da questão

A análise da intrigante questão teve início na 1ª Turma do STF, que decidiu afetar os recursos ao julgamento ao Plenário, como sói ocorrer com temas relevantes e emblemáticos por força do art. 11, inc. I, do Regimento Interno da Corte².

Na ocasião, segundo noticiado pela assessoria de imprensa do Tribunal, afirmou o saudoso Ministro Menezes Direito:

“No entanto, o ministro Menezes Direito levantou questão referente ao

cional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; ... Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; ... Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais: I – processar e julgar, originariamente: a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;”

²“Art. 11. A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta: I – quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento;”

conceito de vitaliciedade entendida pelo STJ que, segundo ele, contradiz a interpretação da palavra ‘vitalício’ contida na Constituição. Conforme Direito, a vitaliciedade não significa só o limite temporal, mas sim ‘o estado de coisas que dura a vida inteira e uma delas pode ser a prerrogativa por função que é inerente ao próprio magistrado’”.

Prosseguiu o Em. Magistrado, advertindo:

“Se nós não dermos nenhuma consequência à expressão vitalício, nós estamos entendendo que esse vocábulo é inútil na Constituição”.

Em fevereiro de 2008, quando o assunto começou a ser julgado pelo Plenário, noticiou-se mais um sábio argumento do Em. Ministro Menezes Direito:

“Para Menezes Direito, se o magistrado responde por delitos supostamente praticados no exercício da atividade judicante, a vitaliciedade assegurada constitucionalmente impõe o respeito à prerrogativa de foro, também prevista na Constituição.”

E recentemente, em maio de 2010, retomado o julgamento, informou o STF o posicionamento do Em. Min. Eros Grau, nos seguintes termos:

“Em breve voto, lido na tarde desta quinta-feira (6), o ministro Eros Grau ressaltou que a prerrogativa é do cargo, e não da função. ‘O cargo de magistrado é vitalício, perdura pela vida inteira’, disse. ‘Essa é um prerrogativa que eu considerarei não em meu benefício, pessoa física de Eros Grau, mas da função que exerço hoje com muita coragem para enfrentar qualquer adversidade. Essa é uma prerrogativa do meu cargo, não um privilégio’, completou.”

O julgamento foi então suspenso, para que se aguarde outro oportuno momento de continuidade, estando completa a composição da Corte.

2. A relevância constitucional do tema

O pano de fundo é exatamente a interpretação do conceito e a perquirição da abrangência da “vitaliciedade” do cargo de Magistrado, prevista no art. 95, I, da Constituição Federal de 1988 como uma das mais importantes “garantias da Magistratura”:

“Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I – *vitaliciedade*, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;”

3. O histórico da vitaliciedade do cargo

Com efeito, a *vitaliciedade do cargo* é atributo e garantia reconhecida à Magistratura por toda a história constitucional brasileira, desde a Constituição Imperial de 1824 – a qual, aliás, usava a interessante frase “os juízes de direito serão perpétuos”³.

A implementação de tal atributo/garantia depende, para os Juízes de primeiro grau, de alguns fatores: a) a participação em curso oficial ou reconhecido de formação e aperfeiçoamento (Constituição Federal, art. 93, VI); e b) pelo menos dois anos de efetivo exercício do cargo, durante os quais será avaliado (CF, art. 95, I).

Para os Ministros do STF e de Tribunais superiores, bem como para Desembargadores oriundos da Advocacia e do Ministério Público, a Constituição assegura o imediato vitaliciamento, porque sua nomeação já tem como pré-requisitos a aferição de notório saber jurídico e reputação ilibada, tornando desnecessário o subsequente período de avaliação.

³ “Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar.”

4. Diferença entre “estabilidade NO cargo” e “vitaliciedade DO cargo”

O instituto da vitaliciedade dos Magistrados foi reafirmado na Emenda Constitucional 45/2004, que deu nova redação ao art. 93, IV, para estabelecer a frequência do Juiz de primeiro grau a curso de formação e aperfeiçoamento como “etapa obrigatória do processo de vitaliciamento”.

Observa-se portanto que o legislador constitucional reiterou, em sede de emenda, a diferença existente entre o *processo de aquisição de estabilidade* – deferida aos servidores públicos em geral – e o *processo de vitaliciamento* – reconhecido à categoria dos Magistrados.

Tanto a *estabilidade quanto a vitaliciedade têm, entre suas consequências, a exigência (como um dos motivos possíveis) de sentença judicial para a perda do cargo*. Por isso a utilização de palavras diferentes – *estabilidade* para alguns agentes públicos, *vitaliciedade* para outros – traz distinção nos respectivos conteúdos, e não meramente na forma.

Na antropologia, os cientistas ainda procuram o chamado “elo perdido”, um ser que traria diversas evidências da evolução e de cujo estudo acredita-se que advirão muitas respostas. Na Constituição Federal de 1988, esse “elo perdido” entre a *estabilidade* e a *vitaliciedade* – que permite diversas conclusões – *existe*: é o art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que regulamenta a situação jurídica dos chamados “Juízes togados de investidura limitada no tempo”, dispendo:

“Art. 21. Os juízes togados de investidura limitada no tempo, admitidos mediante concurso público de provas e títulos e que estejam em exercício na data da promulgação da Constituição, *adquirem estabilidade*, observado o estágio probatório, e passam a compor *quadro em extinção*, mantidas as competências, prerrogativas e restrições da legislação a que se achavam submetidos, salvo as inerentes à transitoriedade da investidura.”

O legislador constitucional, portanto, bem demonstrou no supracitado artigo que os juízes podem deter apenas *estabilidade*, cuja aposentadoria – malgrado regida pelas mesmas regras gerais previdenciárias dos juízes estaduais – implicará, na prática, como ocorre com os demais servidores públicos em geral, o *rompimento* do vínculo com o cargo ocupado.

Mas quanto aos Juízes que não estejam sob investidura *ad tempore*, estes detêm a *vitaliciedade* (=por toda a vida, ou “perpétuos” na dicção direta da Constituição de 1824), e portanto detentores dos predicados gerais inerentes ao cargo até o seu falecimento, ainda que antes do fim da vida ocorra a aposentadoria (o descanso) facultativa por tempo de contribuição ou obrigatória pelo alcance de idade.

Se a Constituição previu o instituto da vitaliciedade e previu também o instituto da aposentadoria (inclusive a compulsória), ambos devem conviver. Ensinam em doutrina Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2007, p. 107), ao tratarem do *princípio da unidade da Constituição*:

“Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído pela própria Constituição. Em conseqüência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – lembre-se o círculo hermenêutico – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes. (...)”

Registre-se, ainda, que a rigor esse princípio compreende e dá suporte, se não a todos, pelos menos à grande maioria dos cânones da interpretação

constitucional, porque ao fim das contas ele otimiza as virtualidades do texto da Constituição, de si naturalmente expansivo, permitindo aos seus aplicadores construir as soluções exigidas em cada situação hermenêutica.”

A aposentadoria de juízes vitalícios não aparece como modo de encerramento da “vitaliciedade”, pois as únicas coisas que podem encerrar o que se caracteriza como *vitalício* são a morte ou a renúncia – e esta última no caso seria descabida e ineficaz, já que a real titular da garantia é a própria instituição da Magistratura, como forma de proteção aos seus valores e aos seus pilares.

5. O fundamento da vitaliciedade do cargo

Para De Plácido e Silva (1999, p. 870), “vitalício” vem de “vital (referente à vida, ou concernente à vida)”, designando genericamente “a situação de tudo o que perdura por uma vida, ou que tem eficácia durante a vida de uma pessoa.”

Sabidamente há motivos para que a Constituição tenha assegurado aos Magistrados a prerrogativa da *vitaliciedade*. Não o fez inutilmente pois, como já lembrava o Ministro aposentado do STF Carlos Maximiliano (1999, p. 251): “*interpretatio in quacumque dispositione ne sic facienda, ut verba non sint superflua, et sine virtute operandi*”, ou, em vernáculo, “interpretam-se as disposições [das normas jurídicas] de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa”.

Num sistema democrático, como bem afirmou o Em. Min. Eros Grau, a vitaliciedade aparece não como um “privilégio”, e, sim, como garantia necessária para que se assegure a independência e a imparcialidade tão fulcrais aos Magistrados, que figuram no sistema brasileiro (à semelhança do norte-americano) como “último baluarte” para defesa dos direitos das pessoas naturais e jurídicas, e até dos entes estatais,

já que os embates entre Legislativo e Executivo não raro são resolvidos pelo Judiciário.

Alexandre de Moraes (2004, p. 466) ratifica:

“4.4 Garantias do Poder Judiciário

As garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário têm assim como condão conferir à instituição a necessária independência para o exercício da Jurisdição, resguardando-a das pressões do Legislativo e do Executivo, não se caracterizando, pois, os predicamentos da magistratura como privilégio dos magistrados, mas sim como meio de assegurar o seu livre desempenho, de molde a revelar a independência e autonomia do Judiciário. Hamilton, no Federalista, comparava as garantias dos juízes às do Presidente da República norte-americana. Dizia que os juízes, por serem vitalícios, necessitam de garantias mais fortes e duradouras que o Presidente.”

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira (1999), professor de Direito Processual Penal e Criminologia, modestamente finaliza:

“[...] as garantias da magistratura são os instrumentos constitucionais postos à disposição do magistrado destinados a protegê-lo de eventuais retaliações ou manipulações que a atividade por ele desenvolvida pudesse ocasionar. O autêntico labor judicial, por vezes, contraria interesses político-econômicos muito fortes que, naturalmente, poderão voltar-se contra a pessoa do juiz. Sem tais garantias e prerrogativas legais, o juiz fatalmente ficaria à mercê de condutas vingativas. Em derradeira análise, as garantias da magistratura visam proteger o exercício da função jurisdicional.”

Em audiência pública perante a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluzo, debateu proposta destinada

a extinguir a prerrogativa de foro na Constituição, ocasião em que sabiamente afirmou:

“Não encontro nenhuma razão forte – salvo a intenção de tratar a todos igualmente em uma democracia – para eliminar essa prerrogativa. Isso é uma prerrogativa de função, e não um privilégio. *Trata-se de um instituto de garantia máxima de imparcialidade no julgamento de autoridades nos casos de crimes comuns, de forma a se evitar pressões para sua absolvição ou condenação.*”

De fato, sendo o Poder Judiciário a derradeira salvaguarda na defesa dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, e necessitando os Magistrados que lhes sejam asseguradas condições de independência e neutralidade para lidar corajosamente com os mais astutos e poderosos interesses políticos e econômicos, inclusive do crime organizado, é natural imaginar que os Juízes precisam dessa segurança não apenas enquanto estiverem no efetivo exercício do cargo.

Precisam, com toda certeza, vislumbrar e razoavelmente se certificarem de que a mesma tranquilidade perdurará no pós-exercício, ou então não lhes valerá realmente a pena – nem para si nem para a família – agir com a peculiar desenvoltura, prestando contas terrenas unicamente à ordem jurídica. Qual a garantia de que as vinganças – incluindo inquéritos policiais e instauração de processos criminais descabidos – não virão a acontecer depois da aposentadoria do Juiz?

Seria incongruente, *data venia*, que o Estado e a sociedade exigissem do Magistrado tamanha força, abnegação e altruísmo em prol da democracia e da prevalência soberana do Direito – o que não se compara ao grau de exigência feita a qualquer outro agente público –, e depois o abandonassem à própria sorte, considerando simplesmente “rompido” consigo o vínculo do cargo, após o ato da aposentadoria.

No recurso em mandado de segurança nº 5595/RJ, julgado no ano de 1958, o Ple-

nário do Supremo Tribunal Federal decidiu à unanimidade, em acórdão lavrado pelo Em. Ministro Cândido Motta:

“VITALICIEDADE – EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO A DETERMINADOS JUÍZES – ART. 95, §3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A vitaliciedade alcança o indivíduo, e é assim, para a própria garantia do Judiciário. Os Juízes com atribuições limitadas na forma do §3º do art. 95 da Constituição não se valem da vitaliciedade.”

A vitaliciedade do cargo de Magistrado, portanto, é garantia que produz – e precisa produzir, pelo bem da cidadania – efeitos durante toda a vida do Magistrado.

6. O direito infraconstitucional brasileiro convive há décadas com a extensão de prerrogativas para depois da aposentadoria

A tese da manutenção de prerrogativas para depois da aposentadoria é vigente há pelo menos quarenta anos no direito infraconstitucional brasileiro.

Isso ocorre no âmbito do serviço público militar, como se vê do art. 13 do Decreto-Lei 1.001/1969 – Código Penal Militar (CPM):

“Militar da reserva ou reformado

Art. 13. O militar da reserva, ou reformado, conserva as responsabilidades e prerrogativas do posto ou graduação, para o efeito da aplicação da lei penal militar, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar.”

Até mesmo para a instauração de inquérito policial militar, o militar da reserva ou reformado não pode ser submetido a quem detém graduação inferior, como se vê do art. 7º, §§1º e 2º do Decreto-Lei 1.002/1969 – Código de Processo Penal Militar (CPPM):

“Art. 7º [...]

Delegação do exercício

1º Obedecidas as normas regulamentares de jurisdição, hierarquia e comando, as atribuições enumeradas

neste artigo poderão ser delegadas a oficiais da ativa, para fins especificados e por tempo limitado.

2º Em se tratando de delegação para instauração de inquérito policial militar, *deverá aquela recair em oficial de posto superior ao do indiciado, seja este oficial da ativa, da reserva, remunerada ou não, ou reformado.*”

Destaque-se que, nos casos acima, sequer há previsão na Constituição Federal para essa “conservação de prerrogativas” do art. 13 do CPM, ou para essa “obrigatoriedade de posto superior” no procedimento inquisitório do art. 7º, §2º, do CPPM.

Na verdade, tais normas se sustentam no mundo jurídico unicamente por causa de seu conteúdo: não faz bem ao pleno e íntegro exercício do Comando, durante a ativa, que o Oficial tenha em mente que estará submetido, com a reserva ou a reforma, ao julgamento criminal por um órgão diferente daquele especial que o julgaria na ativa, quicá por alguém que já tenha sido por ele desagradado.

Da mesma forma com os Magistrados: não faz bem ao independente, livre e corajoso exercício da Magistratura que o Juiz tenha em mente que estará submetido, com a aposentadoria, ao julgamento criminal por um órgão diferente daquele especial que o julgaria na ativa. Com uma diferença a favor dos Juízes: a garantia da *vitaliciedade do cargo* vem expressa na própria Constituição Federal, coisa que não existe, pelo menos em sede constitucional, para os militares.

Outras situações poderiam ser aqui elencadas, como por exemplo a norma do art. 16, parágrafo único, do Regimento Interno do STF, cujo conteúdo vige desde as primeiras edições:

“Art. 16. Os Ministros têm as prerrogativas, garantias, direitos e incompatibilidades inerentes ao exercício da magistratura.

Parágrafo único. Receberão o tratamento de Excelência, *conservando o título e as honras correspondentes,*

mesmo após a aposentadoria, e usarão vestes talares, nas sessões solenes, e capas, nas sessões ordinárias ou extraordinárias.”

Vale destacar que a Constituição Federal de 1988, ao conceder ao Ministério Público renovada estatura e uma gama enorme de atribuições umbilicalmente ligadas à preservação do Estado Democrático de Direito, houve por bem assegurar, no art. 128, §5º, I, 'a', também a garantia da vitaliciedade do cargo para os Membros do *Parquet*.

7. Conclusão

A comunidade jurídica está atenta e já debate intensamente a sobranceira análise que vem sendo empreendida pelo Supremo Tribunal Federal, em tema que nunca foi ali direta e especificamente enfrentado, e donde se definirá a força normativa e operacional, no sistema jurídico-processual-penal, da garantia da vitaliciedade do cargo que é deferida, por justos motivos, aos membros da Magistratura.

Parece-nos, sem embargo das abalizadas opiniões divergentes, acertada a tese de que a competência judicial estabelecida na Carta para o julgamento criminal de Magistrados prossegue após a sua aposentadoria facultativa ou compulsória, encontrando amparo no espírito constitucional.

Referências

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 25 mar. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 9 jul. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 9 jul. 2010.

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 9 nov. 1992. Seção 1.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 21 out. 1969. Seção 1.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, 21 out. 1969. Seção 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança nº 5595*. Relator Ministro Cândido Motta. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=106027>>. Acesso em: 9 jul. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Brasília, fev. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_fevereiro_2010.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2010.

CCJ: Peluso reprova fim de foro e defende férias de 60 dias. *Jornal do Senado*, Brasília, 13 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/noticia.asp?codEditoria=26&dataEdicaoVer=20100513&dataEdicaoAtual=20100719&nomeEditoria=Senado&codNoticia=96430>>. Acesso em: 9 jul. 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

NOTÍCIAS STF: Foro por prerrogativa de função na aposentadoria de magistrados será tema de julgamento pelo Plenário do STF. 23 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75087&caixaBusca=N>>. Acesso em: 9 jul. 2010.

NOTÍCIAS STF: STF definirá se magistrado aposentado tem direito a foro especial. 20 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=83221&caixaBusca=N>>. Acesso em: 9 jul. 2010.

NOTÍCIAS STF: Suspensão julgamento em que STF definirá se magistrado aposentado tem direito a foro especial. 06 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125979&caixaBusca=N>>. Acesso em: 9 jul. 2010.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Garantias da magistratura e independência do Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 29, mar. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=245>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Política de cotas para pessoas com deficiência

Mitigação ao princípio da isonomia?

Wilton Santos Souza

Sumário

1. Introdução. 2. Isonomia: conteúdo jurídico. 2.1. A isonomia como igualdade formal. 2.2. A isonomia como igualdade material. 3. Política de cotas. 3.1. Causas legitimadoras de aplicabilidade. 3.1.1. Fator de discriminação. 3.1.2. Minorias sociais. 4. As pessoas com deficiência e a política de cotas. 5. Direito de afirmação e tratamento isonômico. 6. Considerações finais.

1. Introdução

A presente investigação nasce do corte epistemológico adiante descrito. Toma-se como referência mais remota o Estado Brasileiro. Deste se extrai uma parcela das inúmeras posturas estatais cabíveis, qual seja, aquela relativa às políticas sociais de caráter afirmativo. Entre tais mecanismos, promove-se a fixação do olhar científico diante das políticas de cotas. Em face da existência de diversas minorias, promove-se a opção pelas pessoas com deficiência.

Perante o objeto em análise, coloca-se o princípio constitucional da isonomia. Faz-se, pois, o seguinte questionamento: o princípio da isonomia é mitigado pela aplicação das políticas de cotas para inserção das pessoas com deficiência? Tem-se como respostas prováveis a tal problema três hipóteses. São elas: Sim. A política de cotas em favor das pessoas com deficiência mitiga o princípio da isonomia, tendo em vista a patente violação do preceito de que

Wilton Santos Souza é Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana/BA (UEFS).

Artigo baseado em trabalho monográfico produzido sob orientação do professor José Lima de Menezes da Universidade Estadual de Feira de Santana - UEFS, Mestre em Direito pela UFPE, Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e Acadêmico ocupante da Cadeira de nº 10 da Academia de Educação de Feira de Santana/BA.

todos, sendo humanamente iguais, são merecedores de semelhante tratamento, sendo, pois, ilegítimo, qualquer critério distintivo entre cidadãos. Sim. A política de cotas em favor das pessoas com deficiência mitiga o princípio da isonomia, por desrespeitar a garantia constitucional da igualdade de todos perante a lei (Art. 5º, *caput* da CF/88). Não. As cotas para pessoas com deficiência não mitigam o princípio da isonomia, por promoverem diferenciações legítimas, embasadas e limitadas pela maior dificuldade no acesso a bens e oportunidades, com vistas à construção de uma equiparação real.

Essas são as premissas norteadoras do estudo desenvolvido, em função do objetivo-mor de contribuição, com esta análise, no mapeamento dos pontos de afronta, ou de compatibilidade entre o princípio da isonomia e a política de cotas em favor de pessoas com deficiência.

Para fiel cumprimento de referidas metas, mostra-se necessária a análise do conteúdo jurídico da igualdade, mediante a abordagem dicotômica entre igualdade formal e igualdade material; a investigação acerca das minorias sociais (conceitos e critérios de identificação), com destaque para o grupo das pessoas com deficiência e as características passíveis de ensejar uma política afirmativa em seu favor e o estudo da temática “ações afirmativas”, mediante uma abordagem de seus princípios e fundamentos de justificação.

Uma atividade investigativa com tal temática apresenta grande relevância, ante a escassez de estudos especificamente direcionados aos grupos de pessoas com desvantagem em razão da compleição corporal, sensorial ou mental. Pode-se constatar a existência de algumas pesquisas acerca do princípio da isonomia e, em número ainda menor, outras voltadas estritamente à descrição das dificuldades enfrentadas por deficientes. Também não é incomum deparar-se com uma abordagem combinada entre igualdade e minorias raciais, ante as polêmicas nascidas com a

reserva de vagas para negros e a conseqüente influência midiática. A constatação não é a mesma quando se fala em entender a relação da condição de deficiência e o preceito igualitário. Com isto, referido grupo minoritário fica relegado ao segundo plano, na condição de não merecedor de atenção por parte do meio científico, dos meios de comunicação e da sociedade.

Mantém-se em pauta, tão-somente, questões afeitas à acessibilidade das pessoas com deficiência a prédios públicos, portais de internet e outros serviços comunitários. Não significa que tais discussões sejam destituídas de importância. Entretanto, esquece-se de ir além do foco assistencialista e alcançar a dimensão das políticas positivas, direcionadas à efetiva inclusão dos indivíduos.

O campo nacional de estudos jurídicos reclama trabalhos com aptidão a preencher essa lacuna, há muito tempo presente na doutrina pátria. Neste contexto é que se insere o presente artigo, na condição de alternativa à compreensão das relações entre o princípio constitucional da isonomia e o acesso aos bens sociais por meio de cotas. Abre-se ainda a oportunidade de futuros trabalhos científicos com semelhantes bases.

Para essa empreitada, opera-se uma revisão bibliográfica, mediante a consulta de *sites* da *world wide web*, livros, artigos e textos legislativos brasileiros e de organizações internacionais. Faz-se uma imersão específica no postulado constitucional de tratamento igualitário. São expostos o conteúdo jurídico da isonomia e as dimensões de igualdade formal e material.

Adentra-se às políticas de cotas, com a manifestação das suas causas legitimadoras de aplicabilidade (minorias e fator de diferenciação) e o direito de afirmação e o tratamento isonômico. Com tal estruturação, tem-se por possibilitado àquele que entra em contato com o texto as noções necessárias à construção de uma resposta à situação-problema proposta.

2. Isonomia: conteúdo jurídico

A igualdade é noção articulada no curso da história, em meio a reflexões eminentemente éticas e filosóficas, utilizada desde os primórdios na solução de situações controversas da vida social. Apesar de já ancorar tal fim buscado pelo direito, não se tem, até a Revolução Francesa, a expressa inclusão da isonomia em um diploma jurídico ocidental. Apenas em 1789, no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tem-se por objetivada, como postulado normativo, a premissa de que todos os homens nascem em condição de plena liberdade e igualdade e apenas têm o dever de tolerância às distinções sociais fundadas na utilidade comum. A partir de então, todas as cartas políticas modernas fizeram constar, progressivamente, a necessidade de tratamento igualitário às pessoas como dispositivo constitucional (ATCHABAHIAN, 2004, p. 14).

Como se depreende do texto insculpido à referida Declaração dos Direitos promulgada em fins do século XVIII, a revolução da burguesia francesa foi também o marco inaugural da cristalização da igualdade desvinculada de privilégios pessoais ou de hierarquias entre classes sociais. O cenário da antiguidade até o renascimento tivera justamente como característica a existência dos chamados três “estados”, respectivamente correspondentes ao clero, à nobreza (ambos submetidos a regras especiais de direito) e ao povo (com relações guiadas pelo direito comum) (Idem, p. 14-15). É com a Revolução Francesa que se observa um gradual rompimento de um padrão de transferências de prestígios e privilégios amparados no “berço de nascimento” ou linhagem familiar, prevalentes durante a vigência do modelo absolutista de Estado (SILVA JÚNIOR, 2003, p. 102). A esse respeito, o art. 6º da mencionada declaração é ainda mais expresso, ao trazer a afirmativa de igualdade de todos aos olhos da lei e a possibilidade de ocupação de todas as

dignidades, empregos e lugares públicos segundo a capacidade de cada um. Fixa-se a impossibilidade de distinções no acesso a oportunidades, senão em razão das virtudes e dos talentos pessoais (ATCHABAHIAN, 2004, p. 15). É esse, pois, o primeiro marco em que a isonomia é erigida à condição de integrante constitucional e adquire uma existência jurídica além do seu conteúdo político-ideológico.

“A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. *Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes* (MELLO, 2008, p. 10, grifo nosso).”

Há quem afirme não ser o documento produzido pelos revolucionários franceses o primeiro diploma a objetivar a ideia da isonomia. Larga corrente de doutrinadores atribui à Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, o primeiro ato de objetivação do princípio da igualdade. Tantos outros pensadores reconhecem o *Bill of Rights* da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, ambos de 1776 (MADRUGA, 2005, p. 29-30).

“Outros autores reconhecem que, em verdade, foi na América que pela primeira vez os textos constitucionais consagraram o princípio da igualdade, a começar pelo *Bill of Rights* da Virgínia, em 1776, constando no art. 1º: *‘Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais ao entrarem em sociedade não podem, por qualquer forma, privar ou desinvestir a sua posterioridade [...]’*. Também na Declaração de Independência dos Estados da América, de 4 de julho de 1776, registrou-se no art. 1º: *Todos*

os homens nasceram livres e iguais, e têm certos direitos naturais, essenciais, e inaliáveis, e entre eles se deve contar primeiramente o direito de gozar a vida e liberdade, e o de defender uma e outra [...]. Dessa forma, não caberia à França a consagração constitucional do princípio isonômico, restando-lhe, tão somente, o enunciado que, por ser mais conhecido, tornou-se mais influente, como sustenta Martim de Albuquerque” (Idem, p. 30, grifo nosso).

Em que pese a existência de divergências, é cediço que o princípio da igualdade, ao ser fixado expressamente nas Cartas Magnas dos Estados Modernos, alcançou uma função dúplice de orientação aos aplicadores e elaboradores dos textos legais e de consequente garantia para os nacionais. Compreende-se que não somente perante a norma já construída se proporciona o nivelamento dos indivíduos; o seu processo de edição também está sujeito ao dever de tratamento equânime às pessoas (MELLO, 2008, p. 9). Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, esclarece que a limitação à inserção de conteúdo contrário ao fim de igualdade é dada pelo próprio ordenamento.

“[...] os órgãos aplicadores do Direito somente podem tomar em conta aquelas diferenciações que sejam feitas nas próprias leis a aplicar. Com isso, porém, apenas se estabelece o princípio, imanente a todo o Direito, da juridicidade da aplicação do Direito em geral e o princípio imanente a todas as leis da legalidade da aplicação das leis, ou seja, apenas se estatui que as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas. Com isto, porém, nada mais se exprime senão o sentido imanente às normas jurídicas. *Uma decisão judicial pela qual uma pena prevista na lei a aplicar não é imposta simplesmente porque o delinqüente é um branco e não um*

negro, um cristão e não um judeu, embora a lei não tome em conta, na determinação do fato delituoso, a raça ou a religião do delinqüente, é anulável como contrária ao Direito pelo mesmo fundamento com que seria anulável uma decisão judicial na qual se aplicasse uma pena a um indivíduo que não cometeu qualquer delito determinado por lei e verificado pelo tribunal, ou pelo mesmo fundamento com que é anulável uma decisão judicial em que se imponha a um indivíduo que cometeu um delito uma pena não prescrita em lei. A inconstitucionalidade da decisão não representa, nesse caso, qualquer fundamento de anulação e de nulidade diferente do da legalidade”. (KELSEN, 2000, p.158-159, grifo nosso).

A inserção da disposição isonômica na Constituição, mormente na condição de proteção ao cidadão contra condutas arbitrárias e de consecução de paridade de chances sociais, promoveu-a à condição de direito humano-fundamental. Tem-se, nesse contexto, uma bifurcação da igualdade em duas dimensões, a formal e a material, consolidadas em momentos históricos distintos e, portanto, ocupantes de gerações distintas, conforme o corrente critério classificatório (SARLET, 2006, p. 25).

2.1. A isonomia como igualdade formal

A isonomia, em sua dimensão formal, é a primeira expressão do princípio da igualdade aportada às Declarações de Direitos e às Cartas Constitucionais (MADRUGA, 2005, p. 32). Diretamente influenciada pelo modelo de Estado Liberal, cuja postura se caracteriza pelo não intervencionismo nos domínios econômico, social e cultural, manifesta-se num tratamento equiparado de todas as pessoas, sem quaisquer distinções, ou seja, todos os indivíduos são abstratamente tomados de modo uniforme. Não significa que se tem por desconhecidas as desigualdades no meio social, e sim que estas não são consideradas relevantes para um tratamento jurídico diferenciado (TA-

BORDA, 1998, p. 255). Tal contexto histórico, associado à emergência da igualdade formal, é traduzido por Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 36), nos seguintes termos:

“A sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas idéias-chave a noção de neutralidade estatal, que se expressa de diversas maneiras: não intervenção em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. [...]”

Como reflexo do cenário de desenvolvimento da igualdade formal, José Joaquim Gomes Canotilho a denomina de igualdade liberal e a define como um pressuposto para a uniformização do regime de liberdades individuais a favor de todos os cidadãos perante um ordenamento jurídico. Em seguida, sugere outra nomenclatura, a de igualdade na aplicação do direito, segundo a qual as leis devem ser executadas sem olhar aos indivíduos (CANOTILHO, 2003, p. 426). Deve-se, pois, tratar a todos conjuntamente em desconsideração de eventuais traços distintivos aferíveis em circunstâncias de fato. A lei não está autorizada a proclamar exceções, a partir do favorecimento ou privilégio a indivíduos ou grupos. O sistema jurídico é concebido como o mesmo para todos e, assim, a lei deve garantir iguais sacrifícios, proteções, recompensas e castigos (ATCHABAHIAN, 2004, p. 15).

O princípio da igualdade, enquanto reconhecido direito fundamental, reclama a sua correta contextualização como meio para o alcance de sua natureza jurídica. Os direitos fundamentais se encontram repartidos em três gerações ou dimensões, conforme o momento histórico de desenvolvimento e natureza do conteúdo que veiculam. Neste momento, é bastante a análise dos direitos de primeira geração, aqueles cuja efetivação independe de qualquer postura estatal específica, para tal fim, tendo-se como suficiente uma conduta de abstenção ou de tolerância. Caracteriza-se por ter como pano de fundo o pensamento

burguês do século XVIII, que serviu de sustentação ao Estado Mínimo. É nesse sentido a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 56):

“Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito do seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São por este motivo apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’”.

A igualdade perante a lei situa-se justamente no rol de direitos de primeira dimensão, haja vista a suficiência de uma postura omissiva para a sua concretização. Não se perfaz necessário que o ente estatal atue, uma vez que se trata de um postulado já tomado como verdadeiro. Ora, se a lei toma como já existente a situação de igualdade entre todos, logicamente não é preciso qualquer postura para a sua realização. Tal compreensão é novamente ratificada com base nos pensamentos de Wolfgang Sarlet (Idem, grifos nossos):

“Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à *igualdade perante a lei*. São posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação,

reunião, associação, etc.) e pelos direitos e participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. *Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nesta categoria”.*

A primeira oportunidade em que a ordem constitucional brasileira contemplou a igualdade em sua acepção formal foi já na primeira Carta, em 1824 (ATCHABAHIAN, 2004, p. 56), quando se teve por insculpida a seguinte disposição:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.[...] XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. (BRASIL, 1824, grifo nosso).

A partir de então, todas as constituições fizeram constar expressamente a garantia de igualdade formal entre os cidadãos, inclusive as produzidas durante a ditadura vivida no país. De modo que a Carta suprema de 1988, ao seu art. 5º, preceitua: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

2.2. A isonomia como igualdade material

A isonomia, como igualdade material, surge com o rompimento do modelo de Estado liberal e a proclamação da necessidade de intervencionismo no domínio social. O caráter abstencionista, até então

vigente, acabara por fomentar a acumulação de capitais, com uma imediata redução das possibilidades de livre concorrência, e aumento nos índices de pobreza. O pós Primeira Guerra e a Crise de 1929 se apresentam como ratificadores de tal tendência de fracasso de referido modelo estatal, alheio às inúmeras desigualdades observáveis na sociedade (MADRUGA, 2005, p. 34).

O Estado inicia uma tendência de direcionamento da economia e suprimento de muitas de suas obrigações sociais antes desconsideradas (SARLET, 2006, p. 56). Tal mudança de paradigma vem retratada nas Constituições Mexicana e de Weimar, mediante a inserção de inúmeros direitos sociais, a exemplo da proteção ao trabalho, garantia de salário mínimo, desenvolvimento econômico baseado em justiça social, proteção aos menores e às mulheres, entre outros pioneiramente objetivados em tais diplomas constitucionais. Mostra-se uma tendência de consecução de bem-estar, não somente às elites econômicas, mas, também, aos grupos menos favorecidos. Denomina-se, pois, a nova figura estatal, surgida do fracasso do liberalismo, de Welfare State ou Estado do Bem-Estar Social. O funcionamento da economia passa a se condicionar não mais apenas aos interesses estritamente individuais e sim ao postulado de construção de riqueza guiado pela finalidade de justiça social (MADRUGA, 2005, p. 35).

Além da inserção nas Cartas Políticas, os entes estatais, pressionados por movimentos reivindicatórios, compreendem a necessidade de realização, no plano concreto, de todos os direitos manifestados. Percebe-se como insuficiente, e de atuação lacunosa, a mera emissão, nas cartas políticas, de ideais para a vida em sociedade, sem qualquer atitude pró-ativa e de preocupação com a efetiva realização do quanto proferido e formalizado.

“Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduziu na crença de que

a mera introdução nas respectivas Constituições de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei de todos os grupos étnicos da Nação seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas” (GOMES, J., 2001, p. 36).

Não se toma por bastante a fiel execução do postulado clássico de igualdade formal, segundo o qual a todos deve ser dispensado o mesmo tratamento, diante da situação paritária de todos perante a lei. Assim sendo, não se atingiria o objetivo de correção das iniquidades acumuladas durante o período não-intervencionista e se teria por conservada a estrutura social vigente. A esse respeito, J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 427-428) é expresso: “Exige-se uma igualdade material através da lei, devendo tratar-se por ‘igual o que é igual e desigual o que é desigual’. Diferentemente da estrutura lógica formal de *identidade*, a *igualdade* pressupõe diferenciações”.

O despertar para a igualdade substancial coincide com uma tomada de consciência no sentido de efetivação das premissas já objetivadas e ampliação do raio de atuação do Estado na garantia de direitos. Mostra-se uma tendência de retirar a igualdade da estática posição formal e conceder-lhe, progressivamente, uma feição dinâmica e atenta às dissimilaridades presentes nas relações em sociedade (ATCHABAHIAN, 2004, p. 76).

Desde o pensamento aristotélico, já se tem como suscitada a necessidade de consideração das diferenças, na busca pela igualdade real. Isso decorre do postulado teórico de que a justiça reside num tratamento igualitário entre pessoas iguais e na consideração desigual de indivíduos diferentes (ARISTÓTELES, 1985, p. 92). Em outras palavras, representa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais (MELLO, 2008, p. 10).

“De todas as formas, o que se busca atualmente é um tratamento mais parificado, partindo-se do pensamen-

to Aristotélico. Assim, procedendo caracteriza-se, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, o tratamento igualitário a todos, visto que muitas vezes o tratamento desigual acaba por equiparar situações onde a equiparação era necessária, mas não existia” (ATCHABAHIAN, 2004, p. 76).

Ocorre que não se vai adiante com tal premissa diante do imediato questionamento: Enfim, quem são os iguais e quem são os diferentes? E segundo quais critérios? Ou, segundo Canotilho (2003, p. 428): “[...] o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade?”. Disso resulta um verdadeiro vazio conceitual, visto que essa fórmula isonômica não traz consigo um juízo de valor apto a identificar a presença de igualdade ou desigualdade e assim reclama um elemento integrador. A resposta, sem dúvida, nasce na compreensão da igualdade como algo relacional, ou seja, sempre se é igual ou diferente em relação a algo/alguém.

“O princípio da igualdade é, como se viu, antes de mais puramente formal. Ele afirma tão-somente o igual dever ser tratado de forma igual e o diferente de modo proporcionalmente diferente. Não diz o *que* é igual ou diferente (o que é importante para configuração das previsões legais) nem *como* se deverá tratar o que é igual ou diferente (o que importa sobretudo para a determinação das conseqüências jurídicas. Ora acontece que nada no mundo é absolutamente igual ou diferente, sendo sempre apenas, por referência a um termo de comparação (*tertium comparationis*, porventura a *ratio iuris*), mais ou menos *semelhante e dessemelhante* (por isso é sempre logicamente possível em vez da analogia a conclusão *a contrario*)”. (KAUFMANN, 2004, p. 230).

Arthur Kaufmann (Idem) entende a igualdade como um ato de equiparação nascido de uma decisão racional de poder. Nada é completamente igual ou diferente no mundo e, portanto, somente se estabelecem relações de maior ou menor semelhança ou diferença, em conformidade com um dado termo de comparação. O discurso de semelhança de um objeto em relação a outro somente se mostra possível com a desconsideração das dessemelhanças naturalmente existentes. Em mesma direção, a afirmação de diferença de algo em referência a outra coisa apenas se perfaz viável com a ignorância das semelhanças.

“Um exemplo. O legislador estabelece por força da sua autoridade que, em relação à capacidade de exercício, as crianças desde o nascimento até aos sete anos de idade, as dos sete até aos dezoito anos e os maiores a partir dos dezoito anos de idade são sempre iguais entre si, apesar de uma criança de sete anos se diferenciar por regra consideravelmente dum menor de dezassete [*sic*] anos; e na distinção entre estes três grupos também se verificam desigualdades: uma pessoa de dezassete [*sic*] anos um dia antes e uma outra de dezoito anos um dia depois de fazerem dezoito anos são legalmente diferenciadas. Ou: nenhum assassino é igual a outro mas todos são equiparados ao serem punidos com prisão perpétua. Ou mais um exemplo: fala-se hoje muito dos ‘direitos da natureza’ e em especial dos animais; em que medida e sob que perspectiva (porventura, a capacidade de sofrimento) são os animais (e quais animais?) semelhantes ou dessemelhantes do Homem” (Ibidem, p. 230-231).

Não é, pois, a concepção relacional da igualdade o ponto definitivo de condução à solução de mapeamento de quem são os iguais e quem são os diferentes. Em verdade, é o procedimento de adoção de critérios

como meridianos de separação entre pessoas o caminho para a colmatação do critério material do prescritivo isonômico.¹

3. Política de cotas

Atreladas à concepção material da isonomia, as condutas afirmativas, paulatinamente, consolidam-se como alternativa mundial a transformações de múltiplo alcance, em face da verificação de iniquidades nas relações de gênero, idade, condições físicas, sensoriais ou mentais diferenciadas, origem nacional, entre outras minorias de ínfima participação nas locações de poder. Entretanto, a sua montagem inicial esteve atrelada às questões raciais, quando da sua implementação pelos Estados Unidos em finais do século XX, por volta da década de 60. Ao perceber a prioridade de uma especializada política racial, o governo tomou para si a responsabilidade de impactar as estáticas estruturas étnico-econômicas do país e conceder mobilidade social àqueles, até então, em situações de absoluta exclusão (MUNANGA, 2003, p. 117).

A atividade de redução a essas incorreções ou injustiças sociais, mediante práticas intervencionistas, veio a culminar com a fórmula das ações afirmativas. Consideradas técnicas jurídico-políticas de promoção de igualdade substancial, manifestam-se num conjunto de ações privadas e/ou públicas, de caráter temporário. Estão voltadas às transformações em benefício dos impossibilitados de exercer com plenitude os mesmos direitos e apresentar as mesmas conquistas daqueles cuja postura de afirmação em seu favor é dispensável (GOMES, J., 2000, p. 40).

Frise-se, todavia, que tal atitude de defesa da necessidade das ações positivas estatais não se daria num passe de magia ou de rompimento repentino da estaque

¹ A descrição do processo lógico de diferenciação entre pessoas será devidamente abordado no tópico 3.1, que trata das Causas legitimadoras de aplicabilidade das políticas de cotas.

separação entre negros e brancos na unidade federativa norte-americana, mas sim como reflexo das lutas dos movimentos contra a segregação racial. Como destaca Domingues (2005, p. 166): “As ações afirmativas não foram dadas pela elite branca dos Estados Unidos; pelo contrário, elas foram conquistadas pelo movimento negro daquele país, após décadas de lutas pelos direitos civis”.

Como marca do despontar de um novo olhar a respeito das possíveis soluções às disparidades acumuladas durante a sua história pós-dominação e de outras delas progressivamente infiltradas, o Brasil encampa as iniciativas experimentadas por países da América do Norte (EUA e Canadá), Europa (Inglaterra e a Alemanha), da África, Ásia e da Oceania, adotando os atos de promoção social. (MUNANGA, 2003, p. 117).

Ocorre que, apesar da inegável comunhão de objetivos entre a iniciativa brasileira e aquela construída pioneiramente pelos Estados Unidos, ambas tiveram caminhos de desenvolvimento divergentes, manifestados pelos específicos parâmetros de intervenção estatal e de independência e evolução dos grupos de pressão nacionais. (VIEIRA, 2003, p. 93)

O momento histórico de pós-guerra que os estados norte-americanos atravessavam se mostrou solo fértil à utilização de instrumentos políticos de promoção, como alternativa à tarefa de tornar realidade as funcionalidades propostas pelo emergente *Welfare State*. Entretanto, em que pese a existência de grupos antirracistas já organizados, estes não detinham independência na produção de transformações relevantes. “[...] Ou seja, as ações afirmativas, configuraram-se como política social, e mesmo aquelas, inativas desenvolvidas pela sociedade civil, as chamadas *voluntary affirmative action*, posicionavam-se sob as determinações do Estado.” (VIEIRA, 2003, p. 90).

Em sentido oposto, as primeiras condutas positivas levadas à concretização no

Brasil em favor de minorias partiram de parcelas organizadas da sociedade civil, fomentadas pelo marasmo das manifestações estatais. Ante a predominância de posturas inertes e ignorantes do novo entendimento de igualitarismo causado, os movimentos sociais constituem-se em propulsores às mudanças neste cenário:

“[...] nas últimas décadas, as ações afirmativas tomaram corpo no seio da sociedade civil, com recursos próprios e à margem do controle estatal, o que, em um limite, dá às várias experiências brasileiras de ação afirmativa perfis e características totalmente diferenciados, [...]” (Idem).

Com tal traço distintivo das iniciativas brasileiras, de serem elas previamente pensadas e efetivadas no campo de construção de alternativas extraestatais, firmaram-se experiências para as futuras atuações oficiais. Por outro lado, é o momento de oficialização do discurso das atividades brasileiras de promoção o estopim para as confusões terminológicas entre a figura genérica, ações de caráter afirmativo, e a específica, política de cotas (SILVA, C., 2003, p. 21).

Talvez, a celeuma tenha-se constituído pelo fato de ser o mecanismo de cotas a principal aposta política na minoração das injustiças agregadas, com relevante repercussão na mídia pátria, pela grande capacidade de interferência e subversão nos arranjos da sociedade. A partir daí, fez-se inevitável a construção de uma mentalidade quase que generalizada de absoluto reducionismo conceitual das ações afirmativas, tratando-as como sinônimo de uma de suas categorias subespecíficas, as cotas raciais (SILVA JÚNIOR, 2003, p. 112).

Longe de contribuir para a movimentação do debate, a confusão entre ações positivas e política de cotas gerou, no inconsciente coletivo, um aprisionamento do teórico no procedimental. É assim, de todo complicada a tradução de um instituto (ações positivas) com dada complexidade

e abstração, em apenas uma de suas manifestações (as cotas) (SILVA, C., 2003, p. 17).

A política de cotas, em que pese ser espécie de política afirmativa, caracteriza-se pela fixação de pisos ou tetos numéricos com vistas ao acesso a bens ou vantagens públicas por parte de minorias (CARVALHO, 2003, p. 1). Mediante referido instrumento, perfaz-se a reserva de um quantitativo de oportunidades do total disponível no meio social, em consideração aos diferenciados contextos de desenvolvimento das aptidões humanas (ALMEIDA, 2007, p. 467).

Tal confusão tem consequências ainda mais marcantes, no momento em que a exclusiva fixação do olhar social sobre a cotização traz consigo a acolhida de um raciocínio simplista, de reserva de espaços, como forma de complacência e piedade com as minorias sociais. Apresentam-se, pois, críticas neste sentido:

“No atual momento histórico, quando a globalização já transformou o sistema político econômico em via de mão única, notadamente marcado pela competição, aumenta a dificuldade em aceitar-se [*sic*] as medidas de ação afirmativa. Por desinformação ou por conveniência, muitos têm tentado confundir políticas de ação afirmativa com esmolas ou puro assistencialismo” (RAMOS, 2007, p. 129).

Outro discurso recorrente no debate da reserva de vagas é o de que a política de cotas não tem condições de produzir as mudanças propostas de equalização social. Portanto, o meio adequado, proporcional e menos danoso para a consecução desses fins seria a execução de políticas públicas de caráter universal, mediante aumento de investimentos estatais (MADRUGA, 2005, p. 239).

Em sentido oposto, diz-se possível uma convivência de ambas as intervenções. A primeira delas a exercer um papel de impacto nas seculares estruturas de restrição no domínio da renda. A segunda a

promover melhorias em longo prazo, com maior amplitude e alcance. É inerente ao instituto das cotas o seu caráter temporário, transitório. Não há como se pensar na sua sobrevivência *ad eternum*, devendo ser previsto ou estimado um termo final, a partir do qual, reduzidas as vulnerabilidades das minorias contempladas, repristina-se a anterior situação de não-intervenção pública (GOMES, R., 2006, p. 88). Assim, a própria concepção das políticas positivas tem, como sustentação e condição para o seu sucesso, a prática de intervenções universalistas, nas quais não se faz presente o *discrímén*, com o escopo de produzir alterações estruturais e radiculares, capazes de permitir que não se restabeleçam as desigualdades remediadas.

“Em sociedades cuja distribuição de bens e direitos já se encontra um perfil equitativo e homogêneo, qualquer redistribuição universal torna-se uma política possível e eficaz. No entanto, em sociedades muito desiguais, como é o caso da brasileira, as demandas trazidas pelos grupos minoritários apenas confirmam a teoria de que políticas universais de cunho liberal somente tendem a perpetuar desigualdades já distribuídas” (CÉSAR, 2007, p. 17).

A discussão, ganha outro desdobramento, qual seja, a compreensão de abertura das portas do mercado profissional a pessoas cujo desempenho se mostra inferior aos padrões apresentados por aqueles não contemplados pela reserva de vagas. Neste ponto é pertinente e necessário, pois, trazer à voga as bases teóricas lançadas por Daniel Sarmiento em sua obra *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, por se fazerem presentes dois interesses constitucionalmente tutelados. De um lado, a garantia de livre acesso dos candidatos, com desempenhos numericamente superiores aos contemplados pela reserva de vagas (amparados no teor do art. 5º, *caput* da CF); e d’outro, o interesse público em fazer valer a política de inclusão social e oferta de oportu-

tunidades às minorias (embasado em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, preceituado no art. 3º, inciso III, da Carta Política de 1988).

Sarmiento (2003, p. 103) sugere, para obtenção de respostas em casos como este, que “o intérprete terá de comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. Para este mister ele deve adotar como norte a taboa de valores subjacente à Constituição”.

Dúvidas não há de que mesmo o exercício dos direitos fundamentais deve estar orientado e pautado pelos objetivos da República. Com esse substrato, mostra-se solução plausível a conservação suprema do interesse público, diante da impossibilidade de, em sede de política pública, assegurar-se o respeito às pretensões individualmente consideradas em detrimento do objetivo estatal de mitigação das disparidades historicamente acumuladas. Não só em matéria de cotização, mas em qualquer outra atuação oficial, seria inimaginável a existência de uma aprovação em unanimidade por todos os cidadãos.

Apresenta-se, pois, não a sugestão de encampar um ato de complacência com as minorias, mas sim a criação de nichos meritórios específicos, em consonância com os patamares de preparo prévio para a disputa das chances de ingresso no meio produtivo.

3.1. *Causas legitimadoras de aplicabilidade*

Para a efetivação das ações afirmativas, é indispensável determinar quais os indivíduos a serem atingidos pelo tratamento diferenciado. Em outras palavras, mostra-se necessária a identificação de quem é efetivamente desigual e, portanto, merece uma política de suplementação de tal situação desvantajosa. E, ainda, quais as posturas pertinentes e compatíveis com essa finalidade transformadora da estrutura social.

A premissa para catalogação dos iguais e desiguais é o estabelecimento de categorias essenciais. Ou seja, diante de inúmeros

aspectos de similitude e diferenças entre pessoas, algum deles é selecionado para funcionar como parâmetro na relação de pertinência ou não pertinência a um ou outro grupo (PERELMAN, 2000, p. 42).

“Seja como for, a aplicação correta da justiça exige, de todo modo, um tratamento igual para os mesmos de uma mesma categoria essencial. Ora, em que é baseada essa exigência de um tratamento igual? Simplesmente na determinação da forma como será tratado qualquer um dos membros da categoria. É porque qualquer membro da categoria é obrigado a sujeitar-se à regra que, ao aplicar esta, se é levado a tratar todos da mesma forma. Se cada aluno da escola deve ganhar um brioche, Paul, Pierre, Jacques, que são alunos da escola, receberão cada qual um brioche: o fato de receberem a mesma coisa decorre naturalmente do fato de fazerem parte da mesma categoria essencial” (Idem).

Por tal linha, inevitável seria a construção de numerosos agrupamentos de humanos segundo os mais diversos caracteres (cor do cabelo, capacidade intelectual, estatura, origem familiar, entre outras hipóteses inesgotáveis pela mente humana). Todavia, por óbvio, nem todos eles teriam relevância na justificação de um tratamento jurídico diferenciado. É o que José Joaquim Gomes Canotilho informa, ao afirmar a impossibilidade de uma política que tome como baliza um critério arbitrário. A presença dessa liberdade absoluta na escolha do fundamento de valoração acabaria por sinalizar para uma incompatibilização com o princípio da isonomia. Tem-se, pois, a necessidade de acatamento de um critério material não-subjetivo.

“[...] reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (*proibição do arbítrio*) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio

da desigualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade” (CANOTILHO, 2003, p. 428).

O fundamento material de diferenciação deve ser dotado de objetividade, como meio para uma estrita delimitação dos grupos abarcados pelos instrumentos afirmativos. Não se permite a existência de uma insegurança tal que não se possa, com grau de certeza, catalogar os iguais e os dessemelhantes. Não se deve abrir margem para dúvidas, ou existência de uma nebulosa fronteira entre semelhantes e diferentes. Em mesma linha, o critério adotado deve estar ligado a um fundamental legítimo, sério e razoável, hábil a embasar a discriminação lícitamente realizada. Nesta direção é a lição de Canotilho (2003, p. 428):

“Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.”

Tal síntese conduz à necessidade de um aprofundamento quanto às parcelas sociais passíveis de integrar o campo de atuação das reservas de vagas e o procedimento racional de admissibilidade do ato discriminatório. Nessa linha, parte-se ao estudo do fator ou critério de discriminação e das chamadas minorias sociais.

3.1.1. Fator de discriminação

Um dos requisitos para que a política de ação afirmativa seja considerada legítima, e, portanto, não se mostre veículo de discriminações despropositadas, é a compatibilidade entre a finalidade buscada e o fator de discriminação adotado. Assim se manifesta Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 15):

“Supõe-se, habitualmente, que o agravo à isonomia radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores diferenciais existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz de *discrímén*. Isto é, acredita-se que determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação, pena de se porem às testilhas com a regra da igualdade”.

Existem algumas limitações de ordem lógica na escolha do critério discriminatório. A primeira delas é a de que, por meio deste, não se atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo (ATCHABAHIAN, 2004, p. 83). Em outras palavras, não se permite uma escolha por um critério cujo teor proclame favoritismos ou perseguições, especificamente direcionados a determinada pessoa. Não se admite a imposição de gravames ou prêmios direcionados a um dado cidadão. A segunda exigência é no sentido de o traço distintivo não ser alheio à pessoa, coisa ou situação a ser discriminada. Qualquer característica não pertinente aos elementos envolvidos no ato diferenciador é inapta à sustentação de regimes diferentes entre os cidadãos (MELLO, 2008, p. 24). No tocante à discriminação ilegítima, é expresso Sidney Madrugá, mormente quanto à vedação ao estabelecimento de privilégios individuais:

“Na discriminação ilegítima, ausentes ou desarrazoados os critérios a justificar a sua prática, trata-se de forma desigual, pondo à margem grupos ou pessoas em função de sua raça, cor, opção sexual, idade, etc., dando origem, via de regra, à discriminação racial, por gênero, por orientação sexual, por compleição física e outras. O *discrímén* também pode surgir de forma a favorecer determinado grupamento, atribuindo-lhes privilégios injustificáveis, em detrimento de outra

parcela beneficiada." (MADRUGA, 2005, p. 143-144, grifo nosso).

Nesta esteira de razões nada impede, inclusive, a possibilidade de adoção dos critérios insculpidos no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, entre os quais, o sexo, a raça, convicção religiosa, como critério discriminador. Em outros termos, nada impede diferenciar pessoas por razões étnicas, de gênero e de concepção religiosa, desde que tal fator não sirva de fundamento para desfavorecer ilicitamente e sim para amparar limitações concretamente existentes. A esse respeito, Celso Antonio Bandeira de Mello (2008, p. 17) apresenta exemplos:

"Suponha-se hipotético concurso público para seleção de candidatos a exercícios físicos, controlados por órgãos de pesquisa, que sirvam de base ao estudo e medição da especialidade esportiva mais adaptada às pessoas de raça negra. É óbvio que os indivíduos de raça branca não poderão concorrer a este certame. E nenhum agravo existirá ao princípio da isonomia na exclusão de outras raças que não a negra [...] Assim, também, nada obsta que sejam admitidas apenas mulheres – desequiparação em razão de sexo – a concursos para preenchimento de cargo de 'polícia feminina'".

Em mesma linha de raciocínio, tome-se por base outra característica humana relacionada à tipologia física. Seria possível promover discriminações com base na compleição corporal, mental ou sensorial? Decerto, numa análise imediata, a resposta seria a inadmissibilidade de condutas alicerçadas nessa justificativa. Entretanto, numa compreensão meticulosa da situação, ter-se-ia uma solução noutro sentido:

"Por exemplo, a tipologia física, como indivíduos gordos e magros, não pode ser discriminatório se tomado o elemento físico numa situação onde a predominância de uma destas condições não tenha efetiva relação

com os limites e privilégios que os efeitos jurídicos lhe dispõe. Adotar como critério o veto ou a permissão para indivíduos gordos ou magros, por exemplo, à admissão de um certo concurso público, só terá pertinência, se houver nexos entre o crivo discriminatório e os fins e circunstâncias vinculados à situação em que este se dá e os dispositivos jurídicos que eles determinam" (ATCHABAHIAN, 2004, p. 83).

Observam-se, nas situações aventadas por Bandeira de Mello e Atchabahian, apenas limitações fáticas, incompatíveis com o tratamento generalizado das pessoas, e não vedações arbitrárias à livre concorrência do público interessado em ocupar os postos de trabalho. Ora, se é elemento essencial para desenvolvimento da pesquisa esportiva ter como participantes, somente, negros, não há como se pugnar pela aceitação de brancos, até mesmo porque essa alteração produziria influência direta nos resultados obtidos. De igual modo, se a Administração Pública deseja contratar serviços de policiais femininas é logicamente admissível a exclusão de eventuais homens dispostos à participação no concurso. Novamente, a contratação de pessoas do sexo masculino fugiria da finalidade almejada pelo Poder Público.

Disso resulta apenas a exigência, em tese, de que, quando do ato diferenciador, se verifique a existência, ou não, de relação entre os meios adotados e a finalidade perseguida em determinada circunstância. (SICCA, 2004, p. 215). Não há uma exata fórmula apta a informar que dada característica não possa servir como fator de discriminação. Repita-se que, a princípio, qualquer elemento objetivamente aferível entre seres humanos pode ser tomado na condição de base para o ato de discriminar. O balanceamento entre os discrímenes possíveis e os rejeitáveis são reconhecíveis até mesmo de forma intuitiva pela mente humana.

“O ponto nodular para exame da correlação de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a discriminação legal decidida em função dele. Na introdução deste estudo sublinhadamente enfatizou-se este aspecto. *Com efeito, há espontâneo e até inconsciente reconhecimento da juridicidade de uma norma diferenciadora quando é perceptível a congruência entre a distinção de regimes estabelecida e a desigualdade de situações correspondentes. De revés, ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado.*” (MELLO, 2008, p. 37).

Diante da constatação de que o processo legitimador do fator de *discrímén* não se encontra essencialmente em seu conteúdo semântico e sim na relação entre este e dada finalidade-mor buscada, mostra-se pertinente o desvio do olhar científico para tal peculiaridade (Idem, p. 17). De modo que se deve passar a examinar o cerne para análise de pertinência ou não-pertinência do critério acatado, qual seja, o princípio da proporcionalidade.

Não basta a diferenciação ser condizente com a finalidade em mira. Ela obrigatoriamente tem que ser proporcional, sendo vedado o acatamento de excessos. Deve-se questionar: o ato discriminatório é adequado ao que se busca? Está em correta dosagem, destituído de excessos ou faltas? E, ainda, os benefícios obtidos são maiores que os prejuízos resultantes aos cidadãos não contemplados pela medida utilizada? Assim, em que pese a admissão do ato discriminador, ele deve ter seus limites em sua utilidade, para evitar prejuízos aos direitos daqueles não alcançados por tal postura. Quanto a isto, é expresso J. J. Gomes Cantoilho (2003, p. 269-270), ao comentar os

subprincípios constitutivos do princípio da proporcionalidade:

“O *princípio da conformidade ou adequação* impõe que a medida adoptada [sic] para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Conseqüentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto [sic] do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos de sua *adopção* (Zielkonformität, Zwecktauglichkeit). Trata-se, pois, de adequação *medida-fim*. [...] O *princípio da exigibilidade*, também conhecido como ‘princípio da necessidade’ ou da ‘menor ingerência possível’, coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar [sic] outro meio menos oneroso para o cidadão. [...] Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coativa do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à ‘carga coativa’ da mesma. Está aqui em causa o *princípio da proporcionalidade em sentido restrito*, entendido como princípio da “justa medida.”

Percebe-se, pois, a exigência de um exame de compatibilidade com as três dimensões integrantes da proporcionalidade *lato sensu*, como meio para aferição da legitimidade do critério discriminatório tomado como base. Quanto a essa questão, Humberto Ávila ratifica os ensinamentos no tocante aos princípios da adequação e exigibilidade. Complementa, contudo, no referente à proporcionalidade em sentido estrito, ao afirmar não apenas a exigência de proporção da carga coativa diante dos resultados, mas, também, de presença de um interesse público de tão grande valia,

apto a justificar as restrições sofridas por um grupo de pessoas. Para ele, cuida-se de um exame extremamente complexo, uma vez que a noção dicotômica vantagem/desvantagem é subjetiva. Pode-se, numa tentativa de defesa de interesses coletivos, ter gerado inúmeros efeitos colaterais aos direitos fundamentais do cidadão (ÁVILA, 2003, p. 116).

A discussão quanto ao acatamento do sacrifício de uma minoria quantitativa em nome da maioria remonta à Ética Utilitarista, concepção defendida por John Stuart Mill e Jeremy Bentham, nos séculos XVIII e XIX. Em suma, os pensamentos de tais teóricos giram em torno da discussão quanto à admissibilidade de uma mitigação de direitos de uma pequena parcela social em nome da realização da maioria. Tem-se que a felicidade é o mote da vida humana e, se esta não se coloca ao alcance de todos, deve ser a concretização dos desejos da maior gama de pessoas. Ou seja, se deve haver alguma atribuição de dor a alguém, que seja para o menor número possível de cidadãos (ROSS, 2000, p. 337). Quanto a tal temática se expressa Alf Ross (2000, p. 336, grifo nosso):

“Todo esforço humano é um esforço em busca da felicidade. A felicidade, portanto, é a coisa boa em si mesma e o princípio moral do comportamento deve apontar para a ação que produz a maior soma possível de felicidade no mundo. O valor de uma ação depende, por isso, dos efeitos que produz, medido em termos de prazer (felicidade) ou dor humanos”.

Para Ross, essa visão tem como instrumento ideológico expressões como comunidade, sociedade e interesse público, cujos sentidos acabam por acobertar os desejos individuais de seus integrantes, e justificar a supremacia da maioria em nome da minoria. Em outros termos, ao se proclamar a necessidade de restrição de um direito em nome do interesse social se está a relegar, de modo subliminar, a último plano, os desejos daquele não integrante dessa vontade

numericamente superior. Considera-se o conjunto comunitário como algo dotado de interesses próprios e de uma força superior à pessoa singularmente considerada (ROSS, 2000, p. 341).

Em que pese a crítica acima exposta, seria inimaginável assegurar-se o respeito às pretensões individualmente consideradas, num contexto de vida em sociedade. Não significa, contudo, que a esfera de liberdade pessoal possa sofrer restrições arbitrárias e a discricionariedade do intérprete legal. É justamente o critério de discriminação o fiel entre a aniquilação e a intangibilidade das vontades numericamente inferiores. Com o fator de *discrimen* se tem por possíveis limitações as esferas de direito do outro, estritamente na medida necessária à promoção dos grupos em situação de desvantagem social.

3.1.2. *Minorias sociais*

Para que se tenha como necessária uma atividade de incentivo ou de promoção social, é *conditio sine qua non* o reconhecimento, pelo ente estatal, ou pela sociedade civil organizada, de um dado elemento diferenciador a justificar uma atividade propulsora externa às próprias relações sociais. Em outros termos, faz-se mister a percepção de fatores de fragilidade a atingir especificamente determinados grupos de pessoas.

A vulnerabilidade torna factível a atividade oficial e até mesmo não-oficial voltada para parcelas da população, destituídas por múltiplas razões e fatores, de igualdade no acesso a bens e oportunidades. Essas pessoas são denominadas de minorias, entre as quais, incluem-se as mulheres, as pessoas com deficiência, os negros e os índios. Flávia Piovesan confirma tal pensamento e o expõe em conjunto com o contexto de desenvolvimento da igualdade substancial.

“Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade

ridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, *percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade*. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção” (PIOVESAN, 2004, p. 46).

É bem verdade que, no tangente aos indígenas, o processo colonizador lhes trouxe uma redução significativa no número de nativos, acompanhada da destituição da possibilidade de participação paritária nos benefícios inerentes à vida em sociedade. Entretanto, a noção de grupos minoritários encontra-se desvinculada do aspecto quantitativo dos seus integrantes. Pelo contrário, é vista sob o ângulo qualitativo, de efetiva participação nos cargos políticos, de domínio econômico e de influência social, conforme observa Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 286):

“Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros que detêm o poder. Na verdade, minoria no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política”.

Em mesma esteira de razões, Juliana Santilli (2008, p. 137, grifo nosso) formula definição às minorias sociais e ratifica a

não-essencialidade do critério quantitativo na delimitação dos grupos de domínio e das parcelas de vulneráveis:

“Isto significa que entre 600 milhões e 1,2 bilhões de pessoas necessitam de medidas especiais para a proteção de seus direitos, considerando que as minorias estão, freqüentemente, entre os grupos mais vulneráveis da sociedade, e seus integrantes são expostos à discriminação e à injustiça social e excluídos da participação na vida pública e política. O termo ‘minorias’, entretanto, pode induzir a erro. Fora da Europa, e principalmente na África, os países são formados por um grande número de grupos étnicos e nacionais, nenhum dos quais constitui maioria. A definição de um grupo minoritário pode variar, dependendo de cada contexto cultural específico, mas geralmente se refere a um grupo que, ainda que não seja necessariamente uma minoria, em termos numéricos, está em situação de desvantagem ou vulnerabilidade e tem menos poder (político ou econômico) do que o grupo dominante. Assim, a condição de minoria é definida por uma relação política, e não por uma característica inerente ou imutável de um grupo. Religião e língua, por exemplo, podem ser adotadas ou mesmo alteradas ao longo do tempo, embora sejam, em geral, elementos importantes para a autoidentificação das minorias étnicas e nacionais”.

Apesar de serem, via de regra, numericamente representativas em todo o mundo, as minorias ocupam espaços desprivilegiados e, como consequência, são destituídas de instrumentos para alcançar, autonomamente, melhores condições de participação nas múltiplas esferas comunitárias. É entre os agrupamentos sociais carecedores de tais instrumentos que se inserem as parcelas que enfrentam dificuldades no acesso às oportunidades de emprego e renda.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 é considerado o primeiro documento da ONU a trazer a

expressão minorias de forma sistematizada. No artigo 27 do texto, preceitua-se a garantia da identidade cultural, religiosa e linguística a tais grupos.

“Art. 27 Nos Estados em que haja *minorias* étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua” (ONU, 1966, grifo nosso).

Note-se que, apesar de preceituar o termo “*minoria*”, o discurso do dispositivo sugere a suficiência de uma postura estatal eminentemente abstencionista, ou seja, exige-se, tão-somente, a não privação dos direitos inerentes à identidade do grupo. Não se mostra, portanto, veículo de uma linha de pensamento voltada às políticas positivas. Em sentido diverso, a Declaração sobre os Direitos de Pessoas que pertencem às Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas ou Linguísticas apresenta um direcionamento quanto à necessidade de um Estado atuante na realização de direitos:

“Art. 4º - 1. Os Estados adotarão as medidas necessárias a fim de garantir que as pessoas pertencentes a minorias possam exercer plena e eficazmente todos os seus direitos humanos e liberdades fundamentais sem discriminação e em igualdade perante a lei. 2. *Os Estados adotarão medidas* para criar condições favoráveis a fim de que as pessoas pertencentes a minorias possam expressar suas características e desenvolver a sua cultura, idioma, religião, tradições e costumes, salvo em casos em que determinadas práticas violem a legislação nacional e estejam contrárias às normas internacionais” (ONU, 1992, grifo nosso).

Depreende-se desses diplomas o abandono da tônica assistencialista perante as parcelas minoritárias em nome de uma

tendência de promoção social. Tal recente entendimento apresenta fortificação gradual e se aproxima da disciplina das ações afirmativas.

4. *As pessoas com deficiência e a política de cotas*

Dispõe o Art. 3º, inciso I, do decreto nº 3298/1999 que deficiência constitui “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”. (BRASIL, 1999). Assim, a deficiência é uma limitação natural, qualificada pela norma enquanto merecedora de uma diferenciada regulamentação e postura social.

É pertinente frisar o plausível emprego do termo deficiência no texto acima transcrito, já que, não obstante venha sendo combatido sob o equivocado argumento de consistir em suposto antônimo de eficiência (FÁVERO, 2007, p. 23), é expressão fiel à tradução das limitações e das diferenças legitimadoras das políticas de promoção social. O cenário de repúdio à denominação deficiente fez nascer o emprego de expressões eufêmicas como “portador de necessidades especiais”, a denotar apaziguamento de um efetivo elemento diferenciador. Para a cobrança de posturas positivas, não parece interessante minimizar e acobertar limitações, uma vez que estas condutas de intervenção social têm nelas o seu fundamento e limite.

As pessoas com deficiência encontram inserção entre os grupos minoritários por serem alvo de vulnerabilidade social, traduzida na dificuldade de acesso à educação e, por consequência, ao meio produtivo formal. Enfrentam obstáculos que vão desde a ausência de centros educacionais estrutural e didaticamente preparados, até o descrédito empresarial quanto às suas reais capacidades de execução dos serviços que lhes serão atribuídos.

O difuso estereótipo de pessoas com deficiência, apáticas e dependentes, ainda parece contrastar com valores como a produtividade e a agilidade, tidos como pilares na seara do trabalho (NERI; CARVALHO; COSTILLA, 2003, p. 13). Não parece haver espaço para a credibilidade ou aposta em potenciais, quando se tem um panorama cuja base é o preconceito e o objetivo único é o lucro.

Mesmo quando se tem em jogo um posto de trabalho na carreira pública, no qual se terá em mira a promoção do bem comum e não a lucratividade, e em que o ingresso se dá mediante concurso, os empecilhos persistem:

“Exemplo: pessoa cega que quer se preparar para um concurso público. As dificuldades vão desde encontrar livros em braile, até estudar através de computadores com sintetizadores de voz, que são mais lentos e cansam muito mais o usuário” (FÁVERO, 2007, p. 49).

Eis que assim surge a necessidade de instrumentos sancionadores e coercitivos, voltados à consecução da igualdade material e ao cumprimento do direito fundamental-mor da dignidade humana, presente no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. A fixação de vagas reservadas mostra-se como forma de reconhecer o efetivo enfrentamento de caminhos mais tortuosos no alcance de uma educação de qualidade e de um digno posto de trabalho formal pelas minorias com deficiência. Significa, desta forma, desigualar para alcançar a igualdade real e concreta almejada.

A iniciativa pioneira de reserva de mercado de trabalho a pessoas com deficiência teve desenvolvimento na Europa, como forma de acomodar os ex-combatentes feridos na Primeira Guerra Mundial. Mais tarde, em 1944, na Reunião de Filadélfia, a Organização Internacional do Trabalho emite recomendação para absorção de qualquer deficiente, mesmo aqueles não-combatentes (PASTORE, 2000, p. 157),

orientação ratificada posteriormente no artigo 1º da Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho, cujo teor se reproduz:

“Art. 1º - Para efeitos desta Convenção, entende-se por ‘pessoas deficientes’ toda pessoa cujas possibilidades de conseguir e manter um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada. Para efeitos desta Convenção, todo o País Membro deverá considerar que a finalidade da reabilitação profissional é a de permitir que a pessoa deficiente obtenha e conserve um emprego e progrida no mesmo, e que se promova, assim, a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade” (OIT, 1983, grifo nosso).

O ordenamento jurídico brasileiro apresentou resposta aos reclames dos grupos organizados de defesa dos interesses dos cidadãos com deficiência, no momento em que se preceituou, na Carta Cidadã, no art. 37, inciso VIII, a necessidade de reserva de vagas às oportunidades de cargos e empregos na Administração Pública. Já em outubro de 1989, entrou em vigor a lei nº 7853, cujo texto traz diretrizes gerais de apoio às pessoas com deficiência, integração social, institui a tutela de interesses difusos e coletivos, fixa as competências da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), disciplina a atuação do Ministério Público e tipifica crimes contra a pessoa com deficiência. O art. 1º de citada carta normativa põe em destaque a necessidade de promoção de igualdade e oportunidade e cita, inclusive, o termo “ações governamentais”, cuja significação direta é, indubitavelmente, a exigência de uma postura propulsora por parte do Estado em favor desse segmento social. Não se exclui, contudo, o combate às discriminações ilícitas.

“Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno

exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei. § 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito. § 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as *ações governamentais necessárias ao seu cumprimento* e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade” (BRASIL, 1989, grifo nosso).

Mais adiante, nos incisos subsequentes, tem-se por confirmada a tônica, adotada pelo legislador, de interveniência do ente estatal em favor das pessoas com deficiência, mormente no tangente à inclusão no setor produtivo. A exigência de posturas comissivas é, novamente, provada pelos termos utilizados.

“Art. 1º inc. III - na área da formação profissional e do trabalho: a) *o apoio governamental à formação profissional*, e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional; b) *o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns*; c) *a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores público e privado, de pessoas portadoras de deficiência*; d) *a adoção de legislação específica que discipline a reserva de*

mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL, 1989, grifo nosso).

Entretanto, atribui-se à lei 8112/90 o mérito de ter efetivamente regulamentado a matéria, ao fixar no art. 5º, § 2º, o limite de até 20% de vagas reservadas no serviço público a pessoas com deficiência, sob a condição de ser a limitação compatível com as atribuições previstas ao cargo.

Um ano após, o legislador infraconstitucional, acolhendo as intenções e os valores já apresentados em sede constitucional, fixa percentuais a serem respeitados pela iniciativa privada, em proporcionalidade com o contingente total de funcionários por meio da lei 8213/91:

“Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados (...) 2%; II - de 201 a 500 (...) 3%; III - de 501 a 1000 (...) 4%; IV - de 1001 em diante (...) 5% (BRASIL, 1991).

A iniciativa de estabelecer o âmbito de incidência da norma, mediante padrões numéricos e cominar sanções (definidas na portaria nº 1199/2003 do Ministério do Trabalho e Emprego) às empresas, em caso de descumprimento, coaduna-se com a já previsível resistência por parte dos sócios de empresas quanto à pretensão estatal de promover a inserção daqueles, até então, excluídos do meio produtivo.

Na busca de constituir um verdadeiro instrumento de minimização de desvantagens sociais e barrar possíveis tentativas de burla, o § 1º do artigo 93, acima repro-

duzido, condiciona o exercício do direito potestativo de dispensa do empregado pelo patronato à contratação de substituto também com deficiência. Tem-se, pois, uma preocupação voltada não somente ao acesso ao mercado formal de trabalho, mas com a sua permanência. Não se pode olvidar que, se assim não fosse, os postos de trabalho ocupados por esses grupos minoritários logo teriam em exercício outros funcionários, com perfis supostamente condizentes com os padrões preconcebidos de capacidade produtiva.

O diploma internacional mais recente no trato à matéria deficiência é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada pelo Brasil em 2006 e promulgada em 9 de julho de 2008, em cujo texto se reconhece a insuficiência das ações governamentais e não-governamentais até então adotadas e se constata a manutenção de desafios para a participação dessas pessoas como membros iguais. A tônica do pacto é de promoção e atuação positiva do Estado na consecução de direitos. Vejam-se os princípios regentes.

“Os princípios fundamentais dessa Convenção deverão ser: (a) O respeito inerente à dignidade, autonomia individual incluindo a liberdade de fazer suas próprias escolhas, e a independência das pessoas; (b) Não - discriminação; (c) *Inclusão e participação plena e efetiva na sociedade*; (d) Respeito pela diferença e aceitação da deficiência como parte da diversidade humana e humanidade; (e) *Igualdade de oportunidade*; (f) Acessibilidade; (g) Igualdade entre homens e mulheres; (h) Respeito pela capacidade em desenvolvimento das crianças com deficiência e respeito aos direitos das crianças com deficiência de preservarem suas identidades” (BRASIL, 2008, p. 4-5, grifo nosso).

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o Projeto de Lei 7699/2006, proposto pelo Senador Paulo Paim do PT/RS,

objetiva a criação do Estatuto das Pessoas com Deficiência. Nele, procura-se determinar o conteúdo jurídico da deficiência ao apresentar as classes de limitações passíveis de um trato diferenciado pela sociedade civil e o Estado. A tônica do diploma vindouro é justamente a de promoção de oportunidades, associada à punição das discriminações ilícitas.

Verifica-se, assim, que o sistema jurídico pátrio, além das já existentes respostas e soluções ao objetivo de inclusão das minorias com deficiência, procura fortificar tal tendência de dignificação das diferenças. Contudo, ainda carecem de relativa efetividade as normas, principalmente perante a iniciativa privada, cuja inobservância e tentativa de burla aos preceitos tem-se tornado deliberada, em face da necessidade de investimentos em alterações de engenharia em seus prédios para razoável acomodação desses novos empregados (ALVES, 1992, p. 100).

Alguns segmentos empresariais, em sentido diverso, já despontam na iniciativa de concretização dos mandamentos legais, tendo-se em mira a possibilidade de extrair da inclusão de pessoas com deficiência benefícios às suas imagens, como forma de demonstração de responsabilidade social. É o que demonstra trecho de manual do Instituto Ethos (2002, p. 17), a seguir reproduzido:

“Um dos ganhos mais importantes é o de imagem. O prestígio que a contratação de pessoas com deficiência traz às empresas está bastante evidente na pesquisa Responsabilidade Social das Empresas - Percepção do Consumidor Brasileiro, realizada anualmente no Brasil, desde 2000, pelo Instituto Ethos, jornal Valor e Indicator. Em 2000, 46% dos entrevistados declaram que a contratação de pessoas com deficiência está em primeiro lugar entre as atitudes que os estimulariam a comprar mais produtos de determinada empresa. Em

2001, essa continuou sendo a atitude mais destacada, com 43% dos consumidores entrevistados repetindo esta mesma resposta”.

Depreende-se desses diplomas o abandono da tônica assistencialista perante as parcelas minoritárias em nome de uma tendência de promoção social. Tal recente entendimento apresenta fortificação gradual e se aproxima da disciplina das ações afirmativas.

5. Direito de afirmação e tratamento isonômico

O direito de afirmação e o tratamento isonômico se apresentam, em primeira análise, como noções inconciliáveis. A conduta de promoção às minorias sociais revela-se como contraste aos postulados clássicos de igualdade. Coloca-se em afronta as ideias de paridade inerentes à condição de “ser humano” e ao núcleo de garantia de isonomia formal. A igualdade é socialmente vista como um fato moral e naturalmente indiscutível e de conteúdo completo e inquestionável, haja vista terem as pessoas, como medida de equivalência, a condição de seres humanos, portadores de uma mesma estrutura corporal e um idêntico e inexorável destino (BARBOSA, 1996, p. 86).

Diante de tal olhar, apresenta-se como naturalística a premissa segundo a qual todos se encontram em estágio de perfeita equiparação e, portanto, os requisitos únicos e absolutos para o sucesso são o esforço e o talento individual. Em sendo assim, mostra-se ilógica a adoção de mecanismos de redução de disparidades, uma vez que não faz sentido combater algo cuja existência sequer é reconhecida. Como já referenciado, a interpretação amparada na garantia de igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput* da vigente Carta Constitucional) também faz ter como digno de repúdio qualquer critério seletivo de acesso a oportunidades, desvinculado da capacidade individual e de parâmetros objetivos de avaliação.

Observe-se, contudo, que, com a ampliação do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, iniciada com a derrocada do modelo de Estado Liberal, passa-se a suscitar a sua compatibilidade com as políticas de incentivo. Alerta-se para o fato de que, embora a igualdade perante a lei forneça bases para a desvinculação de conquistas a privilégios, poder aquisitivo e influências políticas num ambiente de vigência de um Estado Democrático de Direito, por outra via, trata como idênticas pessoas com trajetórias e chances por completo antagônicas (CORDEIRO, 2007, p. 82). Não admite a montagem de níveis específicos de aferição intelectual, em compatibilidade com os contextos e condições de desenvolvimento dos indivíduos (MUNANGA, 2003, p. 28).

O olhar material da igualdade se apresenta como uma alternativa à construção de um panorama de justa repartição de oportunidades. Não se tem como suficiente a vigência de um Estado de Direito desvinculado de um Estado Social. É o que J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 430) expõe:

“[...] o princípio da igualdade é não apenas um *princípio de Estado de direito* mas também um princípio de *Estado social*. Independentemente do problema da distinção entre ‘igualdade fática’ e ‘igualdade jurídica’ e dos problemas políticos e econômicos ligados à primeira (ex.: políticas e teorias da distribuição e redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um *princípio de justiça social*. Assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (*Equality of opportunity*) e de condições reais de vida. [...]”.

Não significa, contudo, que a finalidade de divisão equitativa de oportunidades entre cidadãos tenha o condão de realizar, *per si*, a compatibilização entre o direito de afirmação e o tratamento em consonância com a isonomia. Deve-se combinar ainda o exame do fator de discriminação adotado e

a condição de vulnerabilidade do público alvo. Para visualização conjunta desses elementos e obtenção de uma resposta válida quanto à mitigação do princípio da igualdade, Canotilho (2003, p. 1297, grifo nosso) sugere o seguinte esquema, ao qual ele atribui a denominação de Perguntas de Controle:

“Caso II – *Igualdade de tratamento*

Existe uma desigualdade de situações de facto [*sic*] relevante sob o ponto de vista jurídico-constitucional?

No caso de resposta negativa:

Foram estes pressupostos desiguais tratados jurídico-constitucionalmente de forma igual pelas autoridades públicas?

Se sim:

Existe um fundamento material – razão objectiva [*sic*] – para esta igualdade de tratamento de situações iguais?

Se não:

verifica-se uma violação do princípio da igualdade (injustificadamente igualitária)”.

Mister se faz a análise do perfil esquemático em contraste com a política de cotas em favor das pessoas com deficiência. O primeiro questionamento refere-se à existência de desiguais situações de fato com relevância para o ordenamento jurídico-constitucional. Dúvidas não há quanto ao reconhecimento, pela Carta Suprema, de diferenças concretas em desfavor de tais minorias. A título de exemplo, merece destaque o artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, cujo texto legitima a reserva de percentual de cargos e empregos públicos. Tem-se, pois, uma autodenúncia estatal quanto à necessidade de tratamentos ancorados nas dissimilaridades. A resposta adequada seria em sentido afirmativo e, portanto, a indagação seguinte aponta para a análise de existência de um fundamento material objetivo para que não se prestem diferentes tratamentos. A igualdade formal, argumento mais ostentado na rejeição de políticas de afirmação, constitui-se, tão-so-

mente, uma garantia contra discriminações fortuitas e desarrazoadas, e não um óbice ao trato diversificado de situações diversas. Quanto a isto, a resposta pertinente seria negativa. Logo, alcança-se a conclusão de que se tem uma injustificada igualdade entre realidades diversas e a violação à dimensão material do princípio da isonomia.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 47-48), em mesma linha, também apresenta um modelo esquemático apto a revelar a afronta ao preceito isonômico. A estrutura racional proposta é a seguinte.

“Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator ‘tempo’ – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrímenes*, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita”.

A política de cotas não se direciona a um destinatário determinado, singularizado, e sim a grupos de vulnerabilidade social

(PIOVESAN, 2004, p. 46), nos quais estão inseridas as pessoas com deficiência. Não erige como fatores de discriminação caracteres alheios aos fatos, situações ou pessoas. *In casu*, a compleição física, sensorial ou mental, inerente às pessoas alcançadas pelo instrumento, é acatada como *discrimen*. O fator tomado como base é condizente com a finalidade buscada, ou seja, ao diferenciar essas pessoas, tem-se por proporcionada a distribuição efetiva de bens e chances sociais. E, como já exposto nos tópicos acima, o sistema jurídico nacional assume, em todo o seu corpo legislativo, a necessidade de impulsionar esses cidadãos.

6. Considerações finais

Após a descrição do objeto de estudos, mostra-se pertinente a apresentação das considerações obtidas quanto ao problema de pesquisa e ao teste das hipóteses sugeridas na introdução. Cuida-se de, enfim, apresentar resposta ao seguinte questionamento: a política de cotas em favor das pessoas com deficiência mitiga o princípio da isonomia?

A primeira hipótese aventada aponta no sentido da incompatibilidade do preceito isonômico em razão da igual condição de ser humano, compartilhada por todas as pessoas. Não se pode negar a natural similitude entre os integrantes da espécie humana. Contudo, essa noção não integra o conteúdo jurídico da isonomia. Este se mostra preenchido apenas pelas ideias de igualdade formal e material. Frise-se ainda que a sustentação de tal linha biológica de análise conduz à manutenção de uma desigual distribuição de benefícios entre os cidadãos. O problema de igualdade é inerente à vida em sociedade e, portanto, desta não se pode desvincular.

A segunda hipótese sugestionada, tangente à possibilidade de desrespeito à garantia constitucional de igualdade perante a lei, também se desmonta, haja vista a insuficiência da dimensão formal na

descrição do princípio constitucional. Esta é, tão-somente, uma expressão do postulado, na qual este não se esgota.

Múltiplas desigualdades se acumularam no decorrer dos séculos, no Brasil, sem que se firmasse qualquer preocupação institucionalizada em reverter tal estado de coisas. O preceito de que todos são iguais perante a lei, firmado na constituição da República, de 1988, com a função de resguardar os indivíduos da prática de discriminações arbitrárias, desdobra-se numa tendenciosa interpretação de impossibilidade de tratamentos diferenciados dos indivíduos, mesmo que amparados por situações fáticas e motivos plenamente justificáveis.

Não se atenta, contudo, para o fato de que o simples argumento de que o emprego de políticas positivas não é compatível com a ordem constitucional não tem o condão de ocultar a realidade logicamente verificável. Ou seja, de nada adianta firmar um entendimento literal do texto se estudos científicos são capazes de verificar a existência de distorções na distribuição de oportunidades e, por via direta, a necessidade dos instrumentos de promoção. Não há como perdurar por muito tempo um engano, mesmo que coletivamente reproduzido.

Ferdinand Lassalle (2001, p. 37) faz uso de situação analógica que traduz o fenômeno descrito de preponderância da realidade diante de textos e compreensões com ela incompatíveis:

“Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: ‘Esta árvore é uma figueira.’ Bastará este papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse

frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos. Igual acontece com as constituições. De nada servirá o que se escrever numa folha de papel se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder”

A igualdade material pouco a pouco se mostra e se combina à dimensão formal do mesmo princípio, na sua única acepção em conformidade com a constituição – a de proibição à discriminação ilícita, arbitrária e despropositada. Em mesmo caminho, as ações afirmativas ganham corpo, pela atividade de entidades assistenciais e do Estado, este último com base, principalmente, na definição de cotas, ou sistema de vagas reservadas.

Assim, não há mais como se suscitar a impossibilidade de práticas de incentivo, por se consistirem em meio hábil a aplainar uma realidade marcada pela dissimilitude entre os grupos ou classes e se coadunar com a norma nuclear da equidade:

“Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta relação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados” (MELLO, 2008, p. 21).

Nesta linha, o fator tomado como critério de *discrímén* (deficiência) é uma característica justificante de um regime de tratamento diferenciado por se encontrar diretamente ligado com a redução no acesso a bens e chances sociais. Em mesmo sentido, o sistema jurídico-constitucional absorve e acolhe o desejo de construção de uma ordem justa e isenta de disparidades de qualquer ordem.

Isto posto, mostra-se como consideração cabível à situação-problema apresentada o disposto na terceira hipótese. Observa-se uma compatibilidade entre a política de cotas e o princípio constitucional da isonomia, diante da existência de uma discriminação legítima, com bases e limites nas maiores dificuldades de acesso às oportunidades. Com tal instrumento, permite-se construir uma equiparação real entre pessoas. As cotas se coadunam com a dimensão material da isonomia.

Grandes avanços já vêm sendo conquistados na construção de um quadro nacional em que se tenha aplicabilidade uma isonomia pura, sem vícios, repousada em relações verdadeiramente democráticas e no reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência.

A conscientização dos grupos minoritários quanto às suas posições de detentores de direitos subjetivos a prestações positivas estatais, bem como as correspondentes cobranças dessas condutas, tem fortificado um ambiente de provocação e movimentação por transformações, cujos efeitos já se fazem sentir. Antes, nem se cogitava da inclusão de coletividades marginalizadas. Hoje, tal debate é constante e se amplia, à proporção que cresce o número de pessoas com deficiência em inserção no mercado regular de trabalho.

Sem dúvida, mostra-se apropriada a consolidação da política de vagas reservadas e, para tanto, é indispensável a concretização de ações conjuntas entre as múltiplas esferas estatais e a sociedade civil, assentadas no objetivo de construção de um padrão equânime de distribuição de direitos e deveres entre os cidadãos.

Referências

ALMEIDA, Marlise Miriam de Matos. Ações afirmativas: dinâmicas e dilemas teóricos entre a redistribuição e o reconhecimento. In: SEMINÁRIO NACIONAL, MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMO-

CRACIA, 2., 2007, Florianópolis. *Anais... Florianópolis: UFSC, 2007*. Disponível em: <http://www.sociologia.ufsc.br/npms/marlise_md_m_almeida.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2009.

ALVES, Valtecedes. *Deficiente físico: novas dimensões da proteção ao trabalhador*. São Paulo: LTr, 1992.

ARISTOTELES. *Política*. Mário da Gama Kury (trad.). Brasília: Editora UnB, 1985.

ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas*. São Paulo: RCS Editora, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA, Livia. Meritocracia à brasileira: o que é desempenho no Brasil? In: *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 120, n. 3, p. 58-102, set./dez. 1996.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Dispõe sobre a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, consolida as normas de proteção e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 28 jul. 2009.

_____. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 out. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 28 jul. 2009.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 28 jul. 2009.

_____. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Constituição (1824)*. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Brasil, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 5 jul. 2009.

_____. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*, de 6 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.assinoinclusao.org.br/downloads/convencao.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Ação afirmativa, sim; cota não*. *Universia*, São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.universia.com.br/html/noticia/noticia_clipping_eefg.html>. Acesso em: 4 jul. 2009.

CÉSAR, Raquel Coelho Lanz. Política de inclusão no ensino superior brasileiro: um acerto de contas e de legitimidade. In: BRANDÃO, André Augusto (Org.). *Cotas raciais no Brasil: a primeira avaliação*. Rio de Janeiro: DP&A, 2007.

CORDEIRO, Maria José de Jesus. Três anos de efetiva presença de negros e indígenas cotistas nas salas de aula da UEMS: primeiras análises. In: BRANDÃO, André Augusto (Org.). *Cotas raciais no Brasil: a primeira avaliação*. Rio de Janeiro: DP&A, 2007.

DOMINGUES, Petrônio. Ações afirmativas para negros no Brasil: o início de uma reparação histórica. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 164-176, maio/ago. 2005.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direito das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento da transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Renato Aparecido. *Legitimidade das políticas públicas de ação afirmativa: a questão jurídica do negro no Brasil*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp032393.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2009.

INSTITUTO ETHOS. *O que as empresas podem fazer pela inclusão de pessoas com deficiência*. São Paulo: Instituto Ethos, 2002.

KAUFFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Antonio Ulisses Cortês (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- MUNANGA, Kabengele. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa das cotas. In: SILVA, Petrolina Beatriz Gonçalves e; SILVÉRIO, Valter Roberto (Org.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: INEP, 2003.
- NERI, Marcelo; CARVALHO, Alexandre Pinto de; COSTILLA, Hessia Guillermo. Política de cotas e inclusão trabalhista das pessoas com deficiência. *BNDES*, 2003. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e0002351.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2009.
- OIT. *Convenção OIT nº 159*, de 20 de junho de 1983. Disponível em: <http://www.unisc.br/universidade/estrutura_administrativa/nucleos/naac/docs/convencoes/convencao_oit.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2009.
- ONU. *Pacto internacional dos direitos civis e políticos*, 1966. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/067.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2009.
- _____. *Declaração sobre direitos de pessoas que pertencem às minorias nacionais ou étnicas*, 1992. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/>. Acesso em: 23 jul. 2009.
- PASTORE, José. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Maria Ermantina Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2009.
- RAMOS, Hamilton Vieira. Diferenças sociais e ações afirmativas: a luta pela igualdade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 173, p. 117-130, jan./mar. 2007.
- ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 131, jul./set. 1996.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Edson Bini (trad.). São Paulo: EDIPRO, 2000.
- SANTILLI, Juliana. As minorias étnicas e nacionais e os sistemas regionais (europeu e interamericano) de proteção dos direitos humanos. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, São Paulo, n. 1, p. 137-151, jun. 2008. Disponível em: <http://www.iedc.org.br/REID/arquivos/00000018-REID001_JulianaSantilli.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SICCA, Gerson dos Santos. Isonomia tributária e capacidade contributiva no Estado contemporâneo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 164, out./dez. 2004.
- SILVA, Cidinha da. Ações afirmativas em educação: um debate para além das cotas. In: SILVA, Cidinha da (Org.). *Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras*. São Paulo: Selo Negro, 2003.
- SILVA JÚNIOR, Hédio. Ação afirmativa para negros(as) nas universidades: a concretização do princípio constitucional da igualdade. In: SILVA, Petrolina Beatriz Gonçalves e; SILVÉRIO, Valter Roberto (Org.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: INEP, 2003.
- TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 211, p. 256-262, jan./mar. 1998.
- VIEIRA, Andréa Lopes da Costa. Políticas de educação, educação como política: observações sobre a ação afirmativa como estratégia política. In: SILVA, Petrolina Beatriz Gonçalves e; SILVÉRIO, Valter Roberto (Org.). *Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica*. Brasília: INEP, 2003.

Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor por *e-mail* (livros@senado.gov.br) com indicação do endereço do autor para eventual envio de exemplar impresso. Da mensagem eletrônica deverá constar autorização para publicação sem ônus na Revista e posterior visualização na Internet, bem como declaração de ineditismo do artigo. Referida mensagem deverá ainda ser seguida de assinatura digital. Não havendo esse recurso, pedimos o encaminhamento em separado por fax ou pelos Correios da carta de autorização/declaração de ineditismo devidamente assinada.

O texto do artigo a ser publicado deve ser formatado preferencialmente para papel A4, em corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5 e gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela), com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Ressaltamos que o artigo enviado para publicação ficará disponível para avaliação durante seis meses. Findo esse prazo e ainda havendo interesse das Edições Técnicas em publicá-lo, entraremos em contato para confirmar o ineditismo e a atualidade do conteúdo. Não havendo mais interesse do Editor, o artigo será desconsiderado sem comunicação prévia.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

Exemplos de citação direta:

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

Exemplos de citação indireta:

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados

além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

Exemplo de monografia no todo:

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

Exemplo de parte de monografia:

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

Exemplo de artigos de periódicos:

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

Exemplo de artigos de jornais:

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão "Disponível em:" e data de acesso ao documento precedido da expressão "Acesso em:".

Exemplo de referências em meio eletrônico:

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.