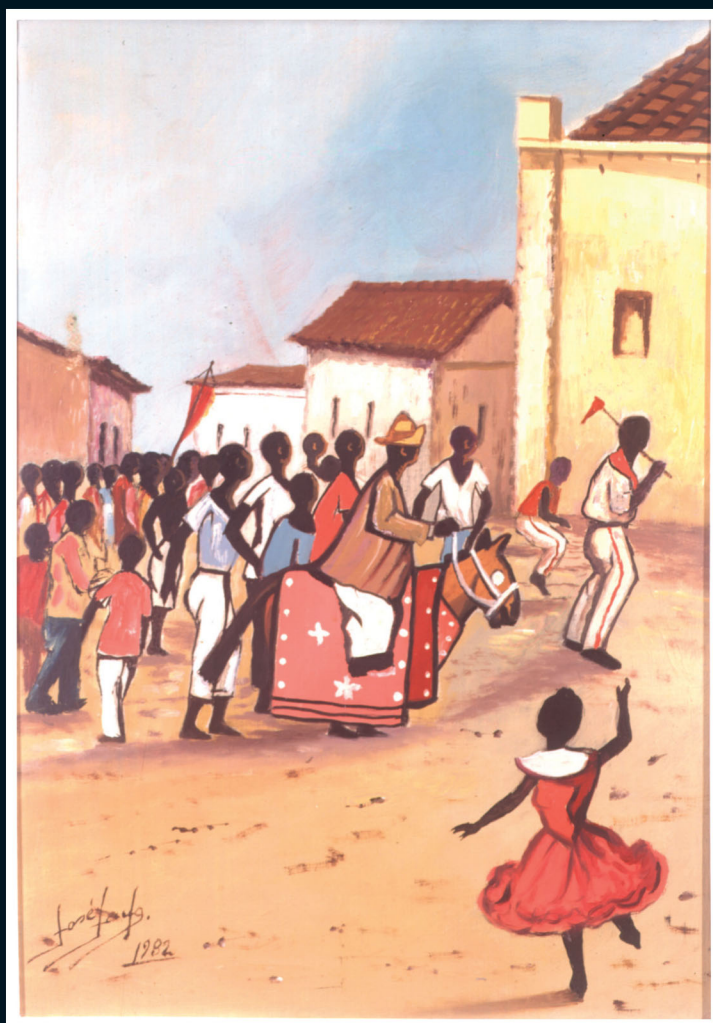


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Abril-Junho/2012 – Ano 49 – Nº 194



José Jafa, "Festa do Divino". Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 194
abril/junho – 2012

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 ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva e Marília Coêlho
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Jéssica Fernandes Costa e Vanessa Cristina Pacheco
REVISÃO DE PROVAS: Débora Oliveira, Yara da Silva e Maria José Franco
EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Jussara Cristina Shintaku
CAPA: Rejane 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.

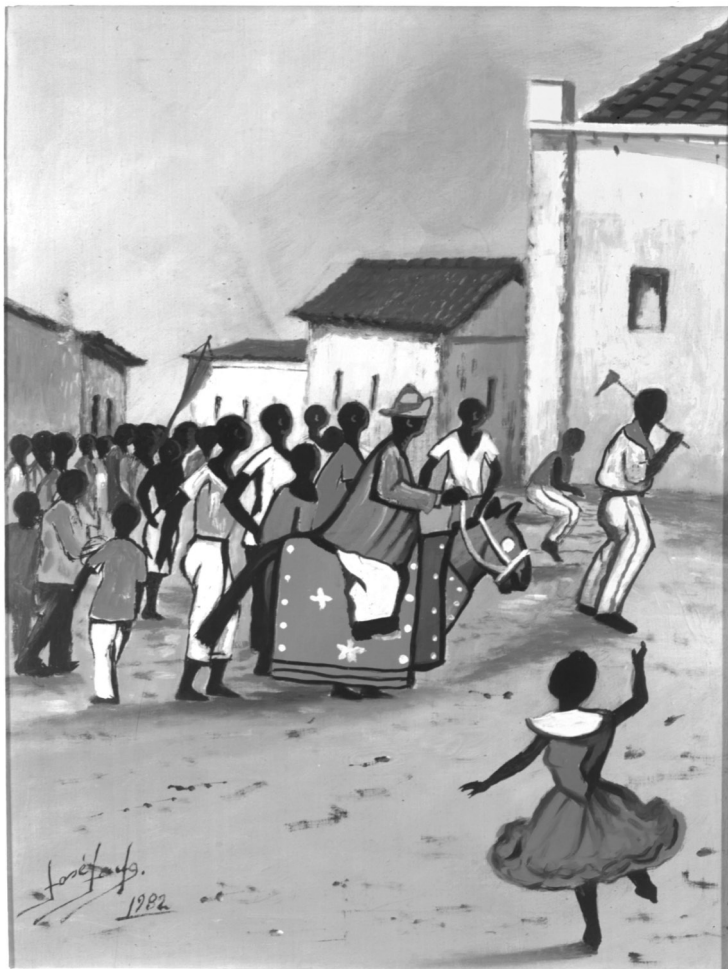
Solicita-se permuta.
Pidesse canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

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)



“Festa do Divino”, de José Jafa,
técnica óleo sobre tela de 0,58 cm x 0,40 cm.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 49 · nº 194 · abril/junho · 2012

Lenio Luiz Streck	Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito 7
Jorge Barrientos-Parra e Jorge Luís Mialhe	Lei de Anistia. Comentários à sentença do Supremo Tribunal Federal no caso da ADPF 153 23
Leonel Cesarino Pessôa	Regulação dos Fundos Soberanos. O debate norte-americano 41
Roger Stiefelmann Leal	A propriedade como direito fundamental. Breves notas introdutórias 53
Marco Aurélio Gumieri Valério	A (in)sustentável leveza do direito internacional 65
Ana Maria D'Ávila Lopes e Renato Espíndola Freire Maia	Políticas públicas de reconhecimento para a defesa dos direitos humanos dos homossexuais 75
Valéria Ribas do Nascimento	Neoconstitucionalismo e ciberdemocracia. Desafios para implementação da cidadania na perspectiva de Pérez Luño 89
Daniella Maria dos Santos Dias	Planejamento e ordenamento territorial no sistema jurídico brasileiro 107
Marciano Seabra de Godoi	Estudo comparativo sobre o combate ao planejamento tributário abusivo na Espanha e no Brasil. Sugestão de alterações legislativas no ordenamento brasileiro 117
Erivaldo Moreira Barbosa e Maria de Fátima Nóbrega Barbosa	Direito de Águas. Arranjo jurídico-institucional, política e gestão 147
Ana Carla Bliacheriene e Renato Jorge Brown Ribeiro	A questão do endividamento público dez anos após a publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal. Avanços e limitações 159
Urbano Carvelli	A democracia nos estados islâmicos. Variáveis determinantes da compleição no limiar do século XXI 173
Wremyr Scliar	Coisa julgada e decisões de controle externo terminativas 205
Gustavo César Machado Cabral	Do <i>ordo</i> à <i>cognitio</i> . Mudanças políticas e estruturais na função jurisdicional em Roma 227

Carlos Wagner Dias Ferreira	A “responsibility to protect” no caso de violação de direitos humanos. Um conceito em busca de juridicidade e legitimidade decisória 241
Michael César Silva e Wellington Fonseca dos Santos	O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais 261
Francisco Pablo Feitosa Gonçalves	Os princípios numa perspectiva hermenêutica. Novos diálogos com Nelson Saldanha 283

Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio

Dilemas da crise do direito

Lenio Luiz Streck

Sumário

1. Considerações preliminares: o papel da crítica e o poder simbólico de um voto de Ministro da Suprema Corte. 2. No princípio, era o pamprincipiologismo. 3. Agora, o inverso: o uso hipossuficiente dos princípios. 4. Sempre, ainda a confusão acerca do que dizem Dworkin e Alexy. 5. De como o que está por trás da tese adotada pelo Ministro é a distinção estrutural entre regra e princípio. 6. Os efeitos colaterais decorrentes do uso hipossuficiente dos princípios. 7. Considerações finais.

1. Considerações preliminares: o papel da crítica e o poder simbólico de um voto de Ministro da Suprema Corte

Exercer a crítica no Direito é uma tarefa difícil. Principalmente em *terrae brasilis*. Por aqui, normalmente é *magister dixti*. Mormente se quem disse é Ministro de Corte Superior. Não conseguimos construir ainda uma cultura em que as decisões judiciais – em especial as do Supremo Tribunal Federal – sofram aquilo que venho denominando de “constrangimentos epistemológicos”. O que é “constrangimento epistemológico”? Trata-se de uma forma de, criticamente, colocarmos em xeque decisões que se mostram equivocadas. No fundo, é um modo de dizermos que a “doutrina deve voltar a doutrinar” e não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária das decisões tribunalícias. Lembro

Lenio Luiz Streck é Pós-Doutor e Doutor em Direito. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

da decisão do então Min. Humberto Gomes de Barros (AgReg em ERESP n. 279.889), do Superior Tribunal de Justiça, na qual ele dizia: “Não me importa o que pensam os doutrinadores”, importando, para ele, apenas o que dizem os Tribunais... Imediatamente divulguei contundente artigo dizendo a Sua Excelência que “importa, sim, o que a doutrina pensa” (STRECK, 2011a). Lançava, então, um repto à comunidade jurídica: a doutrina tem a função de doutrinar. Criticava, também, a cultura de repetição de decisões (ementários, etc.) que se formou no Brasil.

Temos de construir as bases para um pensamento crítico que denuncie equívocos como o voto que abordarei na sequência, da lavra do Min. Luiz Fux. A crítica que exporei não tem a pretensão de ser algo do tipo *J'accuse*, de Émile Zola, em que este fazia contundente manifesto contra a injustiça cometida contra o Cap. Dreyfus. Tem, sim, o objetivo de lançar as bases para a formação de um contraponto a um tipo de dicotomia que começa a se formar na doutrina e na jurisprudência do Brasil: de um lado, a expansão do uso dos princípios (*pamprincipiologismo*); de outro, o seu uso restritivo, cuja tese consta no referido voto do Min. Luiz Fux.

O valor de transcendência de cada decisão do Supremo Tribunal é indiscutível, assim como seu valor simbólico. Ou seja, na medida em que o direito possui DNA – tese que exponho com detalhes em *Verdade e Consenso* (STRECK, 2011b) –, de cada decisão, mormente se for do Supremo Tribunal Federal, extrai-se um princípio. Veja-se um exemplo: o STF concedeu *Habeas Corpus*, invocando algo que não consta no Código Penal: a teoria da *actio libera in causa*. Ou seja, seguisse o STF suas próprias decisões, portanto, respeitasse o STF a origem do direito fruto de suas decisões, teríamos (ou teremos?), a partir de agora, algo inusitado: nunca mais se conseguirá acusar alguém por dolo eventual na hipótese em que o autor dirija embriagado e atrolepe

(e mate). A tese do voto¹: somente se pode acusar alguém por dolo eventual se ficar demonstrado que o agente “se embriagou com o propósito de cometer um crime”. Prova, pois, diabólica. Impossível de se fazer. A velha *actio libera in causa* não é um princípio. E tampouco é uma regra.

Assim, a crítica epistêmica é dirigida a um caso bem recente, a não passar despercebido pela doutrina. Trata-se do caso da “Lei da Ficha Limpa” (ou “Ficha Suja”, como queiram). A tese aqui exposta é a de que o Ministro Luiz Fux se equivocou. Tomo, pois, a coragem de contestar o voto, epistemicamente.

2. No princípio, era o pamprincipiologismo

Contextualizarei. De há muito, ocupo-me em minhas pesquisas da questão que envolve a determinação do conceito de princípio. Mais especificamente, minhas preocupações giram em torno do problema da decisão judicial e da existência ou não do chamado “poder discricionário dos juízes” no momento da solução dos chamados “casos difíceis” (STRECK, 2011b).

Na esteira da construção dessa busca pela determinação do conceito de princípio, deparei-me, mormente nos anos mais recentes, com situações inusitadas. Certamente, a mais pitoresca de todas é aquela que

¹ Trata-se de *Habeas Corpus* (STF, HC 107.801-SP, Primeira Turma, Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, Brasília, 6 de set. 2011) em que se questiona a pronúncia por homicídio qualificado na direção de veículo automotor a título de dolo eventual em decorrência de embriaguez alcoólica. A ordem foi concedida, desclassificando o homicídio para a modalidade culposa, aplicando a teoria da *actio libera in causa*, uma vez que não se comprovou o “elemento volitivo” (*sic*). Nos termos do acórdão: “A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. (...) *In casu*, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte” (grifo nosso).

nomeei (em diversos textos e, especialmente, em: *Verdade e Consenso*, 2011b) de *pam-principiologismo*, uma espécie de patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de *standards* argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada). É como se ocorresse uma espécie de “hiperestesia” nos juristas que os levasse a descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um álibi teórico da realização dos “valores” que subjazem o “Direito”), a melhor solução para os casos jurisdicionalizados.

“Positivização dos valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação” (*sic*), em um segundo momento, de todo tipo de “princípio” (*sic*), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para resolver os casos difíceis ou “corrigir” (*sic*) as incertezas da linguagem.²

Veja-se, nesse sentido, o incontável elenco de “princípios” utilizados largamente na cotidianidade dos tribunais e da doutrina – a maioria deles com nítida pretensão retórico-corretiva, além da tautologia que os conforma. Podem ser citados: *princípio da simetria* (menos um princípio de validade geral e mais um mecanismo *ad hoc* de resolução de controvérsias que tratam da discussão de competências); *princípio da*

precaução (nada mais, nada menos que a institucionalização de uma tautologia jurídica; afinal, por que a “precaução” – que poderíamos derivar da velha prudência – seria um “princípio?”); *princípio da não surpresa* (não passa de um enunciado com pretensões performativas, sem qualquer normatividade; de que forma uma demanda é resolvida utilizando o princípio da não surpresa?); *princípio da confiança* (trata-se, nada mais, nada menos, do que a possibilidade de o direito manter a sua força deontológica, o que, registre-se, é muito bom; mas a historicidade do direito já não demanda essa compreensão do intérprete?); *princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente* (interessante nesse *standard* retórico é a expressão “absoluta”); *princípio da afetividade* (esse *prêt-à-porter* nada mais faz do que escancarar a compreensão do direito como subsidiário a juízos morais; daí a perplexidade: se os princípios constitucionais são deontológicos, como retirar da “afetividade” essa dimensão normativa?); *princípio do processo tempestivo* (mais uma amostra de uma “principiologia” *ad hoc* e sem limites, que confunde meros argumentos ou pontos de vista com princípios jurídicos); *princípio da ubiquidade* (um simples exame na legislação ambiental e na Constituição, assim como em regulamentos dos mais variados acerca da preservação do meio ambiente, aponta para a existência de diferentes modos de proteção ao meio ambiente, inclusive no que tange à relação entre causa e efeito, para dizer o menos); *princípio do fato consumado* (ora, se, por vezes, uma situação já consolidada deve ser mantida – fazendo soçobrar a “suficiência ôntica” de determina regra –, isso não transforma a “consumação” de um fato em padrão que deva ser utilizado “em princípio”); *fosse válido esse “princípio”,* estaríamos diante de um incentivo ao não cumprimento das leis, apostando na passagem do tempo ou na ineficiência da justiça); *princípio do deduzido e do dedutível* (basta aqui lembrar que de há muito a filosofia –

² Por certo que há contribuições significativas para produção de um espaço onde possa ser construída uma adequada compreensão dos princípios constitucionais no horizonte de uma reconstrução histórico-institucional do direito. Nesse sentido, vale referir, de forma exemplificativa: Nelson Nery Jr., Georges Abboud, Ovídio Baptista da Silva, Dierle Nunes, Francisco Motta, André Cordeiro Leal, Marcelo Cattoni, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Flaviane Magalhães de Barros, Maurício Ramires, Alexandre Morais da Rosa, João Maurício Adeodato, Ingo Sarlet e Rafael Tomaz de Oliveira.

inundada que foi pela linguagem – superou o “dedutivismo”; numa palavra: admitida, *ad argumentandum tantum*, a “validade” do aludido princípio, ficaria ainda a pergunta – nos demais raciocínios/interpretações não se fariam “deduções”?); *princípio da instrumentalidade processual* (trata-se de uma clara herança da filosofia da consciência e de uma leitura equivocada das teses de Von Büllow); *princípio da alteridade* (em termos normativos, em que circunstância essa alteridade, representada pelo “colocar-se no lugar do outro”, pode resolver o problema da aplicação de um preceito constitucional?); *princípio da cooperação processual* (aqui, cabe a mais singela pergunta: e se as partes não cooperarem? Em que condições um *standard* desse quilate pode ser efetivamente aplicado? Há sanções no caso de “não cooperação”? Qual será a ilegalidade ou inconstitucionalidade decorrente da sua não aplicação?); *princípio da confiança no juiz da causa* (serve para justificar qualquer decisão: para manter alguém preso e para soltar); *princípio da humanidade* (esse *standard* dispensa comentários pela sua simplicidade); *princípio do autogoverno da magistratura* (trata-se de uma clara tautologia em relação à autonomia administrativa e financeira assegurada pela Constituição ao Poder Judiciário); *princípio da situação excepcional consolidada* (está no *Top Five* do pamprincipiologismo que assola o direito de *terrae brasilis*; cabe a pergunta: um fato consumado supera uma prescrição normativa? Quem vai eleger as circunstâncias excepcionais? O Judiciário? Pensando-se num caráter de “universalização do princípio” ou na sua importância hermenêutica, surge, ainda, a seguinte indagação: quando se poderia reconhecer a normatividade da situação excepcional consolidada? Não poderia ela sempre ser reconhecida quando se pretende uma desoneração da força normativa da Constituição?); *princípio da felicidade* (nesse ponto, o direito brasileiro se torna insuperável: por esse *standard*, a Constituição garante o direito de todos

serem felizes...); *princípio lógico do processo civil* (se isso é um princípio, a pergunta que se põe é: o que não é um “princípio”?); *princípio da elasticidade ou adaptabilidade processual* (mais um “princípio” ensejador do protagonismo/ativismo judicial); *princípio da inalterabilidade ou da invariabilidade da sentença* (um breve exame do Código de Processo Civil aponta claramente para essa garantia; parece evidente que uma sentença, depois de publicada, não pode ser alterada, então, por que esse princípio daria essa “segurança” ao utente?); *princípio da adequação* (em que circunstância esse princípio poderia ser aplicado com caráter de normatividade? E como ele seria/será aplicado? A “escolha” é do juiz? E de que modo se poderia recorrer da violação do aludido princípio?).

Efetivamente, a lista é longa. Diria, interminável. Poder-se-iam acrescentar outros, como: da rotatividade; lógico; econômico; da gratuidade judiciária; da aderência ao território; da recursividade; do debate; da celeridade; da preclusão; da preferibilidade do rito ordinário; da finalidade; da busca da verdade; da livre admissibilidade da prova; da comunhão da prova; da avaliação da prova; da imediatidade; da sucumbência; da invariabilidade da sentença; da eventualidade; da ordenação legal; da utilidade; da inalterabilidade; do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; da elasticidade; da adequação do procedimento; para citar apenas esses.

Entretanto, o pamprincipiologismo é apenas uma das faces do problema. Vejamos, agora, a outra.

3. Agora, o inverso: o uso hipossuficiente dos princípios

Com efeito, no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADIn 4578, o STF parece ter inaugurado uma forma nova de esse fenômeno se manifestar. Ao lado do *uso inflacionado* do conceito de princípio, o voto do Min. Luiz Fux produziu uma espécie

de *retração* que, mais do que representar uma contenção ao *pamprincipiologismo*, manifesta-se como um subproduto desse mesmo fenômeno. Trata-se de uma espécie de “uso hipossuficiente” do conceito de princípio. Já não se sabe o que é mais grave: o *pamprincipialismo* ou a *hipossuficiência* principiológica.

O que seria esse “uso hipossuficiente do conceito de princípio”? Explico: ao invés de nomear qualquer *standard* argumentativo ou qualquer enunciado performático de princípio, o Judiciário passa a negar densidade normativa de princípio àquilo que é, *efetivamente*, um princípio, verdadeiramente um princípio, anunciando-o como uma regra. Aliás, nega-se a qualidade de princípio àquilo que está nominado como princípio pela Constituição!

O que ocorreu, afinal? O julgamento em tela trata da adequação da Lei Complementar nº 115/2010 (a chamada Lei da “Ficha Limpa”) à Constituição. Nesse momento, não me preocupa tanto o mérito da ação, mas aquilo que é feito com a Teoria do Direito. Qual é a serventia da Teoria do Direito? Não se trata de uma questão cosmética. Pelo contrário, é da Teoria do Direito que se retiram as condições para construir bons argumentos e fundamentar adequadamente as decisões. Quero dizer: tem-se a discutir o que foi feito da Teoria do Direito dos últimos 50 anos, a tanto ocupar a questão do conceito de princípio e que, agora, no voto do Ministro Fux (ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADI 4578/DF), parece não ter muita serventia. Vejam-se as palavras do Ministro:

“A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII da Constituição deve ser reconhecida, segundo lição de Humberto Ávila, como uma *regra*, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação penal até que transitada em julgado decisão penal condenatória. Concessa venia, *não se*

vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo” (grifo nosso).

Não se vislumbra no enunciado normativo (presunção da inocência) um conteúdo principiológico? Permito-me discordar. A posição exarada pelo ilustrado Ministro sugere claramente uma passagem ao largo de toda a discussão a travar-se no âmbito teórico para saber o que é, efetivamente, um princípio. E o faz com apelo a um argumento de autoridade, baseado numa concepção isolada, no contexto global da teoria e da filosofia do direito, a qual não pode ser tida como dominante. Aliás, a vingar a tese do ilustre jurista citado pelo Ministro, a igualdade – virtude soberana de qualquer democracia, como aparece em Dworkin (1985, 2000) e, numa perspectiva mais clássica, no testemunho de Alexis de Tocqueville sobre a democracia americana – não seria um princípio, mas, sim, um simples postulado! Na verdade, parece difícil sustentar que o próprio Prof. Ávila (2009) concorde com a tese apresentada no aludido voto. Não sei se ele nega(ria) densidade de princípio à presunção da inocência.

Quanto a esse particular, reflitamos: em primeiro lugar, o conceito de regra e princípio em Ávila (2009) não está adstrito à chamada distinção forte, que leva em conta aspectos lógico-estruturais dos modelos normativos. Separando texto de norma, o chamado critério de distinção holística leva em conta diversos elementos, o que permite a Ávila (2009) sustentar a possibilidade de que um único texto produza, ao mesmo tempo, regras e princípios, bem como que esses não estejam necessariamente ligados a um texto. Quando o Ministro Fux afirma, citando Ávila, que a presunção da inocência não é um princípio e, sim, uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória, deixa de lado diversos aspectos da teoria analí-

tica de Ávila (2009). Em primeiro lugar, confunde texto com norma. O excerto por ele trazido é um texto que, embora permita a identificação de uma regra, também permitiria a identificação de um princípio. A identificação da regra estaria relacionada a uma dimensão “imediatamente comportamental”, enquanto que a dimensão “finalística” permitiria a identificação de princípios. A metodológica, por sua vez, identificaria um “postulado”. Na decisão, inclusive, verifica-se que, independente da regra, há, ali, um princípio. Refiro-me, especificamente, à utilização daquilo que Ávila (2009) chama de “postulados” da “razoabilidade” e da “proporcionalidade”. Nesse caso, há de se atentar ao fato de que a diferença – não existente em Alexy (2009), por exemplo – entre ambos está no fato de a “razoabilidade não implicar relação meio-fim”, ao contrário da “proporcionalidade”. Interessante notar que o Ministro se vale dos dois “postulados” para estruturar sua argumentação. Todavia, jamais saberemos se a “proporcionalidade” (ou, até mesmo, a “razoabilidade”) foram corretamente utilizadas, uma vez que a estrutura interna deste discurso, mesmo considerando sua depuração analítica (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), não garante o controle de sua utilização, pois, como no modelo original concebido por Alexy, o peso e todas as escolhas relacionadas deveriam estar sob o controle de regras argumentativas. No particular, tanto a decisão do Min. Luiz Fux quanto a matriz analítica de Ávila (2009) não parecem atender a esse controle.

Dizendo de outro modo, a afirmação de que a presunção de inocência seria uma regra (*sic*) e não um princípio é tão temerária que uniria dois autores completamente antagônicos, como são Robert Alexy e Ronald Dworkin, na mesma trincheira de combate. Ou seja, ambos se uniriam para destruir tal afirmação. Isso porque a grande novidade das teorias contemporâneas sobre os princípios jurídicos foi demonstrar que,

mais do que simples fatores de colmatação das lacunas (como ocorria nas posturas metodológicas derivadas do privatismo novecentista), eles são, hoje, *normas jurídicas vinculantes*, presentes em todo momento no contexto de uma comunidade política. Tanto para Dworkin quanto para Alexy – que, certamente, são os autores que mais representativamente se debruçaram sobre o problema do conceito de princípio – existe uma diferença entre a *regra* (que, evidentemente, também é norma) e os *princípios*.

Só para lembrar: cada um dos autores (Dworkin e Alexy) construirá sua posição sob pressupostos metodológicos diferentes que os levarão, no mais das vezes, a identificar pontos distintos para realizar essa diferenciação. No caso de Alexy (2006), sua distinção será *estrutural*, de natureza *semântica*; ao passo que Dworkin (1986) realiza uma distinção de natureza mais fenomenológica (1986).

4. Sempre, ainda a confusão acerca do que dizem Dworkin e Alexy

Para além da crítica que aqui estabeleço, penso que há outro problema do ponto de vista de Dworkin que merece ser considerado, relacionado, com certeza, a uma confusão entre Dworkin e Alexy. A questão diz respeito àquilo que Dworkin (1986) chama de *sense of appropriateness*.

Vou explicar isso melhor: para Dworkin (1986), nem toda norma, pelo simples fato de ser válida, é aplicável a todo e qualquer caso, independentemente da compreensão que se tenha desse caso. Adequabilidade é pertinência da decisão possível ao caso. Ou seja, ainda que numa disputa argumentativa sejam construídas concepções concorrentes sobre como um caso deva ser em princípio decidido (a tal fase interpretativa, como diria Dworkin (1986), embora até mesmo o reconhecimento de decisões judiciais anteriores e mesmo normas legais numa fase pré-interpretativa já é interpretar), exige-se uma coerência de princípio

– como exigência de integridade –, ou seja, reconstruir a história institucional na sua melhor luz.

Assim, quando o Min. Luiz Fux diz que a presunção de inocência é uma regra, ou seja, aplicável em todo e qualquer caso, a fim de supostamente reforçar a normatividade de um princípio, o que ele faz é exatamente o contrário, pois se esquece de que a reconstrução do caso é constitutiva – e não algo meramente externo, subsumível – da decisão a ser corretamente tomada.

Na verdade, ele toma a suposta sub-sunção como sendo um salto hermenêutico não explicitado argumentativamente. E exatamente porque o modo com que o caso é compreendido fica à sombra de uma discussão sobre o reconhecimento da validade de uma norma e não da sua adequabilidade ou pertinência a um caso concreto. Algo que exige uma coerência de princípio e não uma mera referência a um dispositivo legal ou constitucional ou mesmo a uma decisão judicial anterior. Afinal, mesmo uma decisão judicial anterior somente pode ser considerada um precedente retrospectivamente, nunca prospectivamente, pois não se podem prever todas as hipóteses em que um entendimento jurisprudencial é adequado à solução de casos futuros – problemática que até mesmo Alexy (1983, 2006) reconhece, embora ele veja essa questão como ônus ou inversão de ônus argumentativo.

Enfim, tentar reforçar, reafirmar ou pretender confirmar normatividade a uma norma tratando-a como regra e não como princípio a exigir a consideração dos elementos do caso é correr o risco de, numa situação de imprevisão, justificar inclusive a discricionariedade (que conduz à arbitrariedade). É confundir questões de validade com de adequabilidade, decidindo em abstrato (como se isso fosse possível) um caso concreto. É tentar saltar a linha de Rodes sem justificar o seu ponto de vista normativo, sem fundamentar, enfim, as proposições jurídicas, ou seja, as “diversas

afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que o Direito lhes permite, proíbe ou autoriza” (DWORKIN, 1986). Aliás, sem reconhecer sequer de que tipo de divergência se trata, se quanto aos fundamentos, a tal divergência teórica, ou quanto ao que ocorreu, a divergência empírica. Isso porque não há dúvida de que a presunção de inocência é historicamente reconhecida no Direito brasileiro – o que se trata é de se saber, primeiro, qual o sentido normativo a ser atribuído a essa história (uma questão de princípio e de integridade) e, segundo, se ela foi ou não observada num determinado caso (uma questão de adequabilidade).

Numa palavra: tanto as posições de Dworkin quanto as de Alexy estão concordes no sentido de que um dos fatores a diferenciar os princípios das regras diz respeito ao fato de que sua não incidência (ou aplicação) em *um determinado caso concreto* não exclui a possibilidade de sua aplicação em outro, cujo contexto fático-existencial seja diferente daquele que originou seu afastamento. As regras, por outro lado, se afastadas de um caso, devem, necessariamente, ser afastadas de todos os outros futuros; exigência decorrente de um princípio, que é a igualdade de tratamento. Isso mesmo: a igualdade, que não é uma regra, mas, sim, um princípio.

Para Dworkin (1985, 1986), os princípios representam uma comunidade, vale dizer: uma comunidade política se articula a partir de um conjunto coerente de princípios que justifica e legitima sua ação política. Por isso o Direito pós-bélico (Losano) – o que surge depois da Segunda Guerra – é um novo paradigma. Só não entende isso quem deseja retornar ao século XIX, ao tempo do “império das regras”; aliás, ao tempo do positivismo primitivo-exegético-sintático.

Ora, os princípios possuem uma “dimensão de peso” – como aparece em *Taking Rights Seriously* (DWORKIN, 1977) –, o que significa dizer que, em determinados casos, um princípio terá uma incidência mais forte do que noutro (ou noutros). Isso não impe-

de que, num outro caso com circunstâncias distintas de aplicação, aquele princípio – afastado anteriormente – volte com maior força, dependendo da construção que se faz, com base na reconstrução da cadeia da integridade do direito. É o que tenho chamado de DNA do Direito.

Além de Dworkin, Alexy ressalta essa peculiaridade dos princípios (sequer mencionarei Habermas, radical no sentido de que os princípios são normas, sendo, portanto, deontológicos). Para Alexy, tão citado e tão pouco lido (e menos ainda compreendido) e adepto da distinção semântico-estrutural entre regras e princípios, os princípios valem *prima facie* de forma ampla (mandados de otimização). Circunstâncias concretas podem fazer com que seu âmbito de aplicação seja restringido. Os princípios – que, em algumas passagens da sua *Theorie der Grundrechte* (2006), Alexy (2006) equipara com os próprios direitos fundamentais – encontram-se em rota de colisão, e os critérios de proporcionalidade derivados da ponderação resolvem essa aparente contradição, fazendo com que, em um caso específico, um deles prevaleça. Lembre-se: o resultado da ponderação dos princípios colidentes é uma regra que Alexy (2006) chama de “norma de direito fundamental adscripta” (que, na prática cotidiana da aplicação do Direito, ninguém faz). E lembre-se ainda de que, nos termos da teoria alexyana, essa regra deve servir para resolver casos similares àqueles que ensejaram a ponderação dos princípios colidentes.

5. De como o que está por trás da tese adotada pelo Ministro é a distinção estrutural entre regra e princípio

O que deve ficar claro é que a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstrar que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio. Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem um princípio

instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática.

Norma é um conceito interpretativo. Portanto, deve-se ter presente que a normatividade emerge de um quadro factual constituído por regras e princípios. O problema, então, aparecerá ao pretender deduzir os princípios e as regras de um conceito semântico de norma. Quando a expressiva maioria da doutrina distingue – a partir de Alexy – regras e princípios desde o critério estrutural, a partir da ideia de que regras são mandados de definição e princípios são mandados de otimização (e outras distinções criteriológicas), está-se apenas dando uma solução epistemológica para o problema, e não uma solução hermenêutica.

Explicando mais detalhadamente: a distinção estrutural oferece uma resposta sistemática, mas não resolve a questão da concretização propriamente dita. Isso porque deita raízes na velha questão presente a partir do neopositivismo lógico e sua superação pela filosofia da linguagem ordinária. A agravante – que corre em prejuízo à teoria da argumentação que amadrinha e distinção lógico-estrutural – reside na relevante circunstância de que a filosofia da linguagem ordinária apostou na pragmática como um salto para além da pleni-potenciariade das análises sintáticas e semânticas (lembramos que, para o neopositivismo lógico, somente eram científicos os enunciados que passassem pelo filtro da sintaxe e da semântica, desconsiderando totalmente a pragmática), enquanto as teorias da argumentação aposta(va)m, ao mesmo tempo, nas concepções neopositivistas e na filosofia da linguagem ordinária. Ou seja, as teorias da argumentação, nos casos simples, contentam-se com as análises sintático-semânticas (é o caso da subsunção); e quando estão em face de um caso difícil, apelam para a pragmática. Mas somente apelam para esse nível quando o primeiro

não responde às demandas significativas. Ora, a filosofia da linguagem ordinária, ao se dar conta das demandas resultantes desse terceiro nível da semiótica (relação dos usuários com os signos), considerou como estando superado o neopositivismo exatamente porque este se contentava com os dois primeiros níveis (sintático e semântico). A teoria da argumentação jurídica, por sua vez, trabalha, ao mesmo tempo, com as concepções neopositivistas pragmatistas (filosofia da linguagem ordinária), porém faz isso desconsiderando que o neopositivismo não realizava a análise semântica no mesmo nível da linguagem objeto. Ou seja, para o neopositivismo, haveria a necessidade de uma metalinguagem para certificação dos resultados das contradições lógicas da linguagem objeto.

O problema é que, ao ser feita a distinção estrutural, os princípios acabam adquirindo algo que lhes tira a “razão principiológica”, isto é, alça-se-lhes a meta-regras, o que faz com que, no fundo, o princípio apenas ingresse no sistema para “revolver insuficiências ônticas” das regras, como ocorre, por exemplo, com a teoria da argumentação jurídica. Afinal, como é sabido, para teoria da argumentação jurídica o problema das regras se resolve por subsunção e o dos princípios, pela ponderação. Isso também se aplica à diferença entre axiologia e deontologia e é por isso que me permito insistir neste ponto: princípios não são valores. Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia, que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras.

Normas serão, assim, o produto de uma dimensão deontológica própria do Direito, já que ele se articula a partir de regras e princípios. Se admitimos ou se estamos de acordo que a noção de pré-compreensão conforma a atividade interpretativa; se estamos de acordo que o novo paradigma de direito tinha que fazer uma ruptura com aquela autonomia formal e se estamos de

acordo que os catálogos de direitos fundamentais e demais compromissos com a sociedade democrática (justa e solidária) foram inseridos nas constituições, o modo de fazer isso é compreender que isso só se dá a partir da faticidade, isto é, do mundo prático. Princípios, nesse sentido, são o modo pelo qual toda essa normatividade adquire força normativa para além das suficiências das regras.

Do mesmo modo, não é correto falar em uma axiologia principiológica, mas, sim, em uma deontologia dos princípios, visto que são os princípios que instituem as bases para a normatividade do direito. *Os princípios não autorizam a criação de novas normas jurídicas, ou seja, não necessariamente “criam direito novo”, mas são, eles mesmos, já a normatividade do Direito.* São eles os marcos que permitem a compreensão da história institucional do Direito – por isso eles expressam de modo complexo o momento hermenêutico do Direito. A possibilidade de inovação surge apenas no contexto de uma ruptura com o elo que constitui a integridade do Direito, mas que se reconhece legitimada pelo todo conjuntural da história institucional.

A proposta de *diferenciação hermenêutica* – e não *distinção/cisão estrutural* – entre regras e princípios aqui defendida parte da descoberta, que tem raízes na teoria integrativa dworkiniana, do caráter unificador dos princípios: eles são o marco da institucionalização da autonomia do Direito. As regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do Direito e em todo caso concreto eles devem conduzir para determinação da resposta adequada. *As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos.* Elas “regram” o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam essa determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermenêuticamente – vem do reconhecimento da *legitimidade*. O problema da

resposta adequada/correta, nesse caso, só é resolvido na medida em que seja *descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso*. Não é em vão que a tese da (única) resposta correta proposta por Dworkin (1985) (com a qual concordo apenas em parte) só se constitui em uma teoria da decisão em face da introdução dos princípios no Direito, ou, se se quiser, em face da ruptura com a descrição positivista do Direito como um modelo de regras. De todo modo, os princípios não resolvem – em termos lógico-objetivos – o caso, mas constituem a legitimidade da solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do Direito.

6. Os efeitos colaterais decorrentes do uso hipossuficiente dos princípios

Do que foi dito, fica clara a fragilidade do argumento exposto pelo ilustre Ministro da Suprema Corte de *terrae brasilis*, a quem tomo a liberdade de indagar, a partir da breve exposição sobre o melhor da doutrina mundial a respeito de regras e princípios; doutrina recepcionada no Brasil por tantos juristas e tribunais, o seguinte:

1 – se a presunção de inocência é mesmo uma *regra*, como é possível dizer que ela pode ter sua aplicação restringida no caso de condenações confirmadas pelo Tribunal (e os casos de competência originária, seriam o quê?) e, ao mesmo tempo, valer para aqueles que foram condenados pelo juiz singular apenas?

2 – se ela é uma regra, não deveria então também ser afastada nesses casos?

Note-se que o argumento é tão preocupante que melhor ficaria se fosse dito que a presunção de inocência é (mesmo) um princípio: se justificada sua restrição no caso de condenações confirmadas pela segunda instância, conservar-se-ia intacta sua aplicação no âmbito do juiz singular! Todavia, nos termos em que foi formulado no voto, como pode uma regra valer num caso e não valer no outro? Haveria ponderação entre

regras, como querem – de forma equivocada – alguns de nossos doutrinadores? Rebaixada à condição de regra, a presunção da inocência entraria em um “processo” de ponderação³? E disso exsurgiria que tipo de resultado? Uma “regra da regra”? Mais: afinal, se a ponderação é a forma de realização dos princípios e a subsunção é a forma de realização das regras (isso está em Alexy, com todos os problemas teóricos que isso acarreta), falar em ponderação de regras não é acabar com a própria distinção entre regras e princípios tornando-os, novamente, indistintos⁴?

Parece-me que o imbróglio teórico gerado pelo voto do Ministro Fux bem representa um verdadeiro “leviatã hermenêutico”, isto é, uma guerra constante (lembramos Hobbes) de todas as correntes de aplicação, estudos e interpretação do Direito entre si, a gerar uma confusão sem precedentes, *onde cada um aplica e interpreta como quer o Direito*, desatentos ao fato de que todo problema de constitucionalidade é um problema de poder constituinte. No fundo, mais uma vez venceu o pragmatí(c)ismo, derrotando a Teoria do Direito.

Ainda, outras indagações: a) se a presunção de inocência não é um princípio, o devido processo legal também não o é?; b) e a igualdade: seria ela uma regra?; c) na medida em que cada juiz deve obedecer à “regra” da coerência em seus julgamentos, isso quer dizer que, daqui para frente, nos julgamentos do Min. Fux, a “regra” (*sic*) da presunção da inocência pode, em um conflito com um princípio, ou até mesmo com uma regra, soçobrar?; d) uma outra regra pode vir a “derrubar” a presunção da inocência?; e) o que dirão os processualistas-penais de *terrae brasilis*, quando confrontados com essa “hipossuficientização”

³ Não me deterei em críticas à ponderação alexyana. No conteto, parece bem representativa a crítica de Friedrich Müller (2011, p. 289 et seq): para ele, a ponderação é irracional e favorece o decisionismo.

⁴ A defesa da ponderação de regras é feita no Brasil por Humberto Ávila (2009).

do princípio da presunção da inocência, conquista da democracia?

A questão a se discutir aqui não diz respeito ao mérito do julgamento do caso “Ficha Limpa”. Nem quero discutir as possibilidades de restrição ou não do direito fundamental à presunção de inocência. A questão é simbólica (lembremo-nos de Cornelius Castoriadis). O que representa, no plano do futuro do Direito em *terrae brasilis*, o exposto no voto do Ministro Luiz Fux? Quais são os efeitos simbólicos disso? Lembremo-nos, aqui também, de Pierre Bourdieu, quando fala do poder de violência simbólica dos discursos.

Nada se deve objetar a que algumas teses sejam construídas de forma pragmat(ici)sta. Essas teses podem fazer sucesso no mundo jurídico. Mas não hão de subjugar décadas de discussões e avanços produzidos na Teoria do Direito. Talvez a maior conquista nesse (e desse) Direito pós-Auschwitz tenha sido, efetivamente, a principiologia constitucional, pela qual ingressa o mundo prático no Direito, com a institucionalização da moral no Direito (não nos esqueçamos de Habermas). Por isso, não se pode vir a dizer que a presunção da inocência não seja um princípio. Por mais “valor” pragmático que isso possa vir a ter. O Direito não sobrevive de pragmat(ici)smos. Direito não é um conjunto de casos isolados. Portanto, o “problema” não é a decisão de um determinado caso, mas, sim, como se decidirão os próximos. Definitivamente, não há grau zero de sentido!

Portanto, o problema é de ordem teórica: maus argumentos podem construir más decisões. E isso é algo que deve ser evitado. Daí o valor da Teoria do Direito. Ou para que ela serve? Indago: por que (e para que) existem tantos Programas de Pós-Graduação em Direito no Brasil? Existem mais de mil e quinhentas teses de doutorado – parcela delas pagas com bolsas custeadas pelo povo e orientadas por prestigiosos professores – sustentando que “princípios não são (ou não podem

ser) regras”, ou trabalhando essa distinção entre regras e princípios (particularmente, nem concordo com a distinção semântico-estrutural entre regra e princípio, mas isso é assunto para outro momento; para mim, princípios são normas; são, sempre, deontológicos; portanto, não são mandados de otimização!). Deve haver mais de três mil teses de mestrado, feitas no Brasil e no exterior, sustentando essa “questão dos princípios”.

De todo modo, é possível dizer que um dos grandes equívocos de algumas teorias jurídicas é o de acreditar que as regras se aplicam por subsunção e os princípios, por ponderação. Como demonstrado, a sustentar isso está a distinção estrutural “regra-princípio”. A tese esposada pelo Min. Luiz Fux se encaixa nesse contexto. Conseqüentemente, disso defluem alguns problemas: primeiro, quem acredita nisso admite que uma regra possa prever todas as hipóteses de aplicação, isto é, acredita que uma regra (lei) pode conter a norma (sentido, que advém de sua concretude). Pior, acredita que uma regra subsiste sem norma, repristinando, com isso, o positivismo sintático-legalista-exegético (aliás, o que é isto, o positivismo jurídico?)⁵. Se-

⁵ Permito-me explicar isso melhor: de há muito as minhas críticas têm tido como alvo o positivismo pós-exegético, isto é, aquele positivismo que superou o positivismo das três vertentes (exegese francesa, pandectística alemã e jurisprudência analítica da *common law*). Ou seja, o positivismo é uma postura *científica* que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo *positivismo* é entendido aqui como sendo os *fatos* (lembremos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente, *fatos*, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento. Por isso, sempre considereei muito simplista reduzir a crítica do direito a uma simples superação do deducionismo (subsuntivismo) legalista (e os nomes que a isso se dê). Portanto, tenho apontado minhas baterias contra a principal característica do positivismo pós-exegético, qual seja, a *discricionariedade*. Curiosamente, juristas das mais variadas facções diziam (e isso ainda acontece): se você é contra a discricionariedade dos

gundo, se isso fosse crível, portanto fosse a presunção da inocência uma regra, ela teria que ser afastada na base do “tudo ou nada”. Isso quer dizer que, em princípio, não se presume que alguém seja inocente... Poderá haver uma regra (lei) que afaste a presunção da inocência, desde que com ela se contraponha. Terceiro, se os princípios se aplicam por ponderação, antes de serem aplicados – e esses somente se aplicam em caso de colisão (pelo menos segundo Alexy) –, é necessário construir a regra da ponderação, que, ao fim e ao cabo, também será aplicada por subsunção. Ou seja, no final das contas, a subsunção não foi vencida. Qual é o efeito colateral de se acreditar em subsunção? É colocar de lado todas as conquistas do paradigma da linguagem. É render homenagem ao ultrapassado esquema sujeito-objeto (embora, registro, a Teoria do Direito venha passando ao largo da filosofia; na verdade, a parcela considerável da Teoria do Direito vê na filosofia apenas uma capa de sentido, como se filosofia fosse lógica).

Definitivamente, é necessário denunciar que, ao menos em *terrae brasilis*, não existiu até hoje nenhuma aplicação da ponderação propugnada por Alexy (2006). Isso tem que ser dito (até mesmo em favor do mestre alemão). Nunca houve a formação da “norma de direito fundamental adscripta”. O que se ensina nas faculdades é uma vulgata da teoria alexiana. E o que se aplica é, no máximo, a *Abwägung* defendida por Philipp Heck (1914), em sua *Interessenjurisprudenz*. Não mais do que isso.

juízes, então defende o legalismo, o exegetismo, o juiz “boca da lei” ... Ora, convenhamos, essa “entrega” (ou seria “delegação”?) do poder aos juízes (e, portanto, em favor da discricionariedade interpretativa) não é nem um pouco nova, eis que já estava presente no velho Movimento do Direito Livre, na jurisprudência dos interesses e se aprimorou na jurisprudência dos valores (sem considerar os movimentos realistas no interior da *common law*). Portanto, minhas críticas se dirigem aos dois principais tipos de positivismo: o exegetico e pós-exegetico. Este último, sem dúvida, é o mais perigoso.

7. Considerações Finais

Sob qualquer tese, perspectiva ou bandeira teórica que se adotem, persiste um problema fulcral na metodologia (ou teoria) do Direito: o problema das condições da interpretação e da aplicação do Direito. Há fortes indicativos de que parcela significativa dos juristas não se apercebeu do problema paradigmático envolvendo o giro ontológico-linguístico. Um dos pontos centrais está no “problema do esquema sujeito-objeto”, para o qual a comunidade jurídica não presta a devida atenção.

É ali, no sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), que reside o ponto de estofa que impede a superação da cisão entre interpretar e aplicar, assim como os diversos dualismos que, desde Platão, tornam os juristas reféns da dicotomia razão teórica-razão prática. Assim, por exemplo – e isso ficará mais claro no decorrer dessas reflexões –, tanto a tese da plenitude/ plenipotencialidade da lei (juiz como “boca da lei” que conforma o positivismo exegetico) como a criatividade (sem limites) do intérprete (que se extrai do voluntarismo/ decisionismo interpretativo kelseniano) constituem-se em fatores decisivos da fragilização da autonomia do Direito (ou do grau de autonomia alcançado pelo Direito a partir do segundo pós-guerra). Portanto, a problemática reside na discussão das condições *pelas* quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo.

Não custa lembrar que a aposta na discricionariedade (ainda majoritária na doutrina e jurisprudência), com origem bem definida em Kelsen e Hart, tinha o objetivo, ao mesmo tempo, de “resolver” um problema considerado insolúvel, representado pela razão prática “eivada de solipsismo” (afinal, o sujeito da modernidade sempre se apresentou “consciente-de-si-e-de-sua-certeza-pensante”), e de reafirmar o modelo de regras do positivismo, no interior do qual os princípios (gerais do direito) – equiparados a “valores”⁶ – mostravam-se como

⁶ A referência reiterada aos “valores” demonstra bem o ranço neokantiano que permeia o imaginário

instrumentos para a confirmação/conformação desse, por assim dizer, “fechamento” sistêmico. Ocorre que, com o advento da “era dos princípios constitucionais” (sic) – expressão que alcançou lugar comum especialmente no Direito brasileiro –, consequência não apenas do surgimento de novos textos constitucionais, mas, fundamentalmente, decorrente de uma revolução paradigmática ocorrida no Direito, parcela considerável dos juristas optou por os considerar como um sucedâneo dos princípios gerais do Direito ou como sendo o “suporte dos valores da sociedade” (o que seria isso ninguém sabe e tampouco houve alguém que se arriscasse a dizê-lo).

Uma adequada discussão das condições acerca do “controle das decisões judiciais” (e da interpretação do Direito em geral) tem uma direta relação com a distinção “regra-princípio”, existindo, no meu entender, duas possibilidades de enfrentamento do tema (que levará, ao final, ao problema da relação entre direito e moral).

Assim, a primeira tese é a da “*continuidade*”, pela qual o Direito é um modelo de regras e, por isso, os princípios constitucionais que emergem da tradição do segundo pós-guerra são apenas uma (nova) versão, agora sofisticada, do modelo de princípios gerais do Direito já existente ao tempo das metodologias jurídicas que influenciaram o pensamento jurídico no período que sucedeu a codificação. Nesse caso, os princípios representariam uma espécie de “*reforço*” da razão prática para o Direito e seriam acionados pelo julgador no momento em que as regras codificadas não apresentassem uma resposta imediata para a questão.

Evidentemente, essa tese é problemática, uma vez que funda o problema das vagezas e ambiguidades em uma razão prática ainda prisioneira do solipsismo do sujeito epistemológico da modernidade. Essa problemática é facilmente identificável

daqueles que pretendem fazer uma dogmática jurídica crítica (STRECK, 2011b).

na teoria da argumentação jurídica (em especial, a de Alexy) que entende que os princípios são mandados de otimização. No fundo, isso implica afirmar uma continuidade (ou sobrevida) dos velhos princípios gerais, agora acrescentados/recheados com predicados morais, tanto é que, em determinados momentos e circunstâncias, a moral ainda se sobrepõe ao direito (pensemos na fórmula Radbruch apoiada por autores do porte e da importância de Alexy).

Veja-se que ainda hoje – mesmo no campo da assim denominada crítica do Direito – há setores que acreditam na tese de que “é com os princípios que o juiz deixa de ser a boca da lei” (sic), como se os princípios fossem esse componente “libertário” da interpretação do Direito (e da decisão dos juízes). Ademais, a tese da “continuidade” trata de forma equivocada o problema do *non liquet*, ao colocar o dever do pronunciamento judicial como uma “autorização para o juiz decidir como melhor lhe aprouver” (despiciendo lembrar o decisionismo kelseniano e a discricionariedade de Hart).

Como contraponto, proponho a “tese da *descontinuidade*” – que penso ser a mais adequada –, pela qual se entende que os princípios constitucionais instituem o *mundo prático* no Direito (que, como já referi alhures, é distinto da razão prática *stricto sensu*⁷) e essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o Direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem o dever (*have a duty to*, como diz Dworkin (1985, p. 119-145)) de decidir de forma correta, proble-

⁷ Vale ressaltar que, na hermenêutica de cunho fenomenológico, a ideia de razão prática se dissolve com a morte daquele que a sustenta: o sujeito solipsista. A fenomenologia hermenêutica supera, no que tange ao problema do conhecimento, o solipsismo monadológico do sujeito moderno. A intersubjetividade (mundo compartilhado) manifesta-se no conceito de significância que se apresenta como o responsável pela formação dos projetos de sentidos e significados articulados no discurso. Isso quer dizer que quando produzimos um enunciado já nos movemos antes compreensivamente nessa estrutura múnica chamada significância.

mática que discuto em *Verdade e Consenso* (STRECK, 2011b), amiúde.

Por certo, a principal preocupação da Teoria do Direito deve ser o controle da interpretação, problemática agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação. O “caso brasileiro” é paradigmático nesse sentido. Se aos princípios é possível debitar esse crescimento tensional, é igualmente neles que reside o modo de, ao mesmo tempo, preservar a autonomia do Direito e a concretização da força normativa da Constituição. Daí a necessidade de um combate hermenêutico à *pamprincipiologia*, que enfraquece sobremodo o caráter concretizador dos princípios, ao criar uma gama incontável de *standards* retóricos-persuasivos (na verdade, no mais das vezes, enunciados com pretensões performativas) que possibilitam a erupção de racionalidades judiciais *ad hoc*, com forte cunho discricionário.

Entretanto, como contrapartida, deve haver um cuidado com o manejo dos princípios, que não podem ser transformados em alibis retóricos e, com isso, fragilizar a autonomia minimamente exigida para o direito nessa quadra da história. Tampouco se pode continuar a utilizar a vetusta cisão entre regras – que seriam aplicadas por subsunção – e princípios, esses “aplicados por ponderação”.

Aqui, uma pergunta final: será que algum juiz ou tribunal no Brasil já se preocupou em determinar a regra de direito fundamental *adscripta* quando opera com a ponderação? Será que qualquer um deles já aplicou tal regra a outros casos similares? A resposta é óbvia: não há um caso exemplificativo a retratar esse tipo de aplicação. A própria ponderação é uma ficção. É uma máscara para esconder a subjetividade do julgador⁸. Mas, convenha-se: a solução não

⁸ Esse fato, aliás, é reconhecido pelo próprio Alexy (2008), no *posfácio* da *Teoria dos Direitos Fundamentais* que compõe a edição da tradução para o português, corroborando, assim, aquilo que importantes adeptos de sua teoria da argumentação, como Prieto Sanchís

está no enfraquecimento dos princípios. O remédio contra os males do *pamprincipiologismo* não é o uso hipossuficiente dos princípios. Ao se jogar fora a água da bacia, há que se verificar, antes, se a criança foi retirada!

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen argumentation: die theorie des rationalen diskurses als theorie der juristischen begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

_____. *Theorie der grundrechte*. 5. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Luis Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University, 1985.

_____. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1996.

_____. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University, 2006.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Belknap, 1986.

e Manuel Atienza, já afirmavam/aceitavam de há muito, isto é, que a ponderação estava umbilicalmente ligada à discricionariedade judicial: “Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que incluía impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário” (ALEXY, 2008, p. 611). Ainda, o posicionamento de Humberto Ávila (2009) bem demonstra que, no fundo, essa questão de “dimensão de peso dos princípios”, intrínseca à ponderação, trata-se, na verdade, de um retorno à discricionariedade: “não são, pois, os princípios que possuem uma *dimensão de peso*: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser *atribuída* uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1977.

_____. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

_____. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

_____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra, 1989.

HECK, Philipp. *Gesetzesauslegung und interessenjurisprudenz*. Tübingen: J.c.b. Mohr, 1914.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Crise de paradigmas: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. [S.l.]: [s.n.], 2011a. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2012.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

A cada *dimensão de peso* (*dimension of weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Vale dizer, a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas *resultado de juízo valorativo do aplicador*" (ÁVILA, 2009, p. 69). Dessa forma, entre tantas objeções que podem ser elencadas à tese de Ávila (2009), uma é fulcral: se dependemos da subjetividade do juiz, por que razão buscar uma teoria dos princípios e um modo de aplicar o direito de forma racional? Ainda: como é possível sustentar que as regras podem ser aplicadas sem princípios e

vice-versa? Ou seja: para Ávila (2009), o sistema jurídico possui regras que se bastam. Regras sem princípios. Daí a pergunta: isso não é, explicitamente, uma volta ao positivismo primevo, de caráter sintático? Kelsen, nesse sentido, avançou em relação a esse nível sintático, trabalhando no plano de um positivismo semântico. De todo modo, assim como Ávila (2009), no plano da aplicação, sucumbiu ao discricionarismo, com a diferença, a seu favor (dele, Kelsen), por colocar a ciência no nível da metalinguagem, deixando claros, para o bem e para o mal, os dois níveis (ciência jurídica = metalinguagem; direito = linguagem objeto).

Lei de Anistia

Comentários à sentença do Supremo Tribunal Federal no caso da ADPF 153

Jorge Barrientos-Parra e Jorge Luís Mialhe

Sumário

1. A Lei de Anistia. 1.1. Os fatos que lhe deram origem. 1.2. A mobilização pela anistia. 1.3. Características e consequências. 2. A validade da Lei de Anistia de acordo com o Supremo Tribunal Federal. 2.1. O momento histórico como chave para a sua interpretação. 2.2. O significado da expressão *crimes conexos* na Lei de Anistia. 2.3. Interpretação e revisão da Lei de Anistia. 2.4. A reafirmação da Lei de Anistia pela Emenda Constitucional nº 26/85. 2.5. Os obstáculos ao exercício do direito fundamental à informação. 3. As razões dos votos vencidos. 3.1. O voto do Ministro Lewandowski. 3.2. O voto do Ministro Ayres Brito. 4. Conclusões.

“Les hommes du droit ont des scrupules et ne peuvent sans mauvaise conscience éliminer la justice du droit. Ils ne peuvent pas davantage la conserver à cause du trouble que cette idée apporte, de son incertitude et de son imprévisibilité. La technique juridique pour être précise suppose que l’on ne s’encombre plus de la justice [...] l’idée d’ordre et de sécurité se substitue comme but et fondement du droit à celle de justice lorsque la technique juridique est assez développée”.

(Jacques Ellul)

Jorge Barrientos-Parra é mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor pela *Université Catholique de Louvain*. Professor de Direito Constitucional da UNESP Campus de Araraquara-SP e do Programa de Mestrado em Direito da UNESP, Campus de Franca-SP.

Jorge Luís Mialhe é doutor, mestre e bacharel pela USP. Pós-doutorado na *Université de Paris III, Sorbonne-Nouvelle* e na *Univeristé de Limoges*. Professor da UNESP, Campus de Rio Claro-SP e do Programa de Mestrado em Direito da UNIMEP, Piracicaba-SP.

1. A Lei de Anistia

1.1. Os fatos que lhe deram origem

Analistas entendem que a renúncia de Jânio Quadros, em 25 de agosto de 1961, após governar o Brasil apenas sete meses,

sedimentou o caminho para o golpe de Estado de 1º de abril de 1964¹. Nesse dia as Forças Armadas destituíram o Presidente João Goulart de acordo com a lógica da Guerra Fria, isto é, os Estados Unidos não tolerariam insurgências que desafiassem a sua hegemonia na região como tinha acontecido com Cuba que se aliou à União Soviética. Lembremos que João Goulart procurou estreitar os vínculos com o movimento sindical e com setores reformistas. Entre outros fatos, o seu Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social, no qual se propunha levar a cabo as denominadas Reformas de Base, acabou assustando a burguesia nacional e o governo dos Estados Unidos.

O regime militar, como outros na América Latina, baseou as suas ações na Doutrina da Segurança Nacional, que estabelecia como inimigos internos os partidos, sindicatos e movimentos políticos de inspiração marxista ou que favorecessem de alguma forma mudanças de cunho revolucionário ou socializante.

No plano jurídico o governo militar baixou vários Decretos-leis, o nº 314 em 1967, o nº 510 e o nº 898, em 1969) e vários Atos Institucionais disciplinando a segurança nacional. Essas normas “funcionaram como pretenso marco legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva” (BRASIL, 2007, p. 19). Esse período foi caracterizado “pela instalação de um aparelho de repressão que assumiu características de verdadeiro poder paralelo ao Estado” (BRASIL, 2007, p. 22), chegando ao ápice com a promulgação do Ato Institucional nº 5 em dezembro de

1968, que foi considerado “um golpe dentro do golpe”².

Durante o período ditatorial, o Congresso Nacional foi fechado, foi instaurada a censura da imprensa, a suspensão dos direitos e garantias fundamentais, inclusive o *habeas corpus*, dos direitos políticos, da liberdade de expressão e da liberdade de reunião. Além disso, a competência da Justiça Militar foi ampliada e a Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969) introduziu no ordenamento jurídico as penas perpétua e de morte.

Entre 1969 e 1974, produziu-se “num clima de verdadeiro ‘terror de Estado’ uma ofensiva fulminante sobre os grupos armados de oposição” (BRASIL, 2007, p. 27). O mandato do Presidente Médici [1969-1974], de acordo com a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, caracterizou-se por ser “a fase da repressão mais extremada em todo o ciclo de 21 anos do regime militar” (BRASIL, 2007, p. 26).

Ernesto Geisel governou de 15 de março de 1974 a 15 de março de 1979. Durante os três primeiros anos do seu governo “o desaparecimento de presos políticos, que antes era apenas uma parcela das mortes ocorridas, torna-se a regra predominante para que não ficasse estampada a contradição entre discurso de abertura e repetição sistemática das velhas notas oficiais simulando atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios” (BRASIL, 2007, p. 27). Em consequência dessa política, a partir de 1974, “oficialmente não houve mortes nas prisões, todos os políticos mortos ‘desapareceram’ e o regime passou a não mais assumir o assassinato dos opositores” (CORTE..., 2010). Numa conversa com o tenente-coronel Germano Pedrozo, em 18 de janeiro de 1974, o Presidente Geisel afirmou: “É, o que tem

¹ Nesse sentido Maria Victória Benevides afirma que “o império da vassoura preparou o caminho para o domínio da espada” e conclui: “O personalismo autoritário de Jânio, o seu bonapartismo, o moralismo que retoma o tema do golpismo, atenuado durante a segunda metade do governo JK, contribuíram para o golpe” (apud HAAG, 2011, p. 82). De acordo com Maria Teresa Sadek a obscuridade da renúncia sempre interessou ao próprio Jânio, para avivar a flama do “homem justo é inflexível que prometia voltar um dia ao combate contra os poderosos” (apud HAAG, 2011, p. 80).

² “Consolidou-se, com o AI-5, uma dinâmica de radicalização... O general Costa e Silva assumiu a presidência, em 1967, como representante da chamada Linha Dura, vale dizer, setores das três Armas que rejeitavam qualquer moderação ou tolerância quanto às oposições” (BRASIL, 2007, p. 26).

que fazer é que nessa hora agir com muita inteligência, para não ficar vestígio nessa coisa” (GASPARI, 2003, p. 387).

De acordo com a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos, “cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos primeiros meses da ditadura, ao passo que em torno de 10 mil cidadãos teriam vivido no exílio em algum momento do longo ciclo. Ao pesquisar os dados constantes de 707 processos políticos formados pela Justiça Militar entre 1964 e 1979, o projeto Brasil Nunca Mais contou 7.367 acusados judicialmente e 10.034 atingidos na fase de inquérito. Houve quatro condenações à pena de morte, não consumadas; 130 pessoas foram banidas do País; 4.862 tiveram cassados os seus mandatos e direitos políticos; 6.592 militares foram punidos, pelo menos 245 estudantes foram expulsos da universidade” (BRASIL, 2007, p. 30).

De acordo com os documentos que informam o processo no Caso Gomes Lund, cerca de 20 mil presos foram submetidos a torturas, há 354 mortos e desaparecidos e centenas de camponeses foram assassinados (CORTE..., 2010). Além disso, segundo Helio Gaspari (2003, p. 358), “a ditadura brasileira levou para o exílio entre 2.500 e 3.000 brasileiros”.

1.2. A mobilização pela anistia

A Lei de Anistia foi o ápice de um processo de mobilização política que começou em meados dos anos setenta (LIMA; SILVA, 2009), formado por militantes dos Direitos Humanos, ex-presos políticos, exilados, cassados, militantes de partidos democráticos, do movimento estudantil, etc., os quais se organizaram em movimentos sociais e associações civis destacando-se o Movimento Feminino pela Anistia (MFPA) e o Comitê Brasileiro pela Anistia, com várias unidades estaduais, os quais foram ganhando apoio de diversas entidades da sociedade civil organizada. Nessa luta se destacaram figuras como Terezinha Zerbin, Mila Cauduro, Eny Raimundo Moreira,

Madre Cristina Sodré Dória, Iramaya Benjamin, Helena Greco, Lícia Peres, Teotônio Vilela, Paulo Fonteles e muitos outros.

O movimento pela anistia no Brasil pode ser dividido em três fases; a primeira começa em 1975 com denúncias cautelosas e dispersas dos abusos da ditadura como torturas, assassinatos e desaparecimentos de presos pelos órgãos repressivos do Estado. Essas denúncias foram feitas pelos familiares de mortos e desaparecidos políticos e impulsionadas por D. Paulo Evaristo Arns a partir da Cúria Metropolitana de São Paulo. Nessa fase surge também o Movimento Feminino pela Anistia e o jornal Brasil Mulher, que pretende “ser uma espécie de porta voz do movimento da anistia” de acordo com Leite (2009, p. 118). Na segunda fase, que começa em 1977, o movimento ultrapassa o marco de uma luta local de mulheres e da Igreja Católica, alcançando expressão nacional com a organização dos Comitês Brasileiros pela Anistia (CBAs). Do ponto de vista qualitativo, o movimento transformou-se numa “imensa frente ampla de luta pelas liberdades democráticas, agregando no seu interior forças políticas com princípios políticos, ideológicos e filosóficos conflitantes” (LEITE, 2009, p. 119). A terceira fase, de acordo com a mesma autora, inicia-se com a promulgação da Lei de Anistia em agosto de 1979 e abrange polêmicas em torno da reparação indenizatória, reivindicada por acusados de tortura; a discussão sobre a lei do sigilo, que impede a abertura dos arquivos da ditadura até hoje, e a discussão em torno à anistia por crimes conexos (aos crimes políticos anistiados) praticados por autoridades ou representantes do Estado brasileiro contra perseguidos políticos (LEITE, 2009, p. 118-119).

1.3. Características e consequências

Em 28 de agosto de 1979, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 6.683/79 que concedeu Anistia nestes termos:

“Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido

entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º – Consideram-se conexos, para efeitos deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”

Embora considerada restrita por setores da opinião pública porque excluiu muitos dos presos políticos existentes na época, “a Lei de Anistia teve papel positivo na criação do clima de abertura que se consolidaria no País no transcurso da década de 1980” (BRASIL, 2007, p. 30). Com efeito, ela permitiu a milhares de brasileiros voltar, entre outros: o ex-governador do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, Leonel Brizola, (em 6 de outubro); o ex-governador de Pernambuco Miguel Arraes, o ex-deputado federal Márcio Moreira Alves (em 15 de outubro); os dirigentes comunistas Luis Tenório de Lima (em 29 de setembro), Gregório Bezerra (em 29 de outubro) e Luiz Carlos Prestes (em 9 de dezembro).

Para o MDB, o (único) partido de oposição (tolerado) na época da ditadura, a anistia significava esquecimento e reconciliação. Com efeito, no documento desse partido intitulado “Constituinte com Anistia” lemos: “Anistia é como amnésia, palavra da mesma origem, quer dizer esquecimento, não se lembrar, como se coisas que aconteceram realmente não existiram. É um atributo exclusivo do homem, na sua capacidade de julgar e decidir. Este atributo se aperfeiçoa, na escala individual, pela educação e, na escala política e social, pela

cultura e pela civilização”. Mais adiante no mesmo documento, igualava a anistia à paz nestes termos: “A Anistia é a pacificação da família brasileira, para que não haja vencidos nem vencedores, para que a fraternidade una todos os brasileiros. A Anistia é grande conquista do Estado de Direito. Anistia é a Paz”. E conclui enfaticamente com uma citação do Programa do MDB: “O Movimento Democrático Brasileiro prosseguirá na sua luta pela Anistia ampla e total a favor de todos os civis e militares atingidos pelos atos de exceção e pelo arbítrio, praticados a partir de abril de 1964” (MOVIMENTO..., 1978, p. 26,27).

Concretamente, entretanto, passados mais de trinta anos, ainda não se conhecem os autores materiais nem intelectuais dos desaparecimentos forçados, nem das suas execuções, muito embora a Lei nº 9.140/95 tenha reconhecido como mortas as pessoas desaparecidas no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. O Estado não investigou nem puniu essas graves violações de Direitos Humanos em virtude da aplicação da Lei de Anistia a todos esses casos.

A Lei de Anistia suscita discussões no plano interno, em que o Supremo Tribunal Federal a declarou válida³, e no plano internacional, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou por unanimidade que essa Lei é incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Qual dessas leituras e interpretações deve prevalecer?

2. A validade da Lei de Anistia de acordo com o Supremo Tribunal Federal

Em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal declarou improcedente,

³ Em 29 de Abril de 2010, ao julgar a Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) nº 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que pretendia excluir da Lei o perdão outorgado aos agentes do Estado que cometeram crimes contra opositores políticos durante a ditadura militar.

por sete votos a dois⁴, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF - 153) promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Objetivava o arguente a declaração de não recebimento, pela Constituição brasileira de 1988, do disposto no § 1º do artigo 1º da Lei de Anistia (nº 6.683/79). Isto é, declaração de que a anistia concedida por essa lei não se estende aos crimes comuns como tortura, homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor, praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar.

2.1. O momento histórico como chave para a sua interpretação

A linha mestra do voto do Relator Ministro Eros Grau é o contexto histórico em que a lei surgiu. Nesse diapasão citou o Min. Orosimbo Nonato (*Habeas Corpus* nº 29.151, Relator Ministro Laudo de Camargo, setembro de 1945): “[c]abe ao intérprete, na aplicação da lei, verificar-lhe a finalidade, a *mens legis* atendendo ao momento histórico em que ela surgiu, e ao escopo a que visa, sem se deixar agridir demasiadamente à sua literalidade”⁵. Por isso, destaca o contexto econômico e a situação política brasileira no final dos anos setenta que explicam o acordo político que gerou a Lei de Anistia:

“Toda a gente que conhece a nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79 (...) A inflexão do regime, [a ruptura da aliança entre os militares e a burguesia] deu-se com a crise do petróleo de 1974, mas a formidável luta pela anistia – luta que, com o

respaldo da opinião pública internacional, uniu os ‘culpados de sempre’ a todos os que eram capazes de sentir e pensar as liberdades e a democracia e revelou figuras notáveis como a do bravo senador Teotônio Vilela; a luta encetada inicialmente por oito mulheres reunidas em torno de Terezinha Zerbini, o que resultou no CBA (Comitê Brasileiro pela Anistia); pelos autênticos do MDB, pela própria OAB, pela ABI (à frente Barbosa Lima Sobrinho), pelo IAB, pelos sindicatos e confederações de trabalhadores e até por alguns dos que apoiaram o movimento militar como o general Peri Bevilacqua – é expressiva da página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História.”⁶

A seguir, no seu voto, o Ministro Eros Grau cita o jurista Dalmo Dallari, paladino da restauração democrática que afirma:

“Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção, pelo benefício que resultaria aos perseguidos e às suas famílias (...) De início, procurou-se limitar a anistia aos perseguidos políticos, dizendo-se que não deveriam ser anistiados os que tivessem cometido ‘crimes de sangue’. Isso foi, afinal, sintetizado numa enumeração de crimes que não seriam anistiados, compreendendo, segundo a lei da anistia, os que tivessem sido condenados ‘pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal’. Em sentido oposto, beneficiando os que abusando de uma função pública tivessem cometi-

⁴ Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, que lhe dava parcial provimento nos termos de seu voto, e Ayres Britto, que a julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição.

⁵ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 36.

⁶ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 21.

do crimes. Foram abrangidos os que tivessem cometido crimes políticos ou 'conexos' com esses. Assim, aquele que matou alguém numa sessão de tortura estaria anistiado porque seu principal objetivo era combater um adversário político. O homicídio seria apenas conexo de outro crime, a ação arbitrária por motivos políticos, que seria o principal. Assim se chegou à Lei da Anistia" (DALLARI, 2006).

2.2 O significado da expressão crimes conexos na Lei de Anistia

Dessa forma o Ministro Eros Grau interpreta a Lei de Anistia, principalmente o parágrafo primeiro do art. 1º que se refere aos *crimes conexos* a *crimes políticos* no contexto histórico da discussão, formulação, aprovação e sanção da lei. Nas suas palavras: "A chamada *Lei de anistia* diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia"⁷. Dessa maneira, para ele, a Lei de Anistia foi bilateral favorecendo de um lado as pessoas que cometeram crimes políticos e de outro aos agentes do Estado que cometeram crimes ditos conexos, isto é, crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Citando vários julgados do Supremo Tribunal Federal, ressaltou o caráter amplo das anistias concedidas no Brasil desde 1900 até hoje. Nesse sentido argumenta: "em tema de anistia, a interpretação tem de ser ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos político-jurídicos"⁸.

Seguindo essa linha de pensamento, o Ministro sublinha:

"É a realidade social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979 que há de ser ponderada para que pos-

⁷ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 28.

⁸ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 32.

samos discernir o significado da expressão *crimes conexos* na Lei nº 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada."⁹

Na sua linha argumentativa afirma que a Lei de Anistia é uma lei-medida (*massnahmegesetze*), não uma regra para o futuro, dotada de generalidade e abstração, mas um comando concreto (ato administrativo) trazendo em si mesmo o resultado específico pretendido. Esse tipo de lei "há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam ou, não as tendo vivido, não conhece a História (...) a Lei nº 6.683/79 é como se não fosse, como se não houvesse sido"¹⁰.

2.3 Interpretação e revisão da Lei da Anistia

Frustrando as esperanças dos signatários da petição inicial, o Ministro Eros Grau, justificando o seu voto, afirmou que o "Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação diversa da nele contemplada, a texto normativo"¹¹.

Não se pedia na inicial que o Supremo Tribunal Federal adotasse as prerrogativas do Legislativo, muito embora de modo próprio em outras ocasiões o tenha feito¹².

⁹ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 39.

¹⁰ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 39.

¹¹ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 44.

¹² Por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que suscitou a questão da união de pessoas do mesmo sexo, muito embora o Poder Constituinte não lhe tenha outorgado tal competência (vide o art. 103, § 2º, da Constituição Federal), os Ministros do Supremo agasalharam um tipo de união não previsto na Constituição brasileira. Agiram como Poder Legislativo, deixaram de ser guardiões da Constituição e se transformaram em Poder Constituinte derivado. Outro exemplo é a recente decisão do STF de que fixará as regras sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço prestado pelo trabalhador, uma vez que o inciso XXI do art. 7º da Constituição ainda não foi regulamentado pelo Legislativo.

Solicitava-se apenas que, de acordo com os princípios da ordem democrática vigente no Brasil, o Supremo Tribunal Federal interpretasse a Lei nº 6.683/79 no sentido de que a anistia não se estendesse aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão durante a ditadura militar. Paradoxalmente, a maioria da Suprema Corte brasileira, presa ao passado, não deu esse passo salutar e condizente com os novos tempos. Fundado nos exemplos da Argentina, do Chile e do Uruguai, o Ministro Eros Grau declarou, no voto vencedor, que a “revisão da lei de anistia, se mudanças de tempo e da sociedade a impuserem, haverá de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário”¹³.

Mais preocupado com a afirmação da governabilidade, estabilidade social, ordem, segurança ou valores semelhantes, de fato, o Supremo Tribunal Federal paradoxalmente abdicou do valor justiça. No voto acolhido pela maioria, o Ministro Eros Grau justifica a sua negativa em dar outra interpretação à Lei de Anistia mencionando votos do ex-Ministro Sepúlveda Pertence¹⁴ “a propósito da não abrangência, pela anistia, dos praças expulsos dos quadros militares por motivação política apenas porque, não sendo titulares de estabilidade, a punição não precisava fundar-se em atos de exceção; bastava, para tanto, a legislação disciplinar, a iniquidade patente, jamais foi corrigida”¹⁵. Ora em lugar de denunciar essas iniquidades para superá-las ou corrigi-las a partir de uma nova leitura das normas em questão porque “as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto textos, enunciados, disposições, não dizem nada: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem”

¹³ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 47.

¹⁴ No RE nº 125.641, Relator Min. Celso de Mello, em 1991 e na Ação Originária nº 13, Relator Ministro Marco Aurélio, em 1992.

¹⁵ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 44.

(GRAU, 2009, p. 86) os insignes intérpretes utilizam a iniquidade “patente” e “jamais corrigida” para servir de fundamento a outra iniquidade maior.

Esses fatos nos colocam frente à perturbadora constatação do jurista francês Jacques Ellul (1990) de que o valor justiça na nossa sociedade técnica é concebida não mais como uma exigência premente de nosso dia a dia aplicável aos problemas individuais, mas ela se transformou apenas em uma ideia, uma noção abstrata da qual é mais fácil se desfazer, nas suas próprias palavras:

“Cependant les hommes du droit ont des scrupules et ne peuvent sans mauvaise conscience éliminer la justice du droit. Ils ne peuvent pas davantage la conserver à cause du trouble que cette idée apporte, de son incertitude et de son imprévisibilité. La technique juridique pour être précise suppose que l’on ne s’encombre plus de la justice [...] l’idée d’ordre et de sécurité se substitue comme but et fondement du droit à celle de justice lorsque la technique juridique est assez développée” (ELLUL, 1990, p. 267-268).

Ensina Luis Recasens Siches (1970, p. 653) que é tarefa do juiz “anticipar mentalmente los efectos que la aplicación de una norma jurídica produciría”. Salta aos olhos que, no caso em tela, do ponto de vista axiológico, as consequências da aplicação do parágrafo em questão da Lei de Anistia não se coadunam com os valores do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil:

Primeiro porque acobertam-se crimes comuns como tortura, estupro, sequestro e desaparecimento forçado de pessoas;

Segundo porque a Constituição de 88 declara que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Terceiro porque a Constituição de 88, muito embora a pretendida recepção da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) pela EC nº

26/85, considera a prática de tortura crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia por ela respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (art. 5º, XLIII);

Quarto porque a impunidade desses crimes comuns ofende um dos fundamentos do Estado Democrático que é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), sinalizando para a sociedade que os Direitos Humanos podem ser violados pelos agentes estatais sem nenhuma consequência para os transgressores nem no âmbito civil, nem na esfera administrativa e, menos ainda, no âmbito penal; viola ademais o direito fundamental dos parentes e famílias das pessoas desaparecidas à informação (verdade do acontecido) e à memória (saberem onde se encontram os restos e o direito de recobrá-los para dar-lhes humana sepultura de acordo com as suas crenças); e

Quinto porque a validade do art. 1º, § 1º, da Lei de Anistia é incompatível com os compromissos assumidos pelo Brasil em tratados internacionais, como veremos mais adiante.

2.4. A reafirmação da Lei da Anistia pela Emenda Constitucional nº 26/85

Com base na Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985, o Ministro Eros Grau legitima a Lei de Anistia porque essa emenda inauguraria um novo sistema normativo, e, seguindo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, estabelece uma ponte com base no Direito Positivo entre o regime político de exceção que morre e o democrático que nasce nos seguintes termos: "(...) quando o Congresso Nacional promulga uma emenda (nº 26) conforme os artigos 47 e 48 da Constituição 67/69, emenda que altera os próprios artigos, não é a norma dos artigos 47 e 48 que está sendo utilizada, mas uma outra, pois o poder constituído já assumiu o papel de constituinte".

De sorte que, para o eminente ministro, a Emenda Constitucional nº 26/85 inaugura a nova ordem constitucional, "consubs-

tancia a ruptura da ordem constitucional que decairá plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988. Consubstancia, nesse sentido, a *revolução branca* que a esta confere legitimidade. Daí que a reafirmação da anistia da lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada à nova ordem. Compõe-se na origem da nova norma fundamental"¹⁶.

Entretanto, como é sobejamente conhecido no Brasil, houve uma transição negociada à democracia e nesses processos há sempre, por parte dos integrantes do antigo regime, enormes esforços para garantir a impunidade de seus agentes e, nesse sentido, deve ser lida a inclusão no bojo da Emenda Constitucional nº 26/85 de um assunto que nada tinha a ver com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, que era o objetivo principal dessa emenda.

Por outro lado, muito embora houvesse esforços para trazer a anistia ao manto protetor da Constituição cidadã de 1988, isso está longe de ficar demonstrado, porque a citação do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior no voto vencedor está fora de contexto. Com efeito, o afamado jurista da Universidade de São Paulo coloca a Emenda Constitucional nº 26/85 como um exemplo de troca de funcionamento do sistema, não está analisando (e seria injusto induzir ou deduzir de suas palavras o que ele não disse) a questão da anistia, muito menos a de que crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, na ditadura militar, coadunam-se com o espírito da Constituição de 1988 (FERRAZ JÚNIOR, 1996, p. 193-196). O que Ferraz Júnior (1996, p. 193) está discutindo é a questão das mudanças de padrão de funcionamento de um dado ordenamento jurídico, "essa mudança de padrão é dinâmica: o sistema vai de um padrão a outro, volta ao padrão anterior, adquire um novo, num processo de câmbios estruturais, cuja velocidade

¹⁶ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 55.

depende da flexibilidade de suas regras de calibração". No caso em tela, a mudança havida do regime ditatorial para o regime democrático, vista do ângulo pragmático analisado por Ferraz Júnior (1996, p. 196), implica que "a revolução só ocorre se, com a mudança da constituição, mudar também a calibração do sistema". Ora, é inegável que, no caso brasileiro, o sistema normativo jurídico mudou inúmeras regras de calibração a começar pela incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana, pela instituição do Estado Democrático e pela supressão dos valores da Doutrina da Segurança Nacional e da Política de Segurança Nacional e de todo o denominado "entulho autoritário".

Assim sendo, houve revolução porque houve a mudança do padrão do regime de exceção por um outro, a saber: o regime democrático de direito. Nas palavras de Miguel Reale ao falar sobre a revolução: "não há revolução propriamente dita sem alteração no sistema de Direito Público sem a instauração de uma ordem nova *com mudança correspondente na atitude espiritual do povo*" (REALE, 1972, p. 137, grifo nosso).

De qualquer forma, já foi dito pelos antigos que "a letra mata e o espírito vivifica"¹⁷. Cabia então ao Supremo Tribunal Federal insuflar novo espírito à Lei de Anistia (principalmente ao art. 1º, §1º, da Lei nº 6.683/79), deixando de lado ou fora dela aspectos ranços, já superados, que tinham justificativa na vigência do regime ditatorial (porém não agora) ou dar-lhe interpretação conforme a Constituição cidadã. O Supremo Tribunal Federal não o fez, perdendo essa oportunidade histórica.

2.5. Os obstáculos ao exercício do direito fundamental à informação

Por último, nas observações finais do voto vencedor¹⁸, há duas declarações louváveis, porém incoerentes com o julga-

mento final de improcedência da ação, a saber: o reconhecimento da necessidade do "desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento de quanto ocorreu entre nós durante as décadas sombrias" e uma condenação de "todas as formas de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais ou delinqüentes". Dá a impressão de que, depois de fazer um fantástico esforço em lógica argumentativa em prol da afirmação de razões de Estado, o eminente Ministro admitisse que no fundo: a humanidade do pedido que ele vem rejeitar e a justiça da causa pleiteada historicamente acabarão se impondo. Assim as observações finais acabam sendo como o final de uma sentença procedente ainda não escrita ou um convite a que os familiares das vítimas e a própria sociedade civil continuem a buscar a justiça ora denegada.

Há também um excerto de um poema do insigne poeta uruguaio Mario Benedetti. Não fica claro qual o objetivo do Ministro Eros Grau ao citar esse poema, mas há uma completa falta de coerência entre os seus pensamentos que afirmam a improcedência da ação e os seus solidários sentimentos com o sofrimento das vítimas que exige por justiça o deferimento da petição, uma vez que as feridas da tortura e o suplício que denuncia o homem preso e que fazem chorar seu filho implicam a existência de um torturador que continua impune [talvez em virtude de alguma lei de anistia] para vergonha dos intérpretes da lei.

Eis aqui o inteiro teor do poema citado:

"Hombre preso que mira a su hijo
Quando era como vos me enseñaron los viejos
y también las maestras bondadosas y miopes
que libertad o muerte era una redundancia
a quién se le ocurría en un país
donde los presidentes andaban sin capangas
que la patria o la tumba era otro pleonasma
ya que la patria funcionaba bien
en las canchas y en los pastoreos

realmente botija no sabian un corno
pobrecitos creían que libertad
era tan sólo una palabra aguda

¹⁷ Epístola de S. Paulo aos Coríntios 3:6.

¹⁸ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafos 59 e 60.

que muerte era tan sólo grave o llana
y cárceles por suerte una palabra esdrújula

olvidaban poner el acento en el hombre

la culpa no era exactamente de ellos
sino de otros más duros y siniestros
y éstos sí

cómo nos ensartaron
con la limpia república verbal
cómo idealizaron
la vidurria de vacas y estancieros

y cómo nos vendieron un ejército
que tomaba su mate en los cuarteles

uno no siempre hace lo que quiere
uno no siempre puede
por eso estoy aquí
mirándote y echándote
de menos

por eso es que no puedo despeinarte el jopo
ni ayudarte con la tabla del nueve
ni acribillarte a pelotazos

vos sabés que tuve que elegir otros juegos
y que los jugué en serio

y jugué por ejemplo a los ladrones
y los ladrones eran policías

y jugué por ejemplo a la escondida
y si te descubrían te mataban
y jugué a la mancha
y era de sangre

botija aunque tengas pocos años
creo que hay que decirte la verdad
para que no la olvides

por eso no te oculto que me dieron picana
que casi me revientan los riñones

todas estas llagas hinchazones y heridas
que tus ojos redondos
miran hipnotizados
son durísimos golpes
son botas en la cara
demasiado dolor para que te lo oculte
demasiado suplicio para que se me borre

pero también es bueno que conozcas

que tu viejo calló
o puteó como un loco
que es una linda forma de callar

que tu viejo olvidó todos los números
(por eso no podría ayudarte en las tablas)
y por lo tanto olvidé todos los teléfonos

y las calles y el color de los ojos
y los cabellos y las cicatrices
y en qué esquina
en qué bar
en qué parada
en qué casa
y acordarme de ti
de tu carita
lo ayudaba a callar
una cosa es morirse de dolor
y otra cosa es morirse de vergüenza

por eso ahora
me podés preguntar
y sobre todo
puedo yo responder

uno no siempre hace lo que quiere
pero tiene el derecho de no hacer
lo que no quiere

llorá nomás botija
son macanas
que los hombres no lloran
aquí lloramos todos

gritamos berreamos moqueamos chillamos
maldecimos
porque es mejor llorar que traicionar
porque es mejor llorar que traicionarse

llorá
pero no olvides."

3. As razões dos votos vencidos

A Coordenação Geral de Direito Internacional da Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores emitiu uma nota técnica¹⁹ na qual destaca a existência de duas correntes de doutrinadores opinan-

¹⁹ Nota técnica CONJUR/CGDI/2008, de autoria de Álvaro Chagas Castelo Branco, Advogado Geral da União, datada de 10/11/2008.

do sobre a conveniência ou não de julgar os responsáveis pelas violações de Direitos Humanos na fase de transição ou de consolidação do Estado Democrático de Direito, na história dos países que vivenciaram o debate sobre a anistia por crimes políticos.

O referido documento indica que “há quem coloque o dilema entre ‘processar e punir’ *versus* ‘perdoar e esquecer’”. Os primeiros são denominados “puristas” e os segundos, “pragmáticos”. Para os “puristas”, “a estabilidade e a reconciliação são uma *conseqüência* do estabelecimento da justiça e do primado da lei”. Para os “pragmáticos”, “a estabilidade e a reconciliação são uma *condição* da restauração do primado da lei.”²⁰

No mesmo sentido, são apresentados outros argumentos favoráveis e contra os julgamentos daqueles indiciados por violações contra os Direitos Humanos. Por um lado, os “puristas” defendem que se trata de “uma obrigação devida às vítimas” e que “deve ser feita para prevenir futuras violações” exercendo, nesse sentido, a função “pedagógica” de “prestação pública de contas, que constitui um elemento-chave das sociedades democráticas”. Por outro lado, os “pragmáticos” alegam que “as divisões do passado devem acabar, a compreensão entre grupos diferentes é importante para a democracia” e, ainda, que “os crimes do anterior poder tinham apoio público, ou foram realizados por razões superiores para limitar males maiores”²¹

A nota técnica argumenta que “o perdão não constitui um ato gratuito e isolado, mas antes parte de um processo de restauração de uma ordem moral em que o acusado admita os seus atos, que a verdade seja revelada, que foi errado o que fez, que não voltará a fazê-lo, compensando os prejuízos que provocou.”²²

²⁰ Nota técnica CONJUR/CGDI/2008, p. 210, parágrafos 16 e 17.

²¹ Nota técnica CONJUR/CGDI/2008, p. 210, parágrafos 18 e 19.

²² Nota técnica CONJUR/CGDI/2008, p. 211, parágrafo 21.

Todavia, pela experiência histórica, observa-se exatamente o oposto: os acusados por práticas de crimes contra os Direitos Humanos, normalmente, não se arrependem do que fizeram. Ao contrário, jactam-se de que todos os seus atos, muitos dos quais tipificados como crimes contra a humanidade²³, simplesmente foram realizados para o bem do país.

Ao analisar, por exemplo, a legislação de anistia do Chile, particularmente o Decreto Lei nº 2.191/1978, a nota técnica da Coordenação Geral de Direito Internacional da Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores observa que o referido

²³ De acordo com o artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, os crimes contra a humanidade são “qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) *Homicídio*; b) *Extermínio*; c) *Escravidão*; d) *Deportação ou transferência forçada de uma população*; e) *Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional*; f) *Tortura*; g) *Agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável*; h) *Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido nesse parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal*; i) *Desaparecimento forçado de pessoas*; j) *Crime de apartheid*; k) *Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental*”. Para o mesmo Estatuto, por “‘tortura’ entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; esse termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas”; por “‘desaparecimento forçado’ de pessoas entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância desses, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo” (grifo nosso).

Decreto Ley “foi duramente criticado pela doutrina e pelos tribunais chilenos” e destaca a posição do jurista Humberto Nogueira Alcalá (2005), que defende a interpretação daquele diploma legal em harmonia com o Direito Internacional:

“(…) su interpretación debe realizarse excluyendo los delitos de lesa humanidad y las graves violaciones del derecho internacional imperativo ya que es dable presumir que el legislador no ha intentado derogar el derecho internacional consuetudinario y soslayar el derecho internacional imperativo. En situación de eventual conflicto entre dicho decreto ley y las normas de *ius cogens* y derecho consuetudinario internacional y derecho convencional de los derechos humanos, deben aplicarse preferentemente estas ultimas; por tanto, el decreto ley no es aplicable a los casos de tortura (apremios ilegítimos), desapariciones forzadas (secuestro), ejecuciones sumarias u otros delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad” (NOGUEIRA ALCALÁ, 2005, p. 130).

Nesse sentido, conclui o professor chileno que:

“(…) el Decreto Ley 2.191 de Amnistia fue establecido com deliberada mala fe y la voluntad de incumplir las obligaciones internacionales del Estado de Chile, vale decir, com la voluntad de producir una autoamnistía de quienes dentro de una política estatal represiva del régimen militar habían desarrollado sistémicamente crímenes contra la humanidad o delitos de lesa humanidad, como son las desapariciones forzadas (secuetros), la tortura (apremios ilegítimos), las ejecuciones sumarias, entre otros. En tal caso, el Decreto Ley 2.191 está viciado de nulidad absoluta con efecto retroactivo (*ex tunc*) o es, utilizando una expresión castiza, ‘inezequible’, vale decir, inejecutable, y no pue-

de producir efectos en el derecho chileno, en la medida que vulnera abiertamente los artículos 2.1 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos, ya ratificado em 1972 y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, articulo 18, además del derecho internacional consuetudinario y los principios de *ius cogens*, que consideraban como delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad las desapariciones forzadas practicadas como métodos represivos, las cuales ya estaban prohibidas al momento en que se dictó el Decreto Ley 2.191, lo cual tiene mayor fuerza aún en el presente, producto de la doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en aplicación de los artículos 8 y 25 en armonía con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial atendiendo a que los secuetros (desapariciones forzadas) constituyen delitos permanentes” (NOGUEIRA ALCALÁ, 2005, p. 130).

Portanto, nesses casos é inadmissível a aplicação de autoanistia. Conforme indica a nota técnica da Coordenação Geral de Direito Internacional da Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores, ao manifestar-se nos autos do caso “Barrios Altos” (BARRIENTOS-PARRA, 2011, p. 383-410), do Perú, o então juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e atual membro da Corte Internacional de Justiça, Caçado Trindade, enfatizou no seu voto que:

“(…) a pretendida legalidade no plano do direito interno dessas auto-anistias, ao levarem à impunidade e à injustiça, encontram-se em flagrante incompatibilidade com a normativa de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando violações *de jure* dos direitos da pessoa humana, em uma afronta

inadmissível à consciência jurídica da humanidade (pars. 5-6 e 26). Ou seja, as leis de auto-anistia estão viciadas de nulidade *ex tunc*, de nulidade *ab initio*, carecendo portanto de todo e qualquer efeito jurídico.”²⁴

No caso da ADPF 153, os dois Ministros do Supremo Tribunal Federal que tiveram seus votos vencidos (Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Brito) argumentaram na mesma linha da doutrina chilena supracitada e mantiveram-se sintonizados com a hermenêutica da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.1. O voto do Ministro Lewandowski

No seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski alerta para o fato de que:

“A ausência de ações penais contra os agentes do Estado pela prática de crimes comuns durante o período estabelecido na Lei 6.683/1979, qual seja, entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, está a revelar que se generalizou a impressão entre os operadores do Direito, de que a anistia teria abrangido todas as condutas delituosas praticadas naquele lapso temporal. Em outras palavras, ela englobaria, genericamente, os vários atores do cenário político de então, de modo a abortar, ainda no nascedouro, qualquer iniciativa de responsabilidade criminal individualizada”.²⁵

Nesse sentido, o Ministro Lewandowski recorda a Extradução 974, cujo acórdão afirma que “o crime de seqüestro, possivelmente seguido de homicídios, tem caráter permanente. Ou seja, o resultado delituoso protrai-se no tempo, enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade ou os seus restos mortais não forem encontrados. Isso quer dizer que os respectivos prazos prescricionais somente começam a fluir a partir

²⁴ Nota técnica CONJUR/CGDI/2008, p. 216, parágrafo 44.

²⁵ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 5.

desses marcos temporais”²⁶. Prossegue o Ministro salientando que “esses seqüestros podem, em tese, ainda, subsistir. Portanto estamos diante de um crime de caráter permanente.”²⁷

O Ministro Lewandowski ratificou, ainda, a manifestação da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, quando afirma que “a Lei da Anistia, deliberadamente, não trouxe a previsão de anistia aos agentes do Estado que praticaram crimes comuns contra os opositores do regime de exceção”²⁸. Na mesma linha, após arrolar os delitos comuns praticados por agentes do Estado, o voto alerta para o fato de que

“a tipificação de tais delitos, na maioria dos casos, também estava reproduzida, inclusive quanto às respectivas penas, nos Códigos Penais Militares de 1944 e 1971, que vigoraram durante todo o regime de exceção, e aos quais se sujeitavam todos os militares e pessoas legalmente assemelhadas a eles. O mesmo se diga quanto ao delito de tortura. Embora este crime tenha sido formalmente tipificado apenas a partir da Lei 9.455/1977, a sua prática, evidentemente, jamais foi tolerada pelo ordenamento jurídico republicano, mesmo aquele vigente no regime de exceção.”²⁹

Além disso, “os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado.”³⁰

Sublinhando a necessidade de o Brasil respeitar os seus compromissos interna-

²⁶ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 6.

²⁷ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 7.

²⁸ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 9.

²⁹ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 19.

³⁰ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 20.

cionais, o Ministro Ricardo Lewandowski adverte que:

“(…) a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – também internalizada pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto, conforme estabelece o seu artigo 1.1. A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos.”³¹

3.2. O voto do Ministro Ayres Brito

Por seu turno, o Ministro Ayres Brito, como de hábito, inicia o seu voto na ADPF 153 com um poema da sua lavra:

“A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão. A humanidade tem o dever de odiar os seus ofensores, odiar seus ofensores, odiar seus ofensores, porque o perdão coletivo é falta de memória e de vergonha. Convite masoquístico à reincidência.”³²

Em seguida, o Ministro Ayres Brito, ao interpretar a Lei de Anistia, assevera:

“Antigamente se dizia o seguinte: hipocrisia é a homenagem que o vício presta à virtude. O vício tem uma necessidade de se esconder, de se camuflar, e termina rendendo homenagens à virtude. Quem redigiu essa lei não teve coragem – digamos assim – de assumir essa propalada intenção de anistiar torturadores, estupradores, assassinos frios de

prisioneiros já rendidos; pessoas que jogavam de um avião em pleno vôo as suas vítimas; pessoas que ligavam fios desencapados a tomadas elétricas e os prendiam à genitália feminina; pessoas que estupravam mulheres na presença dos pais, dos namorados, dos maridos. Mas o Ministro Ricardo Lewandowski deixou claro que certos crimes são pela sua própria natureza absolutamente incompatíveis com qualquer idéia de criminalidade política pura ou por conexão³³ (...) Essas pessoas de quem estamos a tratar – torturadores *et cetera* – desobedeceram não só à legalidade democrática de 1946, como à própria legalidade autoritária do regime militar. Pessoas que transitaram à margem de qualquer idéia de lei, desonrando as próprias Forças Armadas, que não compactuavam nas suas leis com atos de selvageria, porque torturador não é um ideólogo.”³⁴

Na mesma perspectiva, o Ministro Ayres Brito classifica o delito executado por agente do Estado como crime de lesa-humanidade, “praticado por antipessoa. Antipessoa que é pior do que um animal. Isto é, além de não ser pessoa, é pior do que um animal, porque o animal não tortura. Mas a lei que anistiar um monstro, que assim o diga. E me parece que a lei não o disse”³⁵.

Percebe-se, claramente, o alinhamento dos argumentos elencados nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Brito na ADPF 153 com a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, de 24 de novembro de 2010.

³³ Voto do Ministro Ayres Brito na ADPF 153, páginas 4-5.

³⁴ Voto do Ministro Ayres Brito na ADPF 153, página 6.

³⁵ Voto do Ministro Ayres Brito na ADPF 153, página 9.

³¹ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 31.

³² Voto do Ministro Ayres Brito na ADPF 153, página 2.

Nesse caso, a CIDH reiterou que

“são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos” (CORTE..., 2010).

Além disso, a Corte

“considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (*supra* pars. 87, 135 e 136) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia, impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana” (CORTE..., 2010).

Assim,

“uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2 desse instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as

disposições legais que poderiam contrariá-lo, como são as que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que conduzem à falta de proteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos” (CORTE..., 2010).

A sentença da CIDH adverte que, verificada a

“sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil” (CORTE..., 2010).

A sentença da CIDH prossegue:

“Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto-anistia ou um ‘acordo político’, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (*supra* par. 171), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de Direitos Humanos e não se restringe somente às denominadas ‘autoanistias’. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves viola-

ções de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1. e 2 da Convenção” (CORTE..., 2010).

O Poder Judiciário não está imune à aplicação das normas internacionais. A CIDH

“estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um ‘controle de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (CORTE..., 2010).

Finalmente, quanto ao descumprimento, pelo STF, das suas obrigações internacionais, decorrentes da ratificação pelo Brasil de tratados internacionais, a sentença é clara:

“o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade

pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno” (CORTE..., 2010).

Portanto, o Brasil poderá ser responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento da sentença da CIDH. Resta, finalmente, saber se o País estará preparado para minimizar os impactos negativos na sua imagem e na sua reputação de potência emergente frente à comunidade internacional. O Brasil terá que avaliar as consequências políticas decorrentes dessa opção de não revogar a sua Lei de Anistia, sobretudo diante dos efeitos colaterais, ou danos, eventualmente produzidos na sua histórica campanha para a obtenção de

um assento permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas.

4. Conclusões

Da análise anterior concluímos que, em função da improcedência por sete votos a dois da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, o Supremo Tribunal Federal perdeu uma oportunidade histórica no sentido de possibilitar o julgamento e a eventual condenação dos agentes do Estado amparados pela Lei de Anistia (Lei 6.683/79). Em consequência disso, todas as pessoas que cometeram crimes comuns relacionados com crimes políticos continuam impunes.

De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2010) no julgamento do caso Gomes Lund e outros, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana dos Direitos Humanos, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação desses fatos.

Ao confirmar a validade da Lei de anistia sem considerar as obrigações internacionais contraídas derivadas do Direito Internacional, o Brasil emergente confirma estudos do pensador francês Jacques Ellul (1990) de que, nas sociedades que atingiram certo grau de evolução jurídica, a ideia de ordem e de segurança passa a ocupar o lugar da justiça como fim e fundamento do direito.

Referências

ARNS, Paulo Evaristo; WRIGHT, James. *Brasil nunca mais: um relato para a história*. Rio de Janeiro: Vozes, 1985.

BARRIENTOS PARRA, Jorge. Crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com a convivência estatal à luz do direito interno e

internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 903, p. 383-410, jan. 2011.

_____. O caso Fujimori: exemplo de superação da impunidade em América Latina. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 14, n. 19, p. 199-213, 2010.

_____. O caso Pinochet e a universalização da luta pelos direitos humanos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 763, p. 425-474, maio 1999.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à memória e à verdade: Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2007.

CARVALHO, André Ricardo; MIALHE, Jorge Luís. Dicotomia entre império da técnica no e sobre o direito e a busca da noção de justo no direito interno e internacional. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 22, p. 11-33, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs Brasil*: sentença de 24 de Novembro de 2010. San Jose: Corte IDH, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2011.

LEITE, Rosalina de Santa Cruz. Elas se revelam na cena pública e privada: as mulheres na luta pela anistia. In: SILVA, Haiké R. Kleber da. *A luta pela anistia*. São Paulo: Unesp, 2009.

DALLARI, Dalmo. Depoimento prestado à Fundação Perseu Abramo. *Fundação Perseu Abramo*, São Paulo, 23 abr. 2006. Disponível em: <www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/memoria-e-historia/exposicoes-virtuais/dalmo-dallari>. Acesso em: 26 jan. 2012.

ELLUL, Jacques. *La technique ou l'enjeu du siècle*. Paris: Economica, 1990.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GASPARI, Elio. *A ditadura derrotada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

HAAG, Carlos. Fê-lo porque quis o quê? *Revista Pesquisa FAPESP*, Pinheiros, n. 182, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.revistapesquisa.fapesp.br/?art=4404&bd=1&pg=1&lg=>>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

LIMA, Maria Dutra de; SILVA, Marilza Aparecida da. *A luta pela anistia: 30 anos*. Campinas: Arquivo Edgard

Leuenroth, 2009. Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/ael/anistia/index.php>>. Acesso em: 7 jun. 2011.

MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. *Constituinte com anistia: compromissos políticos, sociais e econômicos do MDB*. Brasília: Diretório Nacional Movimento Democrático Brasileiro, 1978. 15 v. (Coleção Alberto Pasqualini).

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 y su armonización con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 18, n. 2, p. 130, dic. 2005.

REALE, Miguel. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Saraiva, 1972.

SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del Derecho*. México: Porrúa, 1970.

SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco: 1930-1964*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

SILVA, Haiké R. Kleber da. *A luta pela anistia*. São Paulo: Unesp, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

Regulação dos Fundos Soberanos

O debate norte-americano

Leonel Cesarino Pessoa

Sumário

1. Introdução. 2. A nova atuação dos Fundos Soberanos - FS. 3. Defesa da não regulação. 4. Defesa de uma regulação *branda*. 5. Defesa de uma regulação *dura*. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Houve, nas últimas décadas, um grande crescimento do Investimento Direto no Exterior (IED). De acordo com dados da UNCTAD, o fluxo de IED, que era, em 1982, da ordem de US\$ 52 bilhões, atingiu, em 2007, US\$ 1,9 trilhão, o que fez com que o saldo de IED acumulado, do início dos anos 1980 até 2007, atingisse a impressionante cifra de US\$ 15,6 trilhões (UNITED NATIONS, 2008, p. 15).

Parte desse investimento foi feito pelos chamados Fundos Soberanos. Esses investidores não são novos. Eles existem desde 1953, quando foi criado o Fundo Soberano do Kwait - *KIA Kwait Investment Authority*. Outros tantos, como o *ADIA - Abu Dhabi Investment Authority* -, o *Temasek Holding*, de Singapura, e o *Permanent Reserve Fund*, do Alasca, já existem há mais de 30 anos.

Atualmente, de acordo com dados do *Sovereign Wealth Fund Institute*, há 54 Fundos Soberanos em 40 países. Em dezembro de 2008, por meio da Lei nº 11.887, também o Brasil criou um Fundo Soberano, regulamentado, em dezembro de 2009, pelo Decreto 7.055.

Leonel Cesarino Pessoa é Doutor em Direito pela USP, foi pesquisador visitante na *New School for Social Research* (Nova York/EUA) e na *Università Commerciale Luigi Bocconi* (Milão/Itália). Professor do programa de Mestrado e Doutorado em Administração de Empresas da Universidade Nove de Julho. Juiz do TIT - Tribunal de Impostos e Taxas e advogado em São Paulo.

Recentemente, no entanto, os Fundos Soberanos passaram a chamar a atenção do meio acadêmico e do público em razão de suas novas políticas de investimento: em vez de comprar títulos do tesouro americano, eles passaram a investir em ativos com maior risco e retorno, tais como *private equities* e participações em empresas.

O resultado dessa nova política foi uma grande preocupação, na Europa, nos Estados Unidos e em outros países como a Austrália e o Canadá, sobre a regulação desses Fundos. Também no Brasil, tramita, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 3.581, de 2008, com o objetivo de limitar a atuação dos Fundos Soberanos no território nacional.

Se, por um lado, acredita-se que o fluxo de capital provindo dos Fundos Soberanos seja benéfico para a economia dos países destinatários do investimento, por outro lado, teme-se que uma série de distorções possam resultar desses investimentos. Teme-se que seus objetivos possam não ser simplesmente maximizar seus investimentos, mas atuar estrategicamente (controlando o acesso a ativos estratégicos e estabelecendo ações que possam distorcer a formação de preços) em benefício de seu país de origem, com riscos para o país destinatário do investimento.

O debate sobre a regulação dos Fundos Soberanos ainda é incipiente no Brasil, mas já se desenvolve, há algum tempo, nos Estados Unidos. O objetivo deste trabalho é descrever essa nova atuação dos Fundos Soberanos e apresentar o debate sobre sua regulação, tal como ele se desenvolve no direito norte-americano.

O estudo do debate estadunidense sobre a regulação dos Fundos Soberanos justifica-se por pelo menos duas razões. Por um lado, tendo em vista que a internacionalização das empresas nacionais pode contribuir em muito para a dinamização da economia brasileira e que a continuidade dos níveis atuais de IED depende da qualidade das políticas públicas associadas (COUTINHO; HIRATUKA; SABATINI, 2008, p. 83), trata-

-se de discutir o fundo soberano como política pública, instituída com o objetivo de apoiar a internacionalização das empresas brasileiras.

Se um dos objetivos do Fundo Soberano do Brasil é “fomentar projetos de interesse estratégico do País localizados no exterior” (Lei 11.887/08, artigo 1º), é importante que as restrições aos investimentos dos Fundos Soberanos sejam conhecidas e discutidas, de forma que o recém-criado Fundo Soberano do Brasil obtenha o maior êxito possível nas suas funções.

Por outro lado, pretende-se contribuir para a discussão sobre a regulação dos Fundos Soberanos com o objetivo de que o Projeto de Lei 3.581, de autoria do Deputado Fernando Diniz, em tramitação no Congresso Nacional, seja analisado à luz de toda discussão que existe, hoje, no mundo, sobre a regulação dos Fundos Soberanos para que os investimentos dos Fundos Soberanos estrangeiros no Brasil sejam regulados de forma que a economia brasileira possa tirar deles o máximo proveito.

O trabalho será dividido em cinco partes, além desta introdução. Na primeira parte, os Fundos Soberanos serão sucintamente introduzidos e será mostrada sua nova política de investimentos. Na segunda, terceira e quarta partes, serão apresentadas e analisadas três visões diferentes sobre a regulação dos Fundos Soberanos: a proposta daqueles que defendem que não deve haver regulação alguma além das regras já existentes, a proposta de regulação branda e as propostas de regulação que procuram estabelecer regras mais duras para esses Fundos. A sexta parte traz as considerações finais apontando algumas das vantagens e desvantagens de cada tipo de regulação e sugerindo novos tendo em vista o caso específico do Brasil.

2. A nova atuação dos Fundos Soberanos – FS

Hoje em dia, acredita-se que o IED para fora e para dentro gera benefícios

para sistemas econômicos crescentemente interdependentes. Parte desses investimentos pode ser e é, hoje em dia, feito por Fundos Soberanos. Uma das razões da importância do investimento direto estrangeiro, por exemplo, nos Estados Unidos, é de ordem macroeconômica. O relatório preparado, em junho de 2008, pelo *Joint Committee on Taxation* do Congresso, intitulado *Economic and U.S. Income Tax Issues Raised by Sovereign Wealth Fund Investment in the United States* (JOINT COMMITTEE ON TAXATION, 2008, p. 1), explicita essa importância. De acordo com o documento, sempre que um país importa mais que exporta, a moeda que seus residentes usam para importar deve retornar ao país, seja como pagamento pelas exportações do país, seja para comprar ativos no país. Como, nos últimos 25 anos, o saldo da balança comercial dos Estados Unidos tem sido negativo, nesse país, os investimentos dos Fundos Soberanos são especialmente importantes. A rigor, o influxo de recursos no mercado de capitais americano sob a forma de investimentos diretos é um dos fatores que sustenta o déficit da Balança Comercial americana. Mas, de acordo com Coutinho, Hiratuka e Sabatini (2008, p. 69), não apenas fatores macroeconômicos, mas também microeconômicos e ligados ao comércio exterior atestam a importância do investimento direto estrangeiro, a cargo também dos Fundos Soberanos.¹

No entanto, ainda que esses investimentos possam trazer grandes benefícios para os países destinatários, recentemente eles passaram a preocupar as autoridades de diversos desses países.

Os Fundos Soberanos existem já há muito tempo, mas recentemente eles começaram a chamar a atenção em razão do seu enorme crescimento nos últimos anos: eles têm se multiplicado em número e o valor dos seus ativos também tem crescido exponencialmente. Estimativas do FMI apontam que os ativos dos Fundos Soberanos eram

da ordem de US\$ 2 a 3 trilhões em fevereiro de 2008 (IMF, 2008, p. 6). Estima-se que esse valor possa atingir US\$ 13,4 trilhões em uma década (IMF, 2008, p. 6; LYONS, 2008, p. 179).

A inexatidão sobre os valores – que é patente nos dados do FMI – reflete o grau de transparência dos diversos Fundos Soberanos. Enquanto alguns, como o *Government Pension Fund*, da Noruega, são absolutamente transparentes, sobre outros Fundos pouco se sabe. No texto do FMI, estimativas sobre o *ADIA – Abu Dhabi Investment Authority* – indicavam um valor entre 250 e 875 bilhões de dólares.

Até pouco tempo, os investimentos dos Fundos Soberanos eram considerados conservadores: investia-se em “*US treasury securities*” e outros “*national government bonds*” (GILSON; MILHAUPT, 2008, p. 1347).²

Recentemente, no entanto, vários fundos soberanos passaram a anunciar uma mudança na estratégia de investimentos em direção a ativos com maior risco e retorno, tais como *equities* e de participação em empresas. Mesmo o *Government Pension Fund*, da Noruega, considerado um dos mais conservadores entre os Fundos Soberanos, anunciou um aumento na alocação de recursos em *equities*: elas passariam de 40% a 60% de seu portfólio (GILSON; MILHAUPT, 2008, p. 1348).

Essa mudança na política dos Fundos Soberanos resultou em uma série de novos investimentos, antes inimagináveis. Recentemente, o *ADIA – Abu Dhabi Investment Authority* adquiriu 4,9% das ações ordinárias do Citibank. Uma fabricante de *chips (chipmaker)*, com contratos significativos com o departamento de defesa dos Estados Unidos, vendeu 8,1% das ações ordinárias para outro fundo dos Emirados Árabes (GILSON; MILHAUPT, 2008, p. 1348). Em 2007, aproximadamente 10% das ações, ainda que sem direito a voto, da Blackstone – um grande grupo de *private*

¹ Ver também Campanário et al (2011).

² Ver também *International Monetary Fund* (2008, p. 8).

equity que, indiretamente, por meio de suas *holdings*, é um dos maiores empregadores dos Estados Unidos – foram compradas por entidades controladas pelo governo chinês. Entidades da China e de Singapura estavam também, em 2008, discutindo a compra de posições significantes na Barclays (SUMMERS, 2007).

Essa mesma mudança de estratégia não se limita, no entanto, aos Fundos Soberanos desses países. Os Fundos Soberanos de Dubai e Qatar também sinalizam com mudanças: anunciaram investimentos na *Nasdaq* e na *London Stock Exchanges* (EIZENSTAT; LARSON, 2007). De acordo com um texto de 2007 de Lawrence Summers, [então] diretor do National Economic Council dos Estados Unidos, o governo do Qatar estaria tentando adquirir o controle do J. Sainsbury, uma das maiores redes de supermercado da Inglaterra, e a estatal russa de gás, denominada *Gazprom*, controlada pelo Kremlin, teria, nessa época, interesse estratégico no setor de energia de uma série de países e mesmo uma participação na *Airbus* (SUMMERS, 2007). Por outro lado, no final de 2006, houve uma tentativa – não concretizada – do *Dubai Ports World* de adquirir os portos dos Estados Unidos.

Essa mudança na estratégia de investimento dos Fundos Soberanos começou a lançar medo, nos Estados Unidos, na Europa e em diversos outros países, sobre a motivação desses investimentos. Nos Estados Unidos, uma primeira medida tomada pelo governo foi a promulgação do *Foreign Investment and National Security Act – FINSIA* –, em 2007, na esteira das calorosas discussões em torno da investida da *Dubai Ports World*.³ O objeto dessa Lei foi proteger a segurança nacional. Nas palavras de Christopher Weimer: “A lei representa o maior esforço legislativo recente de definir

³ Stephen K. Pudner (2007, p. 1277) descreve as origens do CFIUS (*Committee on Foreign Investment in the United States*), que remonta ao ano de 1975, e as alterações em razão da promulgação, pelo presidente Bush, da FINSIA em 26 de julho de 2007.

o papel que as preocupações com a segurança nacional devem desempenhar na regulação dos investimentos estrangeiros” (WEIMER, 2009, p. 663).

Mas não é um suposto risco à segurança dos Estados Unidos o que mais preocupa os que temem a atuação dos Fundos Soberanos nesse país. Teme-se, mais que isso, que eles possam pretender utilizar suas posições nas empresas estadunidenses com finalidades políticas. Lawrence Summers e o SEC Chairman Christopher Cox estão entre os que mais têm chamado a atenção para esses fatos (EPSTEIN; ROSE, 2009, p. 112). Nas palavras de Summers:

“A lógica do sistema capitalista depende de os acionistas impulsivarem a companhia a agir de forma a maximizar o valor de suas ações. Está longe de ser óbvio que essa será, ao longo do tempo, a única motivação dos governos como acionistas. Eles podem querer ver suas companhias nacionais competirem efetivamente ou extrair tecnologia ou mesmo ganhar influência” (SUMMERS, 2007).⁴

Acredita-se que os Fundos Soberanos possam adquirir participação em empresas não por razões meramente econômicas, mas por razões estratégicas: para tentar influenciar a atuação da empresa de que participa com o objetivo de, por meio dessa ação, conseguir algum objetivo maior, algum benefício tangível ou intangível para o próprio país.⁵

Richard Epstein e Amanda Rose exemplificam o que poderia ser uma atuação

⁴ “The logic of the capitalist system depends on shareholders causing companies to act so as to maximize the value of their shares. It is far from obvious that this will over time be the only motivation of governments as shareholders. They may want to see their national companies compete effectively, or to extract technology or to achieve influence”.

⁵ Ver também *International Monetary Fund* (2008, p. 15). Gilson e Milhaupt (2008, p. 1348) explicam que, como a CFIES já se ocupa de controlar se uma transação está sendo controlada por um governo estrangeiro, o problema que se apresenta é o da aquisição de parte significativa de uma empresa e não de seu controle.

nesses moldes: um determinado Fundo Soberano pode tentar influenciar uma determinada empresa na qual investiu a instalar uma fábrica no seu próprio país.

Ainda que, de uma perspectiva econômico-financeira, esse investimento não se mostrasse um investimento lucrativo, a instalação da fábrica geraria empregos e poderia, dessa forma, contribuir para atenuar o problema do desemprego no país de origem do Fundo Soberano (EPSTEIN; ROSE, 2009, p. 124).

Mas essas preocupações com os investimentos dos Fundos Soberanos são procedentes? Ao contrário, não é restringindo a atuação desses grandes investidores que poderia estar se criando problemas para a economia do país? Respostas a questões como essas deram lugar a um debate no direito dos Estados Unidos sobre três formas distintas de regular os Fundos Soberanos: a que foi chamada neste trabalho de defesa da não regulação, de uma regulação branda e de uma regulação dura.

3. Defesa da não regulação

Richard Epstein e Amanda Rose estão entre aqueles que defendem que, até o presente momento, as barreiras legais existentes já são suficientes para regular os fundos soberanos e que nenhuma regulação adicional deve ser criada.

Em síntese, Epstein e Rose argumentam que, até hoje, os fundos soberanos comportaram-se como investidores modelo; que o arcabouço jurídico já existente é plenamente suficiente para coibir tudo o que está sendo temido; que qualquer regulação adicional teria um alto custo tanto de criação como de implementação e, enfim, que uma eventual e suposta atuação estratégica não constitui perigo real para a economia estadunidense (EPSTEIN; ROSE, 2009, p. 117).

O primeiro argumento em defesa da posição de que as restrições atuais são suficientes é o fato de os Fundos Soberanos

terem se comportado, até hoje, como investidores exemplares. Esse fato é argumentado de duas formas distintas: de uma maneira positiva, descrevendo-se a atuação dos Fundos Soberanos até hoje e, de uma maneira negativa, mostrando que o que se quer proibir nunca foi a prática dos Fundos Soberanos.

O *assistant secretary for international affairs* do Tesouro dos Estados Unidos, Clay Lowery – ainda que tenha se posicionado a favor de uma regulação branda dos Fundos Soberanos –, por exemplo, defende essa posição de que os Fundos Soberanos comportaram-se, até hoje, como investidores modelo. Apontou alguns traços nos investimentos dos Fundos Soberanos que atestam seu caráter exemplar como investidores:

“Fundos Soberanos são, em princípio, investidores de longo prazo dos quais se pode esperar que mantenham uma alocação estratégica de ativos a despeito de perdas de curto prazo. Eles não são altamente alavancados. Eles não podem ser forçados por exigências do capital ou retiradas dos investidores a liquidar posições rapidamente. Eles têm acesso e frequentemente fazem uso de administradores de fundos privados, consultores, administradores e depositários bem conceituados” (LOWERY, 2007).⁶

Por outro lado, Richard Epstein e Amanda Rose (2009) argumentam que não há, até hoje, qualquer evidência de que os Fundos Soberanos tenham agido, em momento algum, de forma política ou estratégica. Diante disso, alguns defensores de uma regulação mais dura costumam apontar a estatal de gás russa *Gazprom* como suposta evidência, pois ela é acusada de operar estrategicamente em seus investimentos na Europa Ocidental (EPSTEIN; ROSE, 2009, p. 116; SUMMERS, 2007).

⁶ A esse respeito ver também *International Monetary Fund* (2008, p. 10).

A esse propósito, o membro da Comissão Europeia Charlie McCreevy, fazendo referência expressa à *Gazprom* pergunta-se: “Qual a diferença entre uma empresa estatal e um Fundo Soberano?” (TRAYNOR, 2008).

Por outro lado, sustenta-se que o arcabouço jurídico atualmente existente é suficiente para coibir qualquer abuso por parte dos Fundos Soberanos. Já há uma série de normas que impõem limites aos investimentos estrangeiros nos Estados Unidos e nos mais diversos países.

Nos Estados Unidos, eles têm, por exemplo, que respeitar as regras aplicáveis aos fundos de *hedge* e *private-equity*, de acordo com as quais, nos termos do *Security Exchange Act*, de 1934, são obrigadas a fazer *disclosure*⁷ se adquirirem 5% ou mais em ações [*equity stake*] de uma empresa pública.

Os Fundos Soberanos, assim como todas as outras empresas que atuam nos Estados Unidos, estão sujeitos aos dispositivos que coíbem as fraudes e estão previstos nas legislações específicas sobre concorrência, valores mobiliários e assim por diante. Punição à atuação em algo como espionagem industrial está prevista em diversos estatutos, inclusive na esfera criminal.

Há, por outro lado, leis restringindo os investimentos estrangeiros em atividades específicas, tais como energia nuclear e companhias aéreas, e, por último, como já foi mencionado acima, os investimentos estrangeiros já estão sujeitos à revisão por parte do CFIUS – *Committee on Foreign Investment in the United States* – na forma como foi estabelecido pelo FINSA, de 2007. De acordo com Epstein e Rose (2009, p. 118):

“Sob o processo geral da CFIUS, qualquer transação que possa resultar no ‘controle’ por parte de uma entidade estrangeira de uma companhia ocupada de comércio interestadual está sujeita a revisão, no prazo de 30 dias,

para se determinar os efeitos da transação sobre a segurança nacional”.

Por todo esse conjunto de fatores, a primeira posição é a de que não deve haver qualquer regra adicional, além das normas atualmente existentes. Como, no entanto, a imprensa anunciava, cada vez mais, preocupações com suposta e eventual atuação estratégica dos Fundos Soberanos, outra posição se consolidou.

4. Defesa de uma regulação branda

Algumas pessoas e entidades entendem que o estado atual da legislação não é suficiente para coibir eventual atuação estratégica dos Fundos Soberanos, mas não defendem que sejam criadas novas regras jurídicas, no sentido tradicional. Propõem uma regulação mais branda, por meio de princípios e práticas uniformemente aceitas. Esse é o sentido da proposta da OCDE e da proposta do FMI, que será apresentada, brevemente, em seguida.

Em outubro de 2007, o comitê financeiro do FMI pediu ao próprio FMI que iniciasse uma discussão com o objetivo de identificar um conjunto de *best practises* para o gerenciamento dos Fundos Soberanos. A partir de então, uma série de eventos se sucederam até que se chegasse a um conjunto de princípios: os GAPP (*Generally Accepted Principles and Practises*) ou *Santiago Principles* foram estabelecidos em outubro de 2008.

Inicialmente, em 30 de abril de 2008, foi criado um grupo de trabalho – o *International Working Group of Sovereign Wealth Funds* – para estabelecer princípios que refletissem os objetivos e práticas dos investimentos dos Fundos Soberanos. Constituíram o grupo de trabalho representantes de 23 países membros com Fundos Soberanos, além de representantes de 3 países observadores permanentes, do Banco Mundial e da OCDE.

No início dos trabalhos, a grande diversidade de práticas gerenciais dos Fundos Soberanos e dos arcabouços institucionais

⁷ Sobre a política do *disclosure* ver também Leães (1982, p. 88 *et seq.*).

envolvidos parecia fazer com que o consenso fosse algo muito difícil. De acordo com o relatório apresentado por Hamad Al Hurr Al-Suwaidi (2008), subsecretário do Departamento de Finanças do Abu Dhabi – e que foi escolhido junto com Jaime Caruana, Diretor do Departamento Monetário e de Mercado de Capitais do FMI para copresidir o grupo de trabalho –, havia unanimidade sobre o fato de que se deveria dar uma resposta à crescente preocupação que se via na mídia e nos países receptores (INTERNATIONAL..., 2008b, p. 4).

Desde o início, foi reconhecido que os investimentos são muito importantes, pois podem trazer muitos benefícios para a economia tanto dos países que investem como dos países receptores do investimento, mas que, também, oferecem algum risco aos mercados internacionais. Daí a necessidade de se estabelecerem os princípios.

Como resultado de alguns meses de trabalho, foram estabelecidos acordos entre os Fundos Soberanos em bases satisfatórias, de forma a assegurar que os seus investimentos sejam feitos sempre de acordo com critérios econômico-financeiros. A partir desses acordos, foram redigidos os princípios.

Não se trata de novas normas, nos moldes das normas tradicionais. Essas contêm uma estrutura básica, da qual a sanção é elemento fundamental, de forma que, no caso de violação da norma, a sanção, a ser imposta coercitivamente, seja a consequência imediata. Os *Santiago Principles*, no entanto, não preveem sanção. Os princípios têm uma outra estrutura e foram estabelecidos por refletirem as práticas dos diversos Fundos Soberanos e, nos casos em que não havia uniformidade quanto às práticas, por haver um acordo entre os próprios Fundos quanto a seu conteúdo, isto é, pelo fato de haver uma aceitação, pelos próprios Fundos, de que eles devem passar a se reger nessa base. Essa aceitação, portanto, é a garantia maior de que são e continuarão sendo aplicados. De acordo com o texto do próprio GAPP:

“O propósito do GAPP é identificar um arcabouço de princípios e práticas aceitos de forma geral e que reflitam corretamente os acordos sobre governança e *accountability*, assim como as condutas dos diversos Fundos Soberanos numa base prudente e confiável. Elementos do GAPP foram extraídos de uma revisão das práticas dos Fundos Soberanos atualmente existentes” (INTERNATIONAL..., 2008b, p. 4).

Os *Santiago Principles* consistem em 52 páginas, nas quais foram estabelecidos 24 princípios, seguidos sempre por uma explicação e comentário a respeito do próprio princípio, além de três apêndices nos quais fundos soberanos são definidos (apêndice I); a lista dos membros do *International Working Group* (IWG) e dos países receptores, que participaram das reuniões do IWG, é apresentada (apêndice II) e são apresentadas informações sobre os Fundos Soberanos dos países membros do IWG.

Examine, por exemplo, o princípio 2º. Ele determina que “o propósito em termos de política do Fundo Soberano deve ser claramente definido e publicamente exposto” (INTERNATIONAL..., 2008b, p. 7). De acordo com a explicação e o comentário que se seguem, propósitos definidos facilitam a formulação de estratégias de investimento apropriadas e são uma maneira de assegurar que o gerente do Fundo vai atuar dentro desses limites e não vai agir de forma estratégica em benefício da agenda de algum governo.

Defende-se que esse modo de regulação teria o efeito de uma resposta àqueles que entendem que, hoje, o medo se justifica, pois que a regulação é insuficiente, sem incorrer nos perigos de criar regras que terminem por afastar o investimento desejado.

5. Defesa de uma regulação dura

Outros autores, preocupados com a nova política dos Fundos Soberanos, defen-

dem que sejam criadas barreiras adicionais. Eles acreditam que a nova atuação dos Fundos Soberanos apresenta sério risco aos países destinatários de seus recursos e que esse risco somente pode ser controlado por meio da criação de novas regras. Não de novos princípios como os estabelecidos pelo grupo de trabalho do FMI, mas regras dotadas de sanção, que possam ser imediatamente aplicadas no caso de uma violação.

Várias propostas foram feitas visando ao endurecimento das normas que regulam a atuação dos Fundos Soberanos. Foi sugerido, por exemplo, que os Fundos Soberanos só pudessem investir por meio de intermediários financeiros. Outra proposta foi de que os Fundos Soberanos estivessem limitados a investir em Fundos de índice global (EPSTEIN; ROSE, 2009, p. 119).

De acordo com outros trabalhos, essas medidas seriam extremas e poderiam afastar os investimentos dos Fundos Soberanos. Diante disso, eles defenderam, então, a adoção de novas normas, também providas de sanção, mas normas que consideravam não tão rígidas. Nesse sentido, foi sugerido que fosse proibido que os Fundos Soberanos assumissem posições de controle em companhias domésticas e que fossem sujeitos a normas de *disclosure* e governança, não nos moldes dos princípios do FMI, mas regras dotadas de sanção que pudessem ser impostas coercitivamente.

Nessa linha, Ronaldo Gilson e Curtis Milhaupt (2008, p. 1362) propuseram que, quando os Fundos Soberanos adquirissem ações de uma determinada empresa, lhes fosse cerceado o direito de voto.

Para esses autores, a regulação branda é insuficiente, pois que não trabalha no ponto central que poderia resolver o problema: a governança corporativa, isto é, o complexo de mecanismos que estão na base das decisões das empresas. Isso inclui práticas gerenciais, e rotinas organizacionais, assim como os procedimentos formais estabelecidos na legislação e jurisprudência. Se um Fundo Soberano pretender influenciar

uma determinada empresa a agir estrategicamente, isso será feito por meio dessa estrutura.

Suponha-se que um determinado Fundo Soberano procure influenciar um executivo de uma determinada empresa a autorizar transferência de tecnologia para alguma outra empresa em seu país de origem, sem que essa transação tenha qualquer interesse comercial para a empresa que transferiria a tecnologia. No caso de ele resistir, o Fundo Soberano poderia tentar forçar sua demissão. Caso não conseguisse, poderia tentar obter o apoio de outros acionistas para eleger uma nova diretoria. Por isso, Gilson e Milhaupt (2008, p. 1364) acreditam que a “influência informal de um Fundo Soberano depende, em última instância, de sua influência formal – da sua habilidade em exercer seu direito de voto que as ações lhes proporcionam”.

Daí eles concluírem:

“Se a influência de um Fundo Soberano como acionista depende de sua habilidade em exercer o direito de voto que suas ações lhe proporcionam, então o meio óbvio para prevenir o comportamento estratégico – comportamento que beneficia o Fundo Soberano ou seu proprietário Soberano de maneiras que não beneficiem outros acionistas na mesma proporção – é restringir o direito de voto do Fundo Soberano. Ações de empresas estadunidenses adquiridas por Fundos Soberanos perderiam seu direito de voto” (GILSON; MILHAUPT, 2008, p. 1364).

De acordo com os autores da proposta, essa perda de direito de voto não inviabilizaria comercialmente as ações, pois, tão logo os Fundos Soberanos se desfizessem das ações, o direito de voto seria restaurado. De qualquer forma, o endurecimento das regras poderia desencorajar novos investimentos. Os defensores da tese reconhecem essa possibilidade, mas entendem que essa é a única alternativa capaz de

evitar possíveis ações estratégicas por parte dos Fundos Soberanos.

6. Considerações finais

Como foi visto, o IED para fora e para dentro gera benefícios para sistemas econômicos crescentemente interdependentes e parte desse investimento é feito por Fundos Soberanos. Como há interesse, tanto no investimento do Fundo Soberano do Brasil no exterior, como no investimento que os Fundos Soberanos dos diversos países possam fazer no Brasil, tratou-se de analisar o debate sobre sua regulação, principalmente em função do temor recente de que sua atuação signifique uma forma diferente de atuação do Estado na economia. Como atualmente esse é um debate fundamentalmente norte-americano, tratou-se de analisar a literatura desse país.

Nesse sentido, Gilson e Milhaupt escrevem que, tradicionalmente, em uma economia capitalista, “a empresa individual é a unidade cujo valor se quer maximizar”. Regras tais como as da OMC foram elaboradas “com o objetivo de impedir os governos de mudar o nível de maximização das empresas para o Estado” (GILSON; MILHAUPT, 2008, p. 1346).

O que se teme é que a nova atuação dos Fundos Soberanos possa ter exatamente essa consequência – que eles descrevem como uma nova forma de capitalismo e chamam de “novo mercantilismo”: “Nessa forma, o país é a unidade cujo valor deve ser maximizado, com um aumento crescente no papel do governo nacional como um participante direto e coordenador desse esforço” (GILSON; MILHAUPT, 2008, p. 1346).

Em outras palavras, teme-se que os Fundos possam atuar, de forma estratégica, buscando, por exemplo, controlar o acesso a ativos estratégicos ou agindo de forma a distorcer a formação de preços, em benefício de seu país de origem.

Diante disso, foram apresentadas as três propostas de regulação dos Fundos Sobe-

ranos que aparecem no debate norte-americano: de acordo com o primeiro grupo, as regras existentes são suficientes para coibir qualquer eventual atuação estratégica; o segundo grupo defende a implementação de uma regulação adicional, nos moldes do código de conduta estabelecido pelo FMI; e o terceiro grupo, por sua vez, defende a criação de novas normas, que possam coibir, de forma mais rígida, a atuação dos Fundos Soberanos.

Alguns efeitos positivos da regulação branda posta em prática pelo FMI já podem ser identificados: alguns Fundos Soberanos estão, gradativamente, aderindo aos princípios estipulados por esta organização, o que significa, para muitos deles, uma alteração de suas práticas, tornando-se, por exemplo, mais transparentes.

Mas seria conveniente uma regulação mais dura? Argumentando especificamente no sentido de que o perigo de uma suposta atuação estratégica, de fato, não existe, Epstein e Rose (2009, p.124) sustentam que, por maior que seja o volume de recursos alocados pelos Fundos Soberanos, o processo especulativo não cria problemas, pois deve ser contrabalançado, por meio de ajustes, no próprio preço dos demais ativos dos mercados financeiros globais. A ideia por trás desse argumento reside em que os mercados financeiros são eficientes, excluindo ganhos especulativos, devido à arbitragem, que consiste no reequilíbrio dos preços dos ativos em mercados que apresentem preços diferentes, quando expressos em uma mesma moeda.⁸

⁸ “Inicialmente, a capacidade dos Fundos Soberanos de distorcer o mercado de capitais dessa maneira é limitada. Assuma-se que os Fundos Soberanos comecem a investir baseados em interesses estratégicos e não de acordo com princípio de investimento. O que eles podem fazer para influenciar o preço no qual os títulos são avaliados? Eles vão fazer com que o preço de alguns títulos suba e fazer com que o preço de outros caia. [Isso pode parecer uma distorção], mas ignora os passos corretivos que outros agentes, livres de tais inibições, podem desempenhar no mercado. (Lembre-se que os 2 a 3 trilhões de dólares administrados pelos Fundos Soberanos competem com os 62 trilhões de

Além disso, como foi visto, não há, até hoje, nenhum exemplo de atuação estratégica por parte dos Fundos Soberanos que justifique acreditar-se que eles possam agir dessa forma. Até o presente momento, o que de concreto existe é que eles têm se comportado como investidores exemplares.

Como há muitos benefícios no investimento dos Fundos Soberanos e como barreiras adicionais podem trazer como consequência o afastamento desse investimento, é importante que a regulação e as políticas públicas no Brasil sejam pensadas a partir de dados concretos sobre quão iminente e real é esse perigo em função das leis brasileiras e da atuação atual e potencial desses Fundos no Brasil. A opção por uma forma de regulação mais dura pode variar de país para país e exigiria pesquisa empírica sólida para embasá-la. Este trabalho procurou apresentar o debate estadunidense e os argumentos que foram utilizados pelos debatedores como forma de contribuir para o início de um debate que leve em consideração os problemas e temas brasileiros. Estudos que apontem para a situação empírica brasileira são, no entanto, sugeridos como forma de embasar uma tomada de posição segura pelo Brasil.

Referências

AL-SUWAIDI, Hamad Al Hurr. *International Working Group of Sovereign Wealth Funds: Statement*. Washington: [s.n.], 2008.

dólares em ativos globais sob controle dos investidores institucionais privados). Esses outros agentes podem fazer arranjos sutis em seu portfólio de forma a contrabalançar os riscos relevantes. Assumindo-se [grandes] mercados de capitais como os dos Estados Unidos, no final, as consequências distributivas devem ser minoradas e as consequências alocativas muito pequenas para serem medidas. A reduzida taxa de retorno seria criada por aqueles que adotassem a estratégia que não gerasse a maximização dos lucros, o que não pode ser uma razão para que os outros que agora podem ser seus [trading] parceiros oponham-se a ela" (EPSTEIN, 2009, p. 128).

BARROS, Octavio de; GIAMBIAGI, Fabio. *Brasil globalizado*. São Paulo: Campus, 2008.

BELO, Teresinha. Um fundo soberano brasileiro: é o momento? *Texto para discussão FEE*, Porto Alegre, n. 25, jan. 2008.

BONELLI, Regis; PINHEIRO, Armando Castelar. Abertura e crescimento no Brasil. In: BARROS, Octavio; GIAMBIAGI, Fabio (Org.). *Brasil globalizado: o Brasil em um mundo surpreendente*. São Paulo: Campus, 2008. p. 89-124.

CAMPANÁRIO, Milton de Abreu et al. Foreign direct investment: diagnosis and proposals for a Brazilian public policy. *Internext*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 125-158, jan./jun. 2011.

COUTINHO, Luciano; HIRATUKA Célio; SABATINI Rodrigo. Investimento direto no exterior como alavanca dinamizadora da economia brasileira. In: BARROS, Octavio; GIAMBIAGI, Fabio. *Brasil globalizado: o Brasil em um mundo surpreendente*. São Paulo: Campus, 2008. p. 63-85.

EIZENSTAT, Stuart; LARSON, Alan. The Sovereign Wealth explosion. *The Wall Street Journal*, New York, 1 Nov. 2007.

EPSTEIN, Richard A.; ROSE, Amanda M. The regulation of sovereign wealth funds: the virtues of going slow. *University of Chicago Law Review*, Chicago, n. 76, 2009.

GILSON, Ronald J.; MILHAUPT, Curtis J. Sovereign Wealth Funds and Corporate Governance: a minimalist response to the new mercantilism. *Stanford Law Review*, Washington, n. 60, Feb. 2008.

GUMBEL, Peter. Stop whining about sovereign wealth funds. *Fortune*, New York, Jan. 2008.

HAGAN, Morrison; JOHANNNS, Heidi. Sovereign wealth funds: risks, rewards, regulation and the emerging cross-border paradigm. *M & A Journal*, v. 8, n. 8, Jun. 2008.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). *Sovereign Wealth Funds: a work agenda*. Washington: Monetary and Capital Markets and Policy Development and Review Departments, 2008, 38 p.

INTERNATIONAL WORKING GROUP OF SOVEREIGN WEALTH FUNDS. Asset-backed insecurity. *The Economist*, London, 17 Jan. 2008a.

_____. *Sovereign wealth funds: generally accepted principles and practices "Santiago Principles"*. Washington: International Working Group of Sovereign Wealth Funds, 2008b.

JOINT COMMITTEE ON TAXATION. *Economic and U.S. income tax issues raised by sovereign wealth fund*

investment in the United States. Washington: The Joint Committee on Taxation, 2008.

KIMMITT, Robert M. Public footprints in private markets. *Foreign Affairs*, Tampa, v. 87, n. 1, p. 119, Jan./Feb. 2008.

LEÃES, Luís Gastão Paes de Barros. *Mercado de capitais e insider trading*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LOWERY, Clay. Remarks by under acting Secretary for International affairs Clay Lowery on sovereign wealth funds and the International Financial System. *U.S. Department of the Treasury*, Washington, Jun. 2007. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/hp471.aspx>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

LYONS, Gerard. State Capitalism: the rise of sovereign wealth funds. *Law and Business Review of the Americas*, London, n. 14, 2008.

MELONE, Matthew A. Should the United States tax Sovereign Wealth Funds? *Boston University Law Review*, Boston, n. 26, 2008.

PUDNER, Stephen K. Moving forward from Dubai Port World: the foreign investment and national security act of 2007. *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, v. 59, p. 1277, 2008.

RAMSEY, Jase; ALMEIDA, André (Org.). *A ascensão das multinacionais brasileiras: o grande salto de pesos-pesados regionais a verdadeiras multinacionais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SORKIN, Andrew Ross. What money can buy: influence. *The New York Times*, New York, 22 Jan. 2008. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2008/01/22/>

[business/22sorkin.html?scp=1&sq=sorkin%20and%20what%20money%20can%20buy&st=cse](http://www.nytimes.com/2008/01/22/business/22sorkin.html?scp=1&sq=sorkin%20and%20what%20money%20can%20buy&st=cse)>. Acesso em: 10 fev. 2010.

SOVEREIGN Wealth Fund Institute. Disponível em: <<http://www.swfinstitute.org/>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

SUMMERS, Lawrence. Funds that shake capitalist logic. *Financial Times*, London, Jul. 2007. Disponível em: <<http://www.ft.com/cms/s/2/bb8f50b8-3dcc-11dc-8f6a-0000779fd2ac.html#axzz1oXG7urvR>>. Acesso em: 8 mar. 2012.

TRAYNOR, Ian. Sovereign Wealth Funds likened to Gazprom as Brussels call for rules. *The Guardian*, London, 28 Feb. 2008.

UNITED NATIONS. World Investment Report 2008: transnational corporations and the infrastructure challenge. In: *UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT*, 2008, New York. Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/wir2008intro_en.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2012.

WEIMER, Christopher M. Foreign direct investment and national security Post-FINSA 2007. *Texas Law Review*, Austin, v. 87, n. 3, 2009.

WEISS, Martin A. Sovereign Wealth Funds: background and policy issues for Congress. *CRS Report for Congress*. Washington, Sept. 2008. Disponível em: <<http://fpc.state.gov/documents/organization/110750.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2010.

WRIGHT, C. It has to be a code. *International Financial Law Review*, London, p. 46-47, Jul. 2008.

A propriedade como direito fundamental

Breves notas introdutórias

Roger Stiefelmann Leal

Sumário

1. Introdução. 2. Noções preliminares. 3. Propriedade e direitos fundamentais. 4. Propriedade e Constituição. 5. Aspectos conceituais do direito de propriedade. 6. Propriedade e lei. 7. Propriedade e função social. 8. Propriedade e indenização. 9. Conclusões.

1. Introdução

A afirmação do direito de propriedade como direito fundamental é encontrada, nos dias de hoje, em diversos textos constitucionais e tratados internacionais. Cumpre observar, no entanto, que tal condição, assim como o sentido e o alcance que lhe são conferidos, constitui questão que integra o cerne do debate político-constitucional de maior repercussão do século XX.

Possivelmente, nenhum outro direito fundamental sofreu tamanha contestação. Afirmou-se que seu exercício constituía *roubo e injustiça* (PROUDHON, 2008, p. 252). Propôs-se firmemente sua abolição como solução para todos os males e todas as alienações (ARON, 2003, p. 171 et seq.). Outros, por sua vez, sustentaram sua plena subordinação ao *interesse coletivo* (BURDEAU, 1966, p. 375).

A forte objeção que recaiu sobre o direito de propriedade não foi, porém, suficiente para prejudicar ou afastar sua condição de direito fundamental da pessoa humana. Seu sentido e alcance, contudo, não resta-

Roger Stiefelmann Leal é doutor em Direito do Estado pela USP. Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da USP. Procurador da Fazenda Nacional.

ram imunes a tais críticas. Assim, diversos textos constitucionais passaram a dispor sobre o cumprimento da *função social da propriedade*. Outros deixaram de incluir a propriedade entre os direitos individuais para inscrevê-la na seção dedicada aos direitos econômicos e sociais (FAVOREU, 2002, p. 201; MIRANDA, 2000, p. 525). Tal deslocamento pode – dependendo da via interpretativa adotada – determinar mudanças no perfil e no regime jurídico aplicável ao próprio direito¹.

Sobretudo em face da expressiva controvérsia que marcou o século passado, faz-se oportuno examinar os fundamentos que tradicionalmente suscitaram o reconhecimento da condição de direito fundamental à propriedade, com a finalidade de não apenas compreender sua inserção no âmbito do constitucionalismo, mas também verificar que elementos de seu conteúdo remanescem nos dias atuais. Nessa perspectiva, o presente trabalho pretende discutir algumas noções conceituais sobre o assunto. Inicialmente, a análise recairá sobre os principais aspectos referentes à concepção do direito de propriedade como direito fundamental no contexto do constitucionalismo liberal. Cuidar-se-á, em seguida, de algumas questões relativas à definição constitucional da propriedade. E, numa terceira parte, o estudo será dedicado ao papel desempenhado pelo legislador na disciplina do direito de propriedade, bem assim à sua função social e ao dever de indenizar que dele decorre. Em diversos desses pontos, especial atenção será conferida à disciplina reservada ao tema pela Constituição brasileira e à interpretação que lhe confere o Supremo Tribunal Federal.

¹ Exemplo dessa questão é a disciplina normativa da Constituição portuguesa, que reserva a cláusula de aplicação imediata apenas aos direitos, liberdades e garantias. Outro caso é o da Constituição espanhola que, ao assegurar a propriedade como direito econômico e social, não o inclui entre aqueles tutelados por instrumentos específicos de proteção das liberdades, como o recurso de amparo (FAVOREU, 2002, p. 201; FERNÁNDEZ-SEGADO, 1994, p. 231).

2. Noções preliminares

A noção de propriedade enquanto direito fundamental encontra raízes na própria ideia de liberdade (BURDEAU, 1966, p. 375; ISRAEL, 2005, p. 596-597). Mais precisamente, no raciocínio que reconhece a liberdade do homem pelo natural domínio que exerce sobre seu corpo, sobre si mesmo. Segundo John Locke (1963, p. 20) – para muitos o primeiro autor moderno a proclamar os direitos do homem (OTERO, 2007, p. 187) –, “cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo.”²

Segue-se, então, a ideia de que o trabalho exercido pelo homem constitui sua propriedade, assim como os frutos que dele obtiver. É primariamente a partir do trabalho que o homem consegue sair de sua carência inercial para alcançar bens que saciem suas necessidades básicas. Constitui, portanto, atividade inerente ao seu *processo vital* (ARENDRT, 2004, p. 122-123). Mais que liberdade, é *condição da vida humana* (LOCKE, 1963, p. 24).

Desse modo, infere-se que o resultado que o homem obtém mediante o legítimo emprego de sua força de trabalho é seu, é sua propriedade. Ou seja, *o trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele e nenhum outro homem pode ter direito ao que foi conseguido* (LOCKE, 1963, p. 20), ao menos sem o consentimento do proprietário. O direito de propriedade, em sua origem, importa no domínio sobre o resultado obtido pelo trabalho.

Assim considerada, a garantia da propriedade acaba por configurar o principal móvel e estímulo à produção e, portanto, ao desenvolvimento econômico. Em termos jurídicos, sua segurança e estabilidade promovem, nessa linha, a necessária valorização do trabalho enquanto atividade

² Segundo Hanna Arendt (2004, p. 123), *Locke fundamentou a propriedade privada naquilo cuja propriedade é a mais privada de todas, “a propriedade (do homem) no tocante a si mesmo”, ou seja, o seu próprio corpo.*

humana. Trabalho e propriedade, sob essa perspectiva, são tomados como aspectos inerentes à *conditio humana*, à *liberdade pessoal* e à *dignidade dos direitos humanos* (HÄRBELE, 2007, p. 393).

3. Propriedade e direitos fundamentais

Em contraposição aos regimes despóticos imperantes nos séculos XVII e XVIII, irromperam, na Europa e na América, importantes movimentos revolucionários inspirados em ideais de defesa e proteção da liberdade. Decorre daí o surgimento do *constitucionalismo*, cuja plataforma consistia, em linhas gerais, na introdução de princípios e mecanismos voltados à limitação ou contenção do poder estatal de modo a assegurar as liberdades básicas do homem (OTTO Y PARDO, 1987, p. 12).

Nesse sentido, o constitucionalismo supera a ideia oriunda da Idade Média de que os direitos constituem prerrogativas, privilégios e regalias decorrentes de determinados estamentos, castas ou categorias (GRIMM, 2006, p. 78; MIRANDA, 2000, p. 14, 19). Passa-se a reconhecer a existência de direitos que derivam da própria natureza humana. Seriam direitos universais, pois (a) inatos à condição de pessoa humana e (b) fundantes da constituição do Estado (GRIMM, 2006, p. 78-79).

Tais noções encontram-se claramente consagradas nas principais declarações de direitos que marcaram os aludidos movimentos revolucionários. Nessa linha, o art. 1º da Declaração de Direitos da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*), de 12 de junho de 1776, dispõe que *todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade*. A mesma concepção informa, ainda, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, ao afirmar que *todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida,*

a liberdade e a busca da felicidade. Também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), de 26 de agosto de 1789, adotou semelhante orientação. Logo em seu art. 1º estabelece que *os homens nascem e são livres e iguais em direitos*. E, no art. 2º, preceitua que *a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem*. Cumpre observar, ainda, que tais documentos são denominados “declarações” pois não estariam a instituir ou criar direitos. Sua finalidade resume-se a declará-los, reconhecê-los, na medida em que emanam da própria natureza humana, constituindo realidade preexistente ao Estado e à sociedade (FERREIRA FILHO, 2006, p. 22).

A propriedade é inserida justamente no âmbito desses direitos. Considerada, a partir das lições de John Locke (1963), como direito vinculado às ideias de liberdade e de trabalho, a propriedade passou a constar de tais declarações como direito fundamental, inato à pessoa humana. Assim, a Declaração da Virgínia, ao anunciar, em seu art. 1º, os *direitos certos, essenciais e naturais do homem*, indica o *direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança*. Por seu turno, o art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao discriminar os *direitos naturais e imprescritíveis do homem*, estabelece: *esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*. Já o art. 17 da mesma Declaração reitera a mesma ideia, agregando, ainda, a seguinte disposição: *como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado (...)*.

Tal orientação concebe a propriedade, a exemplo da liberdade, como direito do homem – pois inerente à condição humana – precedente, portanto, ao Estado. Comporia o conjunto de direitos que se encontram na base da ordem política, que constituem seu fundamento, seus direitos fundamentais. Ou ainda, segundo a doutrina contratualista em

voga à época, integra a propriedade o resíduo de liberdade natural que restou ao homem em face da liberdade sacrificada para a construção do Estado (RUFFIA, 1984, p. 517). Consiste em direito anterior às instituições políticas, que, reconhecido formalmente, cumpre-lhes o dever de assegurar e proteger. Ou seja, conforme assinala Locke (1963, p. 77), *o grande e principal objetivo, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se sob governo, é a preservação da propriedade.*

A garantia de tais direitos, ademais, busca impor, segundo os pressupostos do constitucionalismo liberal, um dever de abstenção, pois determina uma esfera de autonomia privada imune à interferência estatal ou de terceiros. Segundo a clássica lição de Rivero (2006, p. 9), são direitos que *repercutem nos outros negativamente*. No entanto, a proteção das liberdades perante terceiros (particulares) *supõe necessariamente a intervenção do estado, que a impõe por sua legislação e a sanciona por suas jurisdições* (RIVERO, 2006, p. 10). Ou seja, *são direitos de libertação do poder e, simultaneamente, direitos à proteção do poder contra os outros poderes* (MIRANDA, 2000, p. 105).

4. Propriedade e Constituição

Outra solução concebida no âmbito do constitucionalismo liberal foi a definição dos direitos fundamentais, bem como dos demais princípios de limitação do poder estatal, em texto normativo formal e solene: a Constituição. E, com a finalidade de impedir seu comprometimento ou violação por outros diplomas e atos normativos, foram estabelecidos procedimentos especiais mais gravosos para a alteração das cláusulas constitucionais do que os adotados na elaboração das demais leis. Trata-se do modelo de Constituição *rígida*³.

³ É, mais especificamente, o que Pontes de Miranda (1987, p. 236) denominou *rigidez técnica*, pois, para o ilustre jurista pátrio, há de se perquirir a propósito de uma segunda modalidade de rigidez constitucional promovida por razões de *mentalidade primitiva ou paleopsíquica*, ideológicas ou até religiosas. Configuraria,

Assim, pretende-se que os poderes públicos, de ordinário, passem a ter o dever de observar os direitos assegurados em sede constitucional. Sua eventual modificação ou superação somente teria cabimento quando tais procedimentos especiais fossem estritamente observados, formalizando genuína reforma constitucional.

Desse modo, conferiu-se, na maior parte dos países do mundo ocidental, estatura constitucional ao direito de propriedade, atribuindo-lhe nível hierárquico superior aos demais atos legislativos. Na Constituição brasileira de 1988, a inviolabilidade do direito à propriedade é proclamada no *caput* do art. 5º. O inciso XXII do mesmo artigo, por seu turno, preceitua: *é garantido o direito de propriedade*. O art. 170, ainda, insere a propriedade privada entre os princípios da ordem econômica.

Isso não significa, todavia, que a propriedade assume, em face da ordem constitucional, caráter absoluto, que inadmita restrições. A exemplo de diversos direitos fundamentais, o direito de propriedade comporta limitações e abrandamentos em sua aplicação em nome de outros valores também tutelados pelo texto constitucional. Da mesma forma, muitos princípios constitucionais também admitem restrição em face do direito de propriedade⁴. A colisão entre princípios constitucionais, mormente no caso de direitos fundamentais, requer que uns tenham moderada sua aplicação em face de outros.

Sublinhe-se, no entanto, que eventual limitação ou o seu cabimento deve ter apoio no texto constitucional. Não há restrição a direito fundamental sem base constitucional (ALEXY, 1993, p. 277; MIRANDA, 2000,

segundo o autor, espécie de sentimento de conservação e manutenção de determinado ordenamento constitucional arraigado na cultura de uma comunidade.

⁴ Sobre a estruturação dos direitos fundamentais em *princípios*, isto é, espécie normativa que admite variação de grau em sua aplicação, ver, dentre outros, Robert Alexy (1993, p. 89); também Gustavo Zagrebelsky (1992, p. 171) e J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 1056).

p. 307). Significa dizer que eventual abrandamento, restrição ou privação da propriedade somente é admissível se houver inequívoco fundamento na Constituição.

Tais limitações podem advir, desse modo, (a) de previsão expressa do texto constitucional ou mesmo (b) da própria proteção constitucionalmente atribuída a outro bem jurídico (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER; OTTO Y PARDO, 1988, p. 108). As restrições podem, ainda, ser (I) diretamente fixadas pelo texto constitucional – *restrições diretamente constitucionais* – ou (II) impostas por lei infraconstitucional devidamente autorizada, expressa ou tacitamente, pela Constituição – *restrições indiretamente constitucionais*⁵.

As *restrições diretamente constitucionais* são as decorrentes de normas de nível constitucional que estabelecem, sem a necessidade de complementação normativa, restrições ao direito fundamental (ALEXY, 1993, p. 277). A limitação, nesse caso, não requer mediação por nenhuma outra norma ou ato, além do próprio preceito constitucional. O texto constitucional de 1988 apresenta, é certo, restrições dessa natureza ao direito de propriedade, a exemplo do disposto no art. 243, que determina o confisco – expropriação imediata, sem direito à indenização – *das glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas*.

As *restrições indiretamente constitucionais por expressa reserva legal*, por sua vez, caracterizam-se pela atribuição ao legislador do poder de limitar o exercício do direito. Verifica-se, no caso, cláusula constitucional expressa em que se autoriza o Poder Legislativo a estabelecer normas restritivas ao exercício de determinado direito fundamental. Submete-se o direito de propriedade a essa modalidade de restrição, por exemplo, ao se autorizar o legislador, nos

⁵ Esta última classificação de restrições a direitos fundamentais – *restrições diretamente constitucionais e indiretamente constitucionais* – é adotada por Robert Alexy (1993, p. 276 et seq.)

termos do art. 190 da Constituição, a regular e limitar a *aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira*, bem como a estabelecer os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

Mesmo sem expressa autorização constitucional, cabe à legislação impor limitação a direito fundamental em razão de outro preceito constitucional, que, inclusive, pode ser conformador de outro direito constitucionalmente assegurado. Nesse caso, o legislador acaba por exercer juízo de ponderação entre um direito fundamental e outros valores constitucionais que se lhe oponham, optando por solução que aplique em maior grau os valores contrapostos e em menor grau o direito (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER; OTTO Y PARDO, 1988, p. 108). Institui, assim, *restrição indiretamente constitucional em face de outros bens constitucionalmente tutelados*. O direito de propriedade não fica, por certo, imune a essa categoria de restrições. Esse é o caso do disposto no art. 1.285 do Código Civil, que, em nome do direito à liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da Constituição), reconhece *ao dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto o direito de constringer o vizinho a lhe dar passagem, mediante pagamento de indenização cabal*. Determina, ainda, o § 1º do art. 1.285 que *sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem*. Desse modo, a lei, com fundamento em outro direito fundamental, impõe regime restritivo específico à propriedade.

5. Aspectos conceituais do direito de propriedade

A propriedade constitui – cumpre destacar – modalidade de direito real com definição e regime jurídico determinados pela legislação civil. No caso do ordenamento brasileiro, o art. 1228 do Código Civil estatui os elementos nucleares da propriedade, definindo-a como *a faculdade de usar,*

gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Nos termos do direito civil, em regra, é titular da propriedade em sua plenitude aquele que detém o poder para exercer todos os atributos definidos no preceito legal: *ius utendi, fruendi et abutendi* (PEREIRA, 2008, p. 92).

Indaga-se, porém, se a definição civilista de propriedade condiciona ou limita o âmbito de proteção da norma constitucional que assegura o direito fundamental de propriedade. Isto é, a proteção do art. 5º, XXII, da Constituição de 1988, alcança apenas a propriedade tal como definida no art. 1.228 do Código Civil ou estende-se, também, a outros direitos de natureza patrimonial?

Há, certamente, quem entenda – com bons argumentos – haver identidade entre a definição do direito civil e o alcance da norma constitucional. Nesse sentido, afirma-se que *as normas de direito privado devem ser compreendidas de conformidade com a disciplina que a Constituição lhe impõe* (SILVA, 2003, p. 273), para concluir que *é, assim, o direito positivo, a lei ordinária mesma, que fixa o conteúdo desse direito que é institucionalmente garantido pela Constituição* (art. 5º, XXII) (SILVA, 2003, p. 271). Segundo Jorge Miranda (2000, p. 258),

“uma coisa é o princípio da capacidade patrimonial privada ou da suscetibilidade de, salvo algumas exceções, os particulares serem titulares de direito patrimonial; outra coisa seria erigir em direitos fundamentais todos os tipos de direitos patrimoniais que, com maior ou menor relevância e mais ou menos duradouramente a lei ordinária tenha instituído ou venha a instituir.”

Entretanto, tem majoritariamente prevalecido via interpretativa diversa que confere maior alcance ao direito fundamental de modo a abranger não apenas a definição de propriedade constante na legislação civil, mas também outros direitos de conteúdo patrimonial (BASTOS, 2000, p. 207-208;

CORREIA, 1998, p. 477, 530; FERREIRA FILHO, 2008, p. 309; MENDES, 2004, p. 150-151) ou, como ensina Hesse (1998, p. 341), *o aproveitamento privado de um direito de valor patrimonial*. Desse modo, compreende-se o direito inscrito no art. 5º, *caput* e inciso XXII, da Constituição, de forma mais alargada, como *o direito fundamental de não ser alguém despojado de direitos de seu patrimônio, sem justa indenização* (FERREIRA FILHO, 2008, p. 309). A própria doutrina civilista clássica, como aponta Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 89), também exprimia concepção mais generosa sobre o tema, considerando a propriedade como *todos os direitos que se traduzem numa expressão pecuniária*.

A interpretação que reconhece maior extensão à noção constitucional de propriedade encontra, ainda, desenvolvimento no âmbito da própria legislação brasileira. É o que se depreende, por exemplo, de algumas disposições do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66). Ao estabelecer normas gerais sobre os impostos incidentes sobre a propriedade – especificamente o IPTU (art. 156, I, da Constituição) e o ITR (art. 153, VI, da Constituição) –, o Código define como sua base tributária a *propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel* (arts. 29 e 32 do CTN). Ou seja, ao considerar a expressão *propriedade* constante do texto constitucional, o legislador conferiu-lhe interpretação abrangente, encontrando apoio na literalidade constitucional para estender a tributação a diferentes categorias de direitos reais segundo a legislação civil⁶.

A divergência sobre o significado constitucional do direito de propriedade também

⁶ Sobre a questão, Aliomar Baleeiro (1999, p. 237, 238) acolhe expressamente a noção ampla de propriedade nos seguintes termos: *não nos parece que a interpretação deva ser restritiva, afinal, a posse é atributo da propriedade e deve ser incluída no conceito desta para efeitos do Direito Fiscal*. E, mais adiante, arremata: *o ocupante e o foreiro desses bens públicos ficam sujeitos ao imposto territorial rural, do mesmo modo que os chamados “posseiros” de terras do domínio particular, podendo o legislador, neste último caso, por mera conveniência administrativa, escolher o proprietário ou o possuidor*.

encontra repercussão nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Ao examinar, na ADI nº 1.715-3/DF, a constitucionalidade de ato normativo que fixava prazo para reclamação de valores depositados em conta corrente por pessoas que não efetuaram o devido recadastramento, debateu-se sobre o alcance do direito fundamental constante do art. 5º, XXII, da Constituição. Isso porque, segundo a legislação civil, o direito sobre as quantias depositadas em instituições bancárias deixa de ter natureza real para assumir caráter creditício⁷.

Assim, parte dos membros da Corte manifestou-se no sentido de que a garantia constitucional da propriedade não alcança outros direitos de conteúdo patrimonial como o crédito decorrente de depósitos bancários. Segundo ressalta o Ministro Nelson Jobim, *não se trata de direito de propriedade, mas de contrato de depósito de bem fungível. Se fôssemos falar em direito de propriedade, acrescenta, teríamos como tal as cédulas depositadas, portanto, seria inviável ao banco operar com aqueles valores*⁸. A mesma orientação é adotada pelo Ministro Maurício Corrêa, ao afirmar que *a relação do depositante com a instituição depositária é de direito pessoal no que concerne ao crédito de que é titular, ao contrário do que acontece com o detentor do direito constitucional de propriedade*⁹. Para ele, *o depósito bancário, stricto sensu, não caracteriza direito de propriedade na forma como o conceitua o artigo 5º, inciso XXII, muito menos como está posto no seu caput*¹⁰.

A via interpretativa que reconhece maior alcance ao direito de propriedade

⁷ Ver, a propósito, os votos proferidos pelos Ministros Nelson Jobim e Maurício Corrêa na ADI nº 1.715-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 30.04.2004.

⁸ Voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim na ADI nº 1.715-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 30.04.2004.

⁹ Voto proferido pelo Ministro Maurício Corrêa na ADI nº 1.715-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 30.04.2004.

¹⁰ Voto proferido pelo Ministro Maurício Corrêa na ADI nº 1.715-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 30.04.2004.

também foi sufragada pelo voto de significativa parcela dos Ministros. Ao manifestar seu entendimento sobre a questão, o Ministro Sepúlveda Pertence sustentou precisamente que *propriedade para os fins constitucionais é sinônimo de patrimônio*, e que os direitos de crédito se situam *no campo normativo da proteção constitucional à propriedade*¹¹. Também o Ministro Carlos Velloso perfilhou orientação semelhante. Para ele, *a disposição constitucional garantidora do direito de propriedade não fica somente no direito real, ou não deve ser interpretada em sentido estrito, abrangendo também, numa interpretação extensiva (...), a titularidade do crédito, ou o direito de crédito, dado que essa titularidade implica em ser, de certa forma, proprietário*¹².

A questão dividiu a Corte. A solução do caso acabou ocorrendo em face de outros fundamentos, mantendo, portanto, acesa a controvérsia sobre o tema em sede jurisprudencial.

6. Propriedade e lei

O direito de propriedade, ainda que inserido no âmbito dos direitos de liberdade, requer específica atuação do legislador. Diferentemente de algumas liberdades que, *prima facie*, dispensam intervenção legislativa específica para determinação de sua configuração jurídica e consequente exercício (ANDRADE, 2004, p. 208; SILVA, 2003, p. 267), a propriedade exige complementação normativa voltada à sua conformação. Trata-se de garantia institucional que demanda do legislador a promulgação *de complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito* (MENDES 2004, p. 155; PONTES DE MIRANDA, 1987, p. 396). Em boa medida, cabe à legislação estabelecer o regime jurídico do direito, impondo *normas sobre a criação e a finalização da posição de propriedade*,

¹¹ Voto proferido na ADI nº 1.715-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 30.04.2004.

¹² Voto proferido na ADI nº 1.715-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 30.04.2004.

assim como normas que vinculam consequências jurídicas a esta posição (ALEXY, 1993, p. 192-193). O âmbito de autonomia confiado, nesse particular, ao legislador não é, porém, ilimitado. Descabe-lhe, a título de disciplinar o exercício do direito, desnaturar seu conteúdo por *excesso de regulamentação* (FAVOREU et al, 2002, p. 206).

Como anteriormente salientado, as restrições à propriedade, caso não estabelecidas expressa e diretamente pela Constituição, também ficam submetidas à atuação legislativa. Ainda que em face de outro preceito constitucional, verifica-se a possibilidade de o legislador ponderar o direito de propriedade e outros valores constitucionais que com ele colidam segundo determinadas circunstâncias.

Tais restrições acabam por sujeitar-se, nesse ponto, ao princípio da reserva legal. Ou seja, somente à lei – elaborada pelos representantes do povo – cabe dispor sobre tais questões, sendo vedada a imposição de limitações à propriedade por atos normativos de índole infralegal. Trata-se de exigência – que remonta à Magna Carta de 1215 – que requer embasamento em lei formal, devidamente aprovada pelos representantes da população, como pressuposto de eventual restrição ou privação da propriedade. A Declaração de Direitos da Virgínia, em seu art. 7º, também consagra cláusula no mesmo sentido: *nenhuma parte da propriedade de um vassalo pode ser tomada, nem empregada para uso público, sem seu próprio consentimento, ou de seus representantes legítimos; e o povo só está obrigado pelas leis, da forma por ele consentida para o bem comum*. O texto constitucional brasileiro conserva tal conquista do constitucionalismo clássico, estabelecendo, além do art. 5º, II, diversas outras cláusulas específicas de reserva legal. Desse modo, a restrição à propriedade imposta, sem fundamento legal, mediante atos de natureza administrativa contempla grave violação da Constituição, não devendo subsistir nem produzir efeitos.

7. Propriedade e função social

A reação ao avanço do liberalismo econômico que marcou, sobretudo, o início do século XX, acabou por ensejar profunda revisão sobre o alcance e o significado do direito de propriedade. Com a introdução do sufrágio universal, o processo político passou a sofrer mais intensamente a influência de outras correntes de pensamento, como o socialismo, a socialdemocracia e o socialcristianismo. E, nessa perspectiva, muitos de seus ideólogos encaravam a propriedade como instrumento de opressão de massas e fonte de crescente desequilíbrio social (BURDEU, 1966, p. 378; FERREIRA FILHO, 1982, p. 32).

Decorre daí a ideia de impor limitações à propriedade no sentido de que ela, além de atender os desejos e interesses de seu titular, pudesse também responder e servir às necessidades da sociedade (BURDEU, 1966, p. 378; FERREIRA FILHO, 1982, p. 32). Ou seja, cumprir sua função social. Desse modo, como esclarece Burdeau (1966, p. 378), tornar-se-ia *uma propriedade moralizada e humanizada que não mais corre o risco de degenerar num poder opressivo*.

Tal concepção ganhou foro constitucional ainda na primeira metade do século XX. Foi expressamente consagrada pela Constituição alemã de 1919. Emblematicamente, o mesmo art. 153, que, de início, estabelece que *a Constituição garante a propriedade*, consagra, ao final, a seguinte cláusula: *a propriedade obriga. Seu uso constituirá, também, um serviço para o bem comum*. Outros textos constitucionais adotaram orientação semelhante, ainda que com redações diversas. A Constituição brasileira de 1988 assegura, no inciso XXIII do seu art. 5º, que *a propriedade atenderá a sua função social*. Inscreve, ainda, a *função social da propriedade* (art. 170, III, da Constituição) entre os princípios que informam a ordem econômica. Exibe, ademais, dispositivos específicos voltados a definir a função social da propriedade de imóveis urbanos (art. 182, § 2º, da Constituição) e rurais (art. 186 da Constituição).

A afirmação constitucional da função social da propriedade suscitou, naturalmente, interpretações variadas quanto ao seu alcance e significado. Para alguns, sua imposição implica o acréscimo de aspecto essencial ao conteúdo do direito de propriedade, sem o qual fica afastada sua garantia jurídico-constitucional por desfiguração do instituto. Ou seja, tal corrente considera que *o bem apropriável, mas que desatenda à função social a que se destina, não é objeto de direito constitucionalmente protegido* (ROCHA, 2003, p. 577; GRAU, 2003, p. 214). Não se enquadraria, em última análise, no conceito constitucional de propriedade.

Levada tal concepção às últimas consequências, a inobservância da função social poderia admitir a tomada injustificada do bem, inclusive mediante invasão forçada, pois não estaria mais abrangido pelo direito de propriedade em virtude da ausência de aspecto elementar essencial.

O texto constitucional, no entanto, permite cogitar de solução diversa. O descumprimento da função social da propriedade não descaracteriza o direito de propriedade, mas determina a imposição de penalidades, podendo resultar, inclusive, em desapropriação (BASTOS, 2000, p. 210). No caso do imóvel rural, o art. 184 da Constituição sujeita o bem à desapropriação para fins de reforma agrária caso não seja observada a função social da propriedade. Em relação ao imóvel urbano, o art. 182, § 4º, do texto constitucional, comina em face do descumprimento da função social a aplicação sucessiva das seguintes penalidades: (I) parcelamento ou edificação compulsórios; (II) IPTU progressivo no tempo; e (III) desapropriação. Em ambos os casos, determina-se a observância de procedimentos específicos, regulados em sede legislativa, que, no máximo, podem culminar com a expropriação do imóvel e a respectiva indenização, ainda que em títulos públicos resgatáveis, conforme o caso, em até dez ou vinte anos.

Em outras palavras, se o descumprimento da função social constituísse fundamento suficiente para afastar o alcance da proteção jurídico-constitucional, descaberia a adoção de tais procedimentos, bem como o dever de indenizar que – como decorrência da garantia constitucional da propriedade – tem a finalidade de reparar o prejuízo patrimonial sofrido, muito embora seu pagamento não ocorra como nas demais espécies de desapropriação. A observância de tais exigências contempladas no texto constitucional constitui imposição que decorre justamente da proteção conferida à propriedade¹³.

8. Propriedade e indenização

A privação ou ablação, ainda que parcial, da propriedade gera, como regra geral, o dever de indenizar. A reparação financeira pela limitação da propriedade constitui garantia que já encontrava fundamento no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Ao contemplar, em caráter excepcional, a possibilidade de privação da propriedade *quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir manifestamente*, o art. 17 da Declaração define como condição o pagamento *de justa e prévia indenização*.

Nessa mesma perspectiva, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, XXIV, autoriza o legislador a estabelecer *o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos pelo próprio texto constitucional*. Ao dispor

¹³ Nesse sentido, manifestou-se, no julgamento do MS nº 25.493/DF, o Ministro Celso de Mello ao asseverar que *não se pode perder de perspectiva, por mais relevantes que sejam os fundamentos da ação expropriatória do Estado, que este não pode - e também não deve - desrespeitar a cláusula do "due process of law", que condiciona qualquer atividade do Estado tendente a afetar, dentre outros direitos, aquele que concerne à propriedade privada* (cf. voto proferido no MS nº 25.493/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, sessão de 19.05.2010).

sobre o instituto da requisição administrativa, o art. 5º, XXV, do texto constitucional permite que, em *caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.*

A imposição do dever de indenizar em face de privação do direito de propriedade tem encontrado guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É o que se extrai do julgamento do RE nº 134.297-8/SP, em que se analisou a interdição administrativa de remoção parcial de cobertura arbórea em propriedade rural abrangida pela Estação Ecológica de Juréia-Itatins. No caso, produtores rurais foram impedidos, pelo órgão ambiental competente, de implantar projeto de cultura de cacau com aproveitamento dos recursos naturais existentes na área, consoante recomendações de estudo de viabilidade econômica que fizeram realizar. Em seu voto, que conduziu o julgamento, asseverou o Ministro Celso de Mello que *a circunstância de o Código Florestal (Lei nº 4.771/65) definir como bens de interesse comum tanto as florestas existentes no território nacional quanto as demais formas úteis de vegetação que revestem as áreas por elas ocupadas não impede que se reconheça a obrigação de o Poder Público indenizar o proprietário do solo naquelas hipóteses em que as limitações administrativas, suprimindo ou reduzindo a possibilidade de exploração dos recursos naturais da terra, venham a virtualmente esterilizar, em seu conteúdo essencial, o direito de propriedade*¹⁴. Ou seja, as limitações administrativas à propriedade – ainda que de caráter ambiental – que impliquem redução ou esvaziamento de seu conteúdo econômico impõem ao poder público o dever de indenizar, como forma de assegurar minimamente o direito definido no art. 5º, XXII, da Constituição.

A mesma orientação presidiu o julgamento da ADI nº 3.112/DF que examinou a constitucionalidade da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). Ao decidir

¹⁴ Cf. RE nº 134.297-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, in DJU de 22.09.95.

sobre a impugnação, por violação do direito de propriedade, do preceito legal que determinava a entrega de armamentos e munição em face da ausência de renovação periódica de licença, o Supremo Tribunal Federal definiu que *o direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal*¹⁵. Ou seja, o dispositivo legal que determinava a reparação financeira em face da entrega de armas e munições constitui, segundo a interpretação da Corte, imposição decorrente do direito fundamental à propriedade.

Também em observância ao direito de propriedade, a Lei nº 9.985, de 2000 (que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências) determina a desapropriação – com a respectiva prévia e justa indenização – de áreas particulares que recaem sobre unidades de conservação que, segundo a lei, devem ser de posse e domínio públicos. É o que estabelece, entre outros, o § 1º do art. 17 (Florestas Nacionais), o § 1º do art. 19 (Reserva de Fauna), o § 2º do art. 20 (Reserva de desenvolvimento sustentável) e o § 1º do art. 9º (Estação Ecológica). Ou seja, a interdição da propriedade decorrente da decretação de tais unidades de conservação requer necessariamente regular processo expropriatório, com a devida reparação financeira exigida em nome do direito inscrito no art. 5º, XXII, da Constituição.

A ação que tenha por finalidade privar o proprietário de seu bem, expropriando-o sem o pagamento de indenização, constitui confisco. Trata-se de penalidade admitida excepcionalmente em face da prática de determinadas infrações. O texto constitucional – como se viu acima – autoriza, em seu art. 243, o confisco das *glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas*. Determina, ainda, a mesma medida para *qualquer bem*

¹⁵ Cf. ADI nº 3.112/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, in DJU de 25.10.2007.

de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 243, parágrafo único).

A legislação penal também contempla hipóteses de confisco. O art. 91 do Código Penal determina a perda em favor da União – com a ressalva dos legítimos direitos do lesado e do terceiro de boa-fé – *do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática de fato criminoso, além dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso ou detenção constitua fato ilícito*. Disciplina semelhante é, ainda, encontrada no art. 7º, I, da Lei nº 9.613, de 1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.

O confisco constitui, portanto, penalidade excepcional de privação da propriedade sem o pagamento de indenização, que somente cabe ser aplicada mediante expressa previsão em lei. Descabe, assim, em face de atividade lícita, desempenhada nos termos da lei. A execução de medida confiscatória sem base legal ou conotação punitiva constitui expropriação que requer, em face do direito de propriedade, devida reparação financeira.

9. Conclusões

A propriedade não assume contornos de direito absoluto. Ainda que considerada como direito fundamental inato à condição humana, a propriedade submete-se a diversos condicionamentos e restrições. Muitos decorrentes de outros direitos e princípios também tutelados pelo texto constitucional.

Isso não significa dizer que a propriedade deve ser relativizada a ponto de inviabilizar o seu exercício. A ordem jurídica vigente certamente assegura aos titulares desse direito um conjunto de garantias contra eventuais violações. Duas delas merecem especial destaque. A primeira garantia é a decorrente do princípio da reserva legal, que exige expressa previsão em lei das restrições ao direito de pro-

priedade, sendo vedado à administração pública determinar unilateralmente – sem deliberação dos representantes eleitos pelo povo – limitações ao seu exercício. Em segundo lugar, cumpre destacar o dever de indenização decorrente da privação, total ou parcial, do bem sob domínio. Descabe ao poder público causar prejuízos ou mesmo expropriar bens particulares sem justa e devida reparação financeira. A interdição da propriedade sem indenização é confisco, medida admitida apenas em casos excepcionais, como penalidade a específicas e determinadas infrações.

Referências

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

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARENDDT, Hanna. *A condição humana*. 10. ed. São Paulo: Forense, 2004.

ARON, Raymond. *O marxismo de Marx*. São Paulo: Arx, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1966.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CORREIA, Maria Lúcia C. A. Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indenizar do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1998.

FAVOREU, Louis et al. *Droit des libertés fondamentales*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Juridicas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- _____. A propriedade e sua função social. *Revista de Direito Agrário*, Brasília, v. 9, n. 8, p. 29-36, jul./dez. 1982.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Ástrea, 2007.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- ISRAEL, Jean-Jaques. *Direito das liberdades fundamentais*. Barueri: Manole, 2005.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: IBRASA, 1963.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *What is property: an inquiry into the principle of right and of government*. Teddington: Echo, 2008.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da função social da propriedade. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, jul/dez de 2003.
- RIVERO, Jean. *As liberdades públicas*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito constitucional: instituições de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. 6 v.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

A (in)sustentável leveza do direito internacional

Marco Aurélio Gumieri Valério

Sumário

1. Introdução. 2. Sanções. 3. Sanções nacionais e internacionais. 4. Identificação das violações ao direito internacional. 5. Conclusão.

1. Introdução

Na Grécia Antiga, destaca Arendt (1990, p. 12), a vida política não se estendia além dos limites da *polis*, por isso, as relações externas baseavam-se na violência e não na diplomacia. De fato, segundo Oppenheim (1919, p. 6), o direito internacional não se formou nesse período histórico, pois as diferenças religiosas, as dificuldades de comunicação e os problemas de transporte impediram o desenvolvimento desse ramo jurídico¹. Na Antiguidade, predominava a

¹ *Nas palavras do autor: "Now what was the reason that antiquity did not know of any International Law? The reason was that between the several independent states of antiquity no such intimate intercourse arose and no such common views existed as to necessitate a law between them. Only between the several city States of ancient Greece arose some kind of what we should now call 'International Law,' because these city States formed a Community fostered by the same language, the same civilization, the same religion, the same general ideas, and by constant commercial and other intercourse". Tradução livre: Agora, qual a razão para que a antiguidade não tenha conhecido o direito internacional? O motivo foi que entre os vários estados independentes da antiguidade não surgiu nenhuma relação íntima e, sem esses contatos intersubjetivos, não havia razão para a existência de um arcabouço legislativo entre eles. Apenas entre*

Marco Aurélio Gumieri Valério é advogado; professor doutor da Universidade de São Paulo, campus de Ribeirão Preto/SP (FEA-USP/RP).

visão expressa por Thucydides (1951, p. 44) de que o direito é desnecessário quando a força pode ser usada. Também na Idade Média pode-se dizer que o estado de natureza predominava com a agravante de que os estados nacionais ainda estavam em formação.

Ainda no século XVIII, os problemas de eficácia e de efetividade do direito internacional faziam com que muitos juristas, a exemplo de Savigny (1779-1861) e de Austin (1790-1859), negassem até mesmo que esse se tratasse de um ramo do direito.

Não é à toa que a aplicabilidade do direito internacional sempre tenha sido objeto de acalorados debates. A raiz voluntarista que alimenta suas fontes tem consequências profundas sobre o caráter prescritivo, seja positivo ou negativo, de suas normas². Sua própria existência é ainda nos dias de hoje posta em xeque, uma vez que ele parece depender exclusivamente dos interesses daqueles que o criaram e, nesse sentido, não valeria quando contraposto àquilo que o fez surgir.

De certa forma, tal consideração não é de todo descabida, até porque, em verdade, o cumprimento do direito internacional aparenta mesmo ficar à mercê da boa vontade dos atores em respeitá-lo. Por outro lado,

as cidades-estado da Grécia antiga surgiram algum tipo de relação que devemos agora chamar de direito internacional, porque estas cidades-estado formaram uma comunidade fomentada pela mesma língua, pela mesma civilização, pela mesma religião, pelas mesmas ideias gerais, pelas relações comerciais e outras constantes (OPPENHEIM, 1919, p. 6).

² *Nesse sentido:* "A fundamental (and frequent) criticism of international law is the weakness of mechanisms for enforcement. For the sceptics and the critics of international law, a system so woefully deficient in means for compelling compliance can hardly qualify as 'law', at least in the sense in which that term is used in domestic systems". *Tradução livre:* Uma crítica fundamental (e frequente) ao direito internacional é a fraqueza de seus mecanismos de execução. Para os céticos e para os críticos do direito internacional, um sistema tão angustiadamente deficiente em meios para se fazer valer quase não pode se qualificar como lei, pelo menos no sentido em que este termo é usado nos sistemas domésticos (DAMROSCH, 1997, p. 19).

a possibilidade de que o direito internacional seja contrariado não é o bastante para que se coloque em dúvida sua existência, até porque, se assim fosse, não faria sentido falar-se em direito algum, fosse ele nacional ou internacional. Kelsen (1986, p. 28) indica a possibilidade de se conduzir um determinado grupo social a cumprir regras por meio da simples demonstração da conveniência em se adotar ou em se abster de determinada conduta, contudo, conclui ironicamente que esse método funciona apenas com santos.

Toda e qualquer norma sofre com a probabilidade de vir a ser desobedecida, pois, os sujeitos de direito, nacionais ou internacionais, em última análise, sempre escolhem se vão ou não seguir o que está estabelecido em lei. Sua inobservância saliente-se, não é um fenômeno exclusivo do direito internacional. Todas as regras, mesmo as não jurídicas, enfrentam tal possibilidade.

Novamente na lição de Kelsen (1986), a particularidade dos sistemas normativos de direito repousa na construção de mecanismos que forcem seus destinatários a comportar-se conforme as leis³. Esses mecanismos atuam em duas frentes: uma conhecida como coerção e outra como coação. A primeira é a expressão pela norma jurídica da previsão de que, se violada, o direito atuará sobre o seu descumprimento; e, por sua vez, a segunda é a efetiva imposição material da punição prevista para o comportamento contrário à norma jurídica.

³ *Nas palavras do autor:* "La palabra derecho denota precisamente la técnica social concreta de un orden coercitivo que, pese a las enormes diferencias que existen entre el derecho de los antiguos babilonios y el derecho vigente en Estados Unidos, entre el derecho de los Ashanti del África Occidental y el de los suizos en Europa es, no obstante, esencialmente la misma para todos esos pueblos tan ampliamente heterogéneos en tiempo, espacio y cultura, a saber: técnica social consistente en obtener de los hombres El comportamiento social que se desee, por medio de la amenaza de una medida coercitiva aplicable en caso de conducta contraria" (KELSEN, 1986, p. 29-30).

Como destaca Ferraz Júnior (1994, p. 109), quando a regra é violada, o direito não pode ficar inerte. Ele deve responder ao descumprimento verificado sob pena de ser desconsiderado se reiteradamente infringido e relevado sem que haja qualquer consequência. Ele passa a não mais regular as relações antes sujeitas aos seus desígnios. Para Kelsen (1984, p. 30), as relações, se conduzidas a despeito de comandos legais que ditam como se devem empreender, imunizam-se contra as prescrições normativas existentes e contra outras que venham a existir. Assim, o direito passa a ser um fator indiferente para os atores nacionais ou internacionais e para as atividades desenvolvidas por esses.

Nas relações internacionais, o poder de determinar uma resposta à sua violação recai sobre o fato de que as normas jurídicas criam direitos e obrigações para os sujeitos internacionais aos quais se destinam em nome da harmonização da vida em sociedade. Tema dos mais instigantes, este artigo objetiva analisar a aplicabilidade do direito internacional. Para isso, parte-se de um estudo da sanção como elemento coercitivo e coativo da norma. Posteriormente, compara-se a norma nacional com a internacional, indicando as diferenças entre elas. Em seguida, analisa-se como se dá a identificação de um ilícito internacional.

2. Sanções

O ator internacional que não cumprir com o devido será o destinatário de uma norma subsidiária, que exprimirá o conteúdo da resposta do direito a toda e qualquer infração às suas disposições. Dito de outra forma, essa norma subsidiária é a manifestação da coerção que constitui o direito e o resultado produzido em razão da atuação concreta da norma subsidiária será a expressão da coação que o sistema aplica sobre o ator internacional.

Em síntese, a sanção é essa norma subsidiária que o direito cria para responder

às suas violações. Ao mesmo tempo, é uma medida de coerção quando abstratamente prevista e uma medida de coação, quando concretamente imposta.

As sanções são legalmente previstas como medidas coercitivas e ensejam a aplicação prática como medidas coativas da norma subsidiária que as constitui. Destaca Kelsen (1951, p. 706) que, de uma forma ou de outra, elas representam a privação forçada de determinados bens do sujeito sobre o qual se impõem. O fato de se fazerem verificadas forçosamente significa que se estabelecem contra a vontade do ator que as sofre. Ainda segundo o autor, as sanções são tão importantes para a formação do sistema jurídico que o leva a ser definido como uma ordem coercitiva ou coativa.⁴

Por atuarem contra a vontade do sujeito, as sanções podem ser descritas como interferências na sua esfera de interesses. A exceção que autoriza a medida é a transgressão de norma jurídica ou, noutros termos, a infração de obrigação a que estava adstrito o ator ou ainda a violação de direito de outro sujeito.

Todo descumprimento à norma de direito internacional é reflexo de um desrespeito à regra e merece, portanto, uma sanção que vise a reafirmar que ela deveria ter sido obedecida. Ela ostenta um conteúdo normativo – porque define comportamentos – e subsidiário – porque visa a substituir um comando descumprido e reforçar a necessidade de observar-se o dever dele decorrente – o que representa uma reação do direito contra a sua violação.

⁴ *Nas palavras do autor: "Law is, by its very nature, a coercive order. A coercive order is a system of rules prescribing certain patterns of behavior by providing coercive measures, as sanctions, to be taken in case of contrary behavior, or, what amounts to the same, in case of violation of the law". Tradução livre: A lei é, por sua natureza, uma ordem coercitiva. Uma ordem coercitiva é um sistema de regras que prescrevem certos padrões de comportamento provendo medidas coercitivas, como sanções, que serão levadas no caso de comportamento contrário, ou, o que dá no mesmo, na hipótese de violação da lei (KELSEN, 1951, p. 706).*

Em termos genéricos, esses são os delimitamentos que permeiam o conceito jurídico da sanção, seja ela nacional ou internacional. Ainda que a sanção se apresente como elemento indispensável à sobrevivência do direito, o voluntarismo que dá vida ao direito internacional gera argumentos vários que se opõem a essa imprescindibilidade.

Henkin (1979, p. 47) defende que as normas internacionais têm um nível de aceitação e conduzem comportamentos como poucos sistemas normativos fazem, justamente porque seu nascedouro está na vontade dos atores aos quais são destinados seus conteúdos. A obediência às regras jurídicas é uma consequência natural da sua própria existência. As normas são seguidas pela imperatividade que flui dos seus conteúdos e não por qualquer previsão de uso da força contra aqueles que vierem a descumpri-las.

Chayes e Chayes (1995, p. 2) também apostam na força da prescrição normativa sobre os sujeitos, considerando como de importância relativa o papel das sanções na sustentação do sistema jurídico internacional. Para eles, a obediência é favorecida pela promoção de elementos não coercitivos e não coativos, e não na imposição de sanções.

Sustentam ainda os autores que a melhor iniciativa para aumentar o grau de conformidade dos comportamentos às regras jurídicas estabelecidas pelo sistema é fazer com que seus conteúdos sejam conhecidos pelos sujeitos e incorporados aos seus comportamentos não por pressão, mas pela coerência e necessidade de suas prescrições. As normas jurídicas, por si mesmas, convencem os sujeitos de direito da importância de serem cumpridas.

3. *Sanções nacionais e internacionais*

Existe uma distância que separa as sanções nacionais e as internacionais que deriva do monopólio do uso da força que o direito nacional concentra sob determina-

dos limites formais e materiais, no Estado. O direito internacional desconhece uma autoridade central, superior aos indivíduos que dela fazem parte, que atue segundo os mesmos pressupostos. A ideia de que os países se subordinem a um poder supranacional, apesar dos esforços nesse sentido, não se mostra factível. O máximo a que se chegou até agora foi num misto entre a sujeição e a cooperação.

As relações internacionais são travadas entre iguais, sob um ponto de vista jurídico. Se materialmente essas relações podem ser desiguais, em razão do poder que cada um ostenta, por exemplo, pela pujança militar ou econômica, juridicamente essas relações de poder, embora influenciem o papel de cada país na construção do direito internacional, não produzem o efeito de estabelecer uma ordem que ponha fim à noção de soberania e instaure o princípio do monopólio do poder de sanção a ser exercido pelo mais forte ou por uma organização multilateral.

Dessa forma, as relações de poder repercutem sobre o processo de aplicação das sanções internacionais, mas sem instituir as bases que fundam a imposição de sanções nacionais. Ele continua assentado na ideia de que, porque iguais, nenhum ator tem o direito de tomar para si o poder de julgar os atos de outro sujeito e impor-lhes sanções pelas faltas em que porventura tenham incorrido.

É fato que tal assertiva é mitigada conforme os laços de cooperação entre os atores formem organizações multilaterais. Nesse caso, o conceito de soberania pode ser revisito em nome dos interesses perseguidos pela sociedade internacional. Torna-se possível verificar alguma subordinação, especialmente em relação às sanções internacionais.

As sanções nacionais não só se apoiam no princípio de que provêm do Estado, como também são obrigatórias, independentemente da vontade do indivíduo de cumpri-las ou não. Como medidas coercitivas e coativas que são, dão expressão ao poder

do direito sobre a vontade individual. Essa é outra característica que delimita a fronteira com as sanções internacionais. As últimas podem ser classificadas, no sistema previsto pela ONU, como voluntárias ou obrigatórias. Isso significa que, não obstante originadas de uma organização multilateral, podem ser rotuladas como objeto de recomendação e, portanto, não forçosamente impostas.

Esses dois perfis das sanções internacionais não se aplicam às militares. Quando não institucionalizadas, aliás, como é o caso da grande parte das sanções econômicas, seus níveis de coerção e de coação tornam-se frágeis, uma vez que a obrigatoriedade da submissão depende do poder de o agente sancionador fazer com que a mesma seja observada pelo agente sancionado.

As ordens jurídicas nacionais preveem sanções como resposta à violação de direitos reconhecidos como tais pelos sistemas. A juridicidade dessas medidas é destacada por Santos (2002) como principal motivo para sua verificação, seja na forma de coerção, seja na de coação. De modo geral, considerações extrajurídicas não ensejam, por si sós, a aplicação de sanções. Elas se destinam a impor-se sobre o sujeito de direito que tenha cometido ato ou omissão ilegal. A ilicitude, portanto, é o pressuposto da medida em âmbito nacional.

As sanções internacionais, por outro lado, não se inserem num sistema que trace uma linha divisória entre ações e omissões lícitas e ilícitas, aliás, poucas são as práticas ou as faltas que são, sem dúvida, violações de direito internacional. Essa indefinição conduz à identificação de tal sistema como um todo ainda aberto a interferências dos próprios sujeitos de direito. A possibilidade de que conceitos sejam fabricados para servirem como prova da necessidade de aplicação de determinada sanção internacional é grande e facilita, assim, que razões extrajurídicas estejam na base da motivação para a imposição de sanções internacionais. Essas quase sempre estão mergulhadas em

causas políticas. Muitas vezes, expressam apenas as diferenças entre atores e aparecem como resultado das contrariedades surgidas entre eles.

Se esses substratos extrajurídicos estão ligados às sanções internacionais e não obscurecem seu caráter jurídico, pelo contrário, são expressões de um perfil heterodoxo ínsito à noção de direito internacional, ou se, por outro lado, apenas aparecem em medidas que, na verdade, não são sanções internacionais, é questão complexa a ser tratada junto às sanções econômicas internacionais. Por ora, vale frisar que as sanções nacionais apresentam um conteúdo jurídico mais definido do que as internacionais, o que põe em dúvida a real existência das últimas.

Nos sistemas jurídicos nacionais existem graus de ilicitude perfeitamente acomodados e diferenciados, em que vigem sanções de naturezas distintas, com efeitos também distintos. Destarte, as sanções civis e as penais estão relacionadas às ilegalidades que atingem a direitos e a interesses privados e a públicos, respectivamente.

As sanções civis normalmente exigem a reparação do ato ou da omissão que tenha significado violação de obrigação legal. Se não mais possível reconstituir a situação de direito atingida, a medida exige que o ofensor compense o ofendido, de modo a restituir, por outros meios, o que foi retirado do ofendido, pagando-se o prejuízo causado. As sanções penais, por sua vez, visam a punir o ofensor. A repreensão traspasa o fim de restaurar o direito violado ou compensar as perdas originadas do dano provocado. A punição pode ser a representação de um desejo de pagar-se o mal com o mal. Infligindo-o ao ofensor, pode significar uma medida de correção do criminoso, ou então servir de exemplo para que outros sejam compelidos a não praticar crimes, convencidos de que, se o fizerem, terão a mesma sorte.

No direito internacional essa transparência quanto aos fins perseguidos pelas

sanções impostas inexistem. Esse nem mesmo apresenta sanções de caráter penal, mas apenas civis⁵. Mesmo quem defende que existem sanções de caráter penal, admite-as apenas na hipótese de responsabilidade internacional individual e não coletiva, como seria a de um Estado.

O direito penal internacional conheceu progressos a partir da instalação dos tribunais que se seguiram à Segunda Guerra Mundial em Nuremberg, na Alemanha, e em Tóquio, no Japão. Recentemente, os tribunais para julgamento dos crimes internacionais ocorridos nos conflitos armados que tiveram lugar na antiga Iugoslávia e em Ruanda também contribuem para o desenvolvimento deste ramo jurídico, mas sob as bases do reconhecimento de responsabilidades internacionais individuais.

O Tribunal Penal Internacional, cujo Estatuto de Roma se encontra em vigência, também trata da responsabilidade individual, o que faz supor que, a despeito dos avanços na formulação de um direito penal internacional, a responsabilidade dos Estados ainda é matéria intocada.

Em qualquer comportamento impróprio do ponto de vista internacional, sobretudo por ocasião da eclosão de uma guerra, com a exceção de umas poucas pessoas que comandam os rumos do país, a maioria da população não tem conhecimento necessário do que está em disputa para torná-los individualmente responsáveis e culpados. Mesmo que tenham consciência, podem não ter os meios para fazer uma oposição eficaz ao rumo tomado por seus governantes. A tentativa de punir seus

⁵ *Nesse sentido:* "At this primitive stage of law the important thing is the restitution or restoration of what has wrongfully been removed or injured, and either the repair of damage done or compensation by a payment in the nature of the 'damages' awarded to a plaintiff in a civil action". *Tradução livre:* Nesta fase primitiva da lei, a coisa importante é a restituição ou restauração do que foi injustamente afastado ou ferido, o conserto do dano feito ou compensação por um pagamento na natureza da indenização concedida a um demandante numa ação civil (WILLIAMS, 1939, p. 83-4).

nacionais como se fossem criminalmente responsáveis pela ação de seu Estado serve apenas para combater a amargura da derrota e lançar as sementes de uma guerra vingativa.

Segundo Williams (1939, p. 84), os argumentos que afastam a possibilidade de aplicação de sanções penais internacionais a pessoas jurídicas, limitando às pessoas naturais que governam o país, são conhecidos.

As divergências entre sanções nacionais e internacionais não são destacadas a fim de que se depreciem estas em favor daquelas. As imperfeições das sanções internacionais nem mesmo podem ser consideradas defeitos porque não estão enquadradas no modelo das sanções nacionais. Como destaca Bobbio (2003), o propósito de comparar as duas é o de lembrar que elas são o resultado de sistemas jurídicos estruturalmente diversos e aclarar as funções das sanções internacionais a partir do papel que desempenham as sanções nacionais.⁶

4. Identificação das violações ao direito internacional

Se as sanções são a reação do direito internacional contra qualquer violação de obrigações prescritas, então toda imposição coercitiva ou coativa, para justificar-se, liga-se a um desvio de comportamento proibido pelas normas internacionais que, por sua vez, qualifica-se como pressuposto

⁶ *Nas palavras do autor:* "Os juristas sabem que uma proibição para ser considerada jurídica no sentido próprio da palavra, o *ius perfectum*, deve ser aplicada recorrendo até o uso da força, o que demonstra como seria irrealista aplicar ao sistema dos estados procedimentos e medidas que valem dentro de cada estado particular nas relações entre os poderes públicos e os cidadãos. Cada estado detém em relação aos seus cidadãos o monopólio da força legítima, um poder que jamais existiu, que não existe atualmente e que provavelmente jamais poderá existir no futuro, dentro do sistema internacional. Tanto mais que um sistema em que os sujeitos componentes mantêm o poder soberano essencial, que é uso exclusivo da força legítima no seu interior, é incompatível com um sistema superior, que tenha, ele próprio, o monopólio da força" (BOBBIO, 2003, p. 14).

da medida tomada. Portanto toda transgressão ao direito internacional acarreta um regime coercitivo ou coativo que infligirá uma desvantagem sobre um ou mais bens do sujeito responsável.

A natureza convencional e consuetudinária das mais significativas fontes do direito internacional impossibilita uma compilação definitiva de todas as obrigações e, em decorrência disso, de todos os atos e as omissões que, se contrários às normas, demandem a aplicação de sanções internacionais. Assim, se a noção de dever internacional é rarefeita, a de sua violação é nebulosa.

A falta de uma codificação gera inúmeras dificuldades quanto à determinação de quais atos ou de quais omissões merecem ser, de fato, objeto de sanções internacionais.

É bem verdade que alguns passos importantes são dados, há décadas, no sentido de se estabelecerem quais condutas constituem violações ao direito internacional, principalmente a cogente, ou seja, aquela que dá forma a um conjunto de mandamentos que tem um grau de obrigatoriedade indiscutível e, portanto, em hipótese alguma é passível de transgressão sem que consequências defluam da mesma. Uma vez infringida, ela exige que sanções internacionais sejam impostas.

Essas obrigações são oponíveis contra todos e tutelam interesses universais, independentemente de convenções sobre a matéria. O direito internacional tipifica, positivamente, as condutas que vão de encontro a tais obrigações e impõe sanções penais, podendo ou não haver cumulação com civis.

Como lembra Lafer (1991, p. 168), é nesse arcabouço de condutas merecedoras de sanções internacionais que se encontram certos crimes como os contra a paz, os de guerra e os contra a humanidade. Essas três espécies representam a mais certa tipificação de violações ao direito internacional – a dos crimes internacionais

– resultado de uma construção jurídica que considera imprescindível o cumprimento de determinadas obrigações para o fim de serem preenchidas as mais fundamentais necessidades da sociedade internacional.

Essa classificação, ainda segundo o autor, não pretende ser exaustiva, mas sim exemplificativa, podendo ser expandida conforme a sociedade internacional reconheça, tipifique e positive outras ações ou omissões que considere como sujeitas ao regime dos crimes internacionais.⁷

O direito internacional evolui no sentido de apontar comportamentos, mesmo que não enquadrados como crimes que sejam alvos de sanções internacionais. Esse é um processo gradual que exige do próprio sistema a consideração de outras ações e omissões que, mesmo não tipificadas e ou positivadas, estejam subsumidas a critérios diferenciados de apreciação de condutas em menor ou em maior grau, contrapostas a deveres internacionais de menor ou de maior imperatividade sobre os atores.

Existem muitas considerações valorativas que cercam a discussão sobre os atos e as omissões que requerem a aplicação de sanções internacionais. Isso se explica pelo caminhar a passos lentos que caracteriza o

⁷ Nesse sentido: “Crimes contra a paz e crimes de guerra já eram tidos como comportamentos ilícitos na perspectiva do direito internacional antes da Segunda Guerra Mundial. Existiam de fato não só tratados que contestavam a legitimidade do recurso à guerra, seja como mecanismo de solução de controvérsias internacionais, seja como instrumento de política nacional – é o caso do Pacto de Paris ou Briand-Kellog, de 1928 – como também convenções que fixavam as leis e os costumes de guerra – é o *jus in bello*. [...] Já a concepção de crimes contra a humanidade, previsto no art. 6º, c, do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, procurava identificar algo novo, que não tinha precedente específico no passado. Representava um primeiro esforço de tipificar, como ilícito penal, o ineditismo da dominação totalitária, que pelas suas características próprias – o assassinato, o extermínio, a redução à escravidão, a deportação, os atos desumanos cometidos contra a população civil, as perseguições por razões políticas, raciais e religiosas, para usar termos do art. 6º, c, do Estatuto acima mencionado – tinha uma especificidade que transcendia os crimes contra a paz e os crimes de guerra” (LAFER, 1991, p. 168).

direito penal internacional. Sem tipificação, abre-se espaço para escolhas individuais sobre o que seriam violações ao direito internacional, potencializadas pela circunstância de que muitas das imposições de sanções internacionais são instrumentalizadas pela ação individual de cada sujeito, ainda que sob o comando ou a supervisão de uma organização multilateral. A ação individual não só permite que se percebam ações coativas unilaterais, como também enseja opções individuais sobre o que constitui ilícito ou violação ao direito internacional.

O termo irregularidade (*wrongdoing*) é o resultado da liberdade que o sistema jurídico internacional dá aos seus sujeitos para qualificar subjetivamente determinados atos como em desacordo com os escopos do direito internacional. Não se fala expressamente em violação porque seu uso semântico exige uma determinação sobre a obrigação infringida que pode ser negligenciada quando se faz referência a uma irregularidade, a fim de se justificar o uso de sanções internacionais por causa de ato ou de omissão tidos por ilícitos.

A elasticidade do conceito de ilícito internacional tende a ser usada em favor de atores que precisam fazer com que medidas aplicadas por eles sejam consideradas verdadeiras sanções internacionais. Há níveis de ilicitudes no sistema jurídico internacional que comprovam estar este em desenvolvimento e, portanto, não balizado por limites precisos.

Segundo Santos (2002), violações menos graves ao direito internacional são identificadas pela doutrina como contravenções. São tidas como inobservâncias e não violações de prescrições internacionais, mas nem por isso se diferem. A falta de diligência é, por sua vez, ainda menos grave do que a contravenção, caracterizando-se como inadimplência do sujeito para com o direito internacional.

A gradação da culpa também varia de acordo com o enquadramento que se dê a determinado ato ou omissão, muito em-

bora deva ser dito que a responsabilidade dos países não se vincula a questões sobre culpa, já que esse elemento raramente é discernível quando se trata de responsabilidade de pessoas jurídicas internacionais.

Em síntese, pode-se dizer que as violações ao direito internacional, compreendidas em violação propriamente dita, em contravenção e em falta de diligência, ensejam a aplicação de sanções internacionais. Mesmo que essa discriminação possa ser útil, não se afastam alguns problemas que com ela surgem, tais como a possibilidade de se manipularem conceitos e a de que as condutas que aparentemente seriam consideradas violações configurem como leves diligências.

5. Conclusão

Não se trata, aqui, de defender a sanção como único instrumento hábil a mover os atores no cumprimento da regra internacional ou como singular meio de vingar o direito e os demais sujeitos pela violação incorrida. Ainda que as finalidades das sanções internacionais não estejam de todo esclarecidas, forçoso é reconhecer que essa medida ataca o problema da desobediência às normas internacionais e representa uma reação válida do direito ao seu descumprimento. Como destaca Damrosch (1997), a sanção permite não apenas sinalizar que o sistema não admite violações, como também minimizar o peso que os interesses individuais dos sujeitos possam ter sobre a opção de cumprir ou não com o dever que lhes é apregoado.⁸

⁸ *Nas palavras do autor:* "I am convinced that the truly misguided attitude would be to conclude that enforcing international law is unnecessary or unrealistic. It may well be true that compliance is the ultimate goal and enforcement is merely a means to that end; and if non-enforcement strategies are more effective than coercive ones in inducing certain kinds of compliance, then of course it would make sense to favor the policy most likely to yield the desired result. But this does not mean abandoning enforcement as one among various strategies for achieving compliance". *Tradução livre:* Estou convencido de que a atitude

A sanção é, pelo menos idealmente, um elemento que configura o sistema em termos objetivos, afastados de suas origens voluntaristas e voltados a fazer prevalecer os valores e os fins jurídicos da sociedade internacional e não os dos seus atores individualmente considerados.

Se existem motivos para que se duvide da eficácia da sanção internacional, isso se explica pela concepção de eficácia de tais instrumentos tradicionalmente infiltrada nos sistemas jurídicos nacionais, mergulhada no monopólio do poder de sanção estatal e na submissão da pessoa natural ou da jurídica à autoridade do sistema.

Num sistema de direito em que tal monopólio encontra-se distante de verificar-se e em que dificilmente a ideia de sujeição é aceita por força da soberania dos Estados, os padrões de verificação da eficácia dessas medidas, principalmente das econômicas, devem ser menos rígidos.

O sistema internacional precisa de um regime de aplicação de sanções condizente com a realidade que o mesmo oferece. As aparentes dificuldades de subsistir um complexo de sanções que promova o cumprimento das normas de direito internacional podem ser reais. Entretanto, isso não impede que sejam elas necessárias, ainda que sob diferentes esquemas não compatíveis em absoluto com os modelos nacionais.⁹

verdadeiramente errada seria concluir que a obrigatoriedade do direito internacional é desnecessária ou irreal. Pode ser bem verdade que a submissão seja a última meta e a coação somente um dos meios para se atingir aquele fim; e se estratégias de não-coação forem mais efetivas do que as coercitivas na indução a certos tipos de comportamento, então claro que faria sentido favorecer essa política para atingir o resultado desejado. Mas isto não significa abandonar a coação como uma entre as várias estratégias para alcançar a submissão (DAMROSCH, 1997, p. 23-24).

⁹ *Nesse sentido*: "International law is laws in the true sense of the term, for its rules regulating the mutual behavior of states provide sanctions to be directed against the state which has committed an international delict, or, what amounts to the same, has disregarded its obligations towards another state and thus violated the right of the other state". *Tradução livre*: O direito

Num sistema aberto como o do direito internacional, especialmente no que diz respeito à determinação das transgressões internacionais, qualquer dos conceitos acima apontados corre o risco de ser objeto de uma interpretação extensiva e enquadrar atos ou omissões usualmente não considerados como tais. Se, por um lado, isso é vantajoso por permitir que o sistema evolua e descubra quais condutas precisa sancionar, por outro, é desvantajoso por significar que o poder de determinar as violações de direito internacional e, na esteira, de impor sanções internacionais é descentralizado.

Esse estado de coisas contribui para uma futura inconsistência do sistema internacional, que dependerá de justificativas particularizadas e casuísticas sobre a necessidade de sanções e de tomadas de posição unilaterais.

Apenas um consenso da sociedade internacional em torno dessas violações pode sanar os vícios que atuam contra uma determinação objetiva das transgressões ao direito internacional e, em decorrência, das sanções a serem aplicadas garantindo que a insustentável leveza do direito internacional seja cada vez mais sustentável.

Referências

AREND, A. C. Do legal rules matter? International law and international politics. *Virginia journal of international law*, Charlottesville, v. 38, n. 2, p. 107-153, 1998.

ARENDT, Hannah. *Vies politiques*. Paris: Gallimard, 1986.

_____. *On revolution*. London: Penguim, 1990.

_____. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

internacional é direito no verdadeiro sentido do termo, com suas regras regulando o comportamento mútuo dos estados prevendo sanções a serem impostas contra o estado que cometeu um delito internacional, ou, o que dá no mesmo, desconsiderou suas obrigações para outro estado e assim violou o direito deste (KELSEN, 1951, p. 706).

_____. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Una guerra giusta? Sul conflitto del Golfo*. Venezia: Marsilio, 1991.

_____. *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução de Álvaro Lorenzini. São Paulo: Unesp, 2003.

CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. *The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements*. Cambridge: Harvard University, 1995.

DAMROSCH, Lori Fisler. Enforcing international law through non-forcible measures. *Recueil des cours*, v. 269, p. 9-250, 1997.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

HENKIN, Louis. *How nations behave: law and foreign policy*. 2. ed. New York: Columbia University, 1979.

KELSEN, Hans. *The law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*. New York: Praeger, 1951.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: A. Amado, 1984.

_____. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

OPPENHEIM, Lassa. Francis Lawrence. *League of Nations and its problems: three lectures*. New York: Longmans, Green and Company, 1919.

_____. *International law: a treatise: disputes, war and neutrality*. 7th ed. London: Longmans, Green and Company, 1952. v. 2.

SANTOS, C. V. *A imposição de sanções internacionais*. 2002. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2002.

SCELLE, George. *Traité élémentaire de droit international public*. Paris: Domat-Monchrestien, 1943.

THUCYDIDES, Richard Crawley. *The complete writings of Thucydides: the Peloponnesian war*. New York: The Modern Library, 1951.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. *Sanções econômicas internacionais*. 2011. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Araraquara, 2011.

WILLIAMS, John Fischer. *Aspects of modern international law: an essay*. London: Oxford University, 1939.

Políticas públicas de reconhecimento para a defesa dos direitos humanos dos homossexuais

Ana Maria D'Ávila Lopes e
Renato Espíndola Freire Maia

Sumário

Introdução. 1. Direito à igualdade e não discriminação contra os homossexuais. 2. Políticas de reconhecimento para superar a discriminação contra os homossexuais. 3. Análise da ADI nº 4.277. Conclusão.

Introdução

Durante séculos, a homossexualidade foi considerada uma doença e sua prática um desvio comportamental moralmente condenável. Apenas nos últimos anos vêm sendo garantidos direitos aos homossexuais.

No entanto, ainda há muito a ser alcançado. A maior parte da sociedade continua negando-se a reconhecer os direitos dos homossexuais, evidenciando a necessidade de políticas públicas mais efetivas, que não destinem apenas superar as desigualdades econômicas decorrentes dessa discriminação, mas que objetivem o reconhecimento do direito à identidade sexual.

Nesse contexto, o presente trabalho visa, com base no pensamento de Nancy Fraser (1997, 2010), propor a adoção de políticas públicas de reconhecimento para a defesa efetiva dos direitos humanos dos homossexuais.

Para tal, inicialmente será apresentado o marco constitucional que fundamenta a adoção de políticas públicas especiais dirigidas a garantir a efetividade dos direitos

Ana Maria D'Ávila Lopes é Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

Renato Espíndola Freire Maia é Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP.

dos homossexuais. Posteriormente, será desenvolvida a proposta de Nancy Fraser que defende a adoção de políticas públicas de reconhecimento para a superação da situação de discriminação vivida pelos homossexuais. Finalmente, a decisão do Supremo Tribunal Federal, que em maio de 2011 reconheceu a união estável homoafetiva, será analisada, haja vista constituir um marco histórico na proteção dos direitos dos homossexuais no Estado brasileiro.

1. Direito à igualdade e não discriminação contra os homossexuais

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro “promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV), evidenciando um novo paradigma jurídico no qual toda pessoa, sem importar suas características materiais ou imateriais, tem iguais direitos a outra, banindo-se qualquer forma de discriminação. A igualdade de todas as pessoas é reforçada no *caput* do art. 5º, no qual se afirma que “todos são iguais perante a lei...”, devendo a igualdade ser interpretada não a partir da sua restrita acepção formal oriunda do liberalismo, que ignora as diferenças existentes entre os membros da sociedade, mas interpretada como uma igualdade material, que determina tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais.

É nessa esteira conceitual que o constituinte brasileiro, reconhecendo a diversidade da sua sociedade, estabeleceu várias normas destinadas a proteger as pessoas em situação de vulnerabilidade, a exemplo de crianças, idosos, indígenas, etc., haja vista a construção e o fortalecimento de um Estado democrático exigir não apenas o reconhecimento da sua diversidade, mas a implementação de mecanismos capazes de garantir o efetivo exercício dos direitos humanos por todos seus membros.

Não obstante esse avanço, o constituinte, influenciado pelos valores machistas que imperavam na sociedade na época de elaboração da Lei Maior, omitiu qualquer norma expressa relativa aos direitos dos homossexuais. A previsão constitucional mais próxima a regular a matéria encontra-se no inciso IV do art. 3º, no qual é proibida a discriminação por motivos de sexo.

Na atualidade, essa norma vem sendo interpretada no seu sentido mais amplo, de forma a abranger também a não discriminação por identidade sexual. Essa interpretação visa salvaguardar a unidade e harmonia normativa constitucional, na medida em que busca manter a concórdância hermenêutica entre o princípio fundamental do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a não discriminação (art. 3º, IV) e o direito fundamental à igualdade (art. 5º, *caput*).

Trata-se, sem dúvida, de um tema polêmico. Não há como ignorar que os direitos sexuais têm sido doutrinária e legislativamente relegados a um segundo plano. O descaso em relação a esses direitos deriva do temor de que seu desenvolvimento teórico e sua regulação legal possam implicar o reconhecimento formal de práticas sexuais não reprodutivas ou homossexuais, que as sociedades machistas costumam condenar, preferindo-se, desse modo, retirar-lhes a qualidade de direitos humanos, para deixá-los no campo da moral, da religião ou do direito penal (MILLER, 2001, p. 87).

Sem pretender negar nem diminuir a importância dessa discussão, o que hoje impende é reconhecer a qualidade de direitos humanos dos direitos sexuais, haja vista estarem destinados a proteger a sexualidade humana, inerente a todo ser humano (MILLER, 2001, p. 90).

Diversas declarações têm sido elaboradas com o fim de proclamar a existência e importância dos direitos sexuais. Entre essas, salienta-se a de Valencia (Espanha) de 1997, que preconiza a sexualidade como parte integral da personalidade, devendo,

portanto, os direitos sexuais serem considerados direitos humanos:

“Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico. Para asegurar el desarrollo de una sexualidad saludable en los seres humanos y las sociedades, los derechos sexuales siguientes deben ser reconocidos, promovidos, respetados y defendidos por todas las sociedades con todos sus medios” (DECLARACIÓN..., 1997).

No direito brasileiro, não há norma jurídica que diretamente disponha sobre os direitos sexuais e seu desenvolvimento doutrinário é ainda tímido (LOPES, 2011). No entanto, isso não retira a sua juridicidade nem a sua fundamentalidade, pois, com base no §2º do art. 5º da Constituição Federal, pode-se, indubitavelmente, afirmar sua condição de direitos fundamentais, haja vista a norma estabelecer que os direitos e as garantias fundamentais podem ter assento em qualquer parte do texto formal da Constituição, ou derivar do regime ou dos princípios por ela adotados, bem como de tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido, há diversos dispositivos constitucionais dos quais é possível derivar os direitos sexuais (art. 1º, III; art. 3º, IV; art. 5º, *caput*; art. 6º, *caput*; art. 196, *caput*; art. 226, §7º, etc.). No entanto, a cláusula aberta do §2º do art. 5º não é o único argumento nem o mais forte para afirmar a natureza de direitos fundamentais dos direitos sexuais. O argumento mais sólido é sua correspondência substancial com a definição de direitos fundamentais, entendidos esses como princípios jurídicos positivos, de nível constitucional, que refletem os valores mais essenciais de uma sociedade para a proteção da dignidade humana, legitimam-

do a atuação do Estado e dos particulares (LOPES, 2001, p. 36-37).

Desse modo, e sendo a sexualidade inerente ao ser humano e essencial para o desenvolvimento pleno da sua personalidade, é possível concluir pela fundamentalidade dos direitos sexuais.

2. Políticas de reconhecimento para superar a discriminação contra os homossexuais

Como forma de garantir o direito de toda pessoa de construir a sua identidade, devem-se trazer à luz as políticas de reconhecimento, as quais visam promover o desenvolvimento pleno da personalidade sem preconceitos nem discriminações.

Em importante análise sobre as políticas de reconhecimento de Charles Taylor, Habermas (1999) dialoga com os ensinamentos de Amy Gutmann, defendendo a ideia de que o reconhecimento público dos seres humanos como iguais pode requerer duas formas de respeito: a) reconhecimento da identidade intransferível de cada indivíduo, não importando o sexo, raça ou etnia; b) reconhecimento da cultura dessa pessoa, devendo-se respeitar seus costumes e maneira de ver e viver no mundo.

Diversos movimentos vêm lutando pelo reconhecimento dos tradicionalmente relegados a um segundo plano e até excluídos da sociedade, a exemplo do feminismo e do multiculturalismo.

“Su parentesco estriba en que tanto las mujeres, las minorías étnicas y culturales, así como las naciones y las culturas [...] luchan por el reconocimiento de las identidades colectivas, sea en el contexto de una cultura mayoritaria o en el de la comunidad de los pueblos” (HABERMAS, 1999, p. 198).

Trata-se de uma reivindicação que pode ser estendida aos homossexuais, cujos direitos têm sido firmemente negados pelas sociedades machistas.

Esse novo tipo de reivindicação tem de flagrado a necessidade de repensar a justiça social para além dos contornos estritamente econômicos, de forma a incluir conteúdos relativos à identidade das pessoas.

Entre os autores que melhor têm trabalhado o tema, salienta-se o pensamento de Nancy Fraser (2010), que ensina que a concretização da justiça social não deve limitar-se a implementar políticas de redistribuição da riqueza, mas deve também envolver políticas de reconhecimento das minorias.

De qualquer forma, tanto as políticas da redistribuição da riqueza como as de reconhecimento das diferentes identidades devem ser implementadas de forma coordenada, evitando-se sua dissociação ou polarização,

“Alguns proponentes da redistribuição rejeitam completamente a política de reconhecimento, considerando as demandas pelo reconhecimento da diferença como uma ‘falsa consciência’, um obstáculo à busca da justiça social [...]. Nesses casos, estamos diante daquilo que é apresentado como uma escolha disjuntiva: redistribuição ou reconhecimento? Política de classe ou política de identidade? Multiculturalismo ou democracia social?” (FRASER, 2010, p. 168).

Para Fraser (2010, p. 168), a polarização dos dois tipos de política deve ser rejeitada, visto serem insuficientes quando adotadas isoladamente. Desse modo, propõe uma concepção bidimensional da justiça social, de forma a coordenar as reivindicações de igualdade social e de reconhecimento da diferença, o que constitui, sem dúvida, uma tarefa complexa.

As políticas de redistribuição têm sua origem na tradição liberal, enriquecida pelas teorias da justiça redistributiva de John Rawls e de Ronald Dworkin. Diferentemente, as políticas de reconhecimento fundamentam-se na filosofia hegeliana e na fenomenologia da consciência, que defendem a construção intersubjetiva do sujeito.

A complexidade da implantação de uma justiça social bidimensional amplia-se quando se observa que, no plano político, a redistribuição tem sido associada a reivindicações socioeconômicas, enquanto o reconhecimento tem sido vinculado a demandas de identidade de gênero, étnica, racial ou de nacionalidade.

“la lucha por el reconocimiento se está convirtiendo rápidamente en la forma paradigmática de conflicto político en los últimos años del siglo veinte. Las exigencias de ‘reconocimiento de la diferencia’ alimentan las luchas de grupos que se movilizan bajo las banderas de la nacionalidad, la etnia, la ‘raza’, el género y la sexualidad. En estos conflictos ‘postsocialistas’, la identidad de grupo sustituye a los intereses de clase como mecanismo principal de movilización política. La dominación cultural reemplaza a la explotación como injusticia fundamental. Y el reconocimiento cultural desplaza a la redistribución socioeconómica como remedio a la injusticia y objetivo de la lucha política” (FRASER, 1997, p. 17).

Essa dissociação não faz mais do que obscurecer a importância das distintas reivindicações de reconhecimento realizadas no marco das lutas de classes socioeconômicas, ou as diversas exigências de redistribuição da riqueza realizadas pelas minorias identitárias.

São experiências que evidenciam a necessidade de modificar a percepção unidimensional da justiça social, de forma a transformá-la em integral e efetiva.

No entanto, deve-se ter presente que cada uma das duas políticas encontra-se inserida num marco conceitual altamente complexo.

“A política de redistribuição, como a compreendo, engloba não só as orientações centradas em classes sociais, como o liberalismo do *New Deal*, a social democracia ou o socialismo, mas aquelas formas de feminismo

e anti-racismo que vislumbram as reformas sócio-econômicas como o remédio para as injustiças de gênero e étnico-raciais. Portanto, é mais ampla do que a política de classe no sentido convencional. A política de reconhecimento, em contraste, engloba movimentos visando a revalorizar identidades injustamente depreciadas, por exemplo, o feminismo cultural, o nacionalismo cultural negro e a política de identidade homossexual, mas também tendências desconstrutivas, como a *queer politics*, a política 'racial' crítica e o feminismo desconstrutivista, que rejeitam o 'essencialismo' da política da identidade tradicional. Assim, é mais ampla que a política da identidade no sentido convencional" (FRASER, 2010, p. 169).

Desse modo, Nancy Fraser (2010, p. 169-171) identifica quatro diferenças entre os paradigmas populares das políticas de redistribuição e de reconhecimento:

a) concepções diferentes de injustiça: o paradigma da redistribuição centra-se em injustiças de caráter socioeconômico (exploração, marginalização e privação econômicas), enquanto o paradigma do reconhecimento tem seu cerne nas injustiças culturais, enraizadas em padrões sociais de representação (dominação cultural), interpretação (não reconhecimento, invisibilidade) e comunicação (representações culturais públicas estereotipadas);

b) diferentes soluções para a injustiça: para o paradigma da redistribuição, a solução da injustiça é a redistribuição da riqueza (reorganização da divisão do trabalho e reestruturação da propriedade), enquanto, para o paradigma do reconhecimento, a solução conseguir-se-ia com a mudança cultural e simbólica da sociedade (reavaliação ascendente das identidades não respeitadas e valorização positiva das diferenças). Nessa visão, são incluídas as interseções das diferenças econômicas, étnicas, raciais e de gênero, as quais potencializam a exclusão;

c) concepções diferentes das coletividades que sofrem as injustiças: para o paradigma da redistribuição, os sujeitos da injustiça são similares aos dos paradigmas de classe propostos por Marx (trabalhadores explorados), podendo, entretanto, abarcar os grupos *racializados* (*racialized*) de imigrantes ou minorias étnicas. As mulheres também podem ser incluídas nessa perspectiva, em visto da situação de desvantagem na qual se encontram devido à discriminação de gênero. Diferentemente, para o paradigma do reconhecimento, os sujeitos da injustiça se parecem mais com os grupos sociais propostos por Weber, isto é, grupos de pessoas com *status* mais baixo, por gozarem de menor respeito, estima e prestígio na sociedade, a exemplo dos homossexuais, que sofrem de estigmas institucionalizados.

d) ideias diferentes em relação aos dois grupos: para o paradigma da redistribuição, as diferenças são injustas, devendo, portanto, serem abolidas. Para o paradigma do reconhecimento, nem todas as diferenças são injustas. As diferenças identitárias que não derivam em hierarquizações e exclusões devem ser mantidas e valorizadas positivamente, enquanto as diferenças que discriminam devem ser desconstruídas e combatidas.

Para a maioria dos autores, as diferenças existentes entre os dois paradigmas formam uma disjuntiva que apenas permite aceitá-las ou rejeitá-las. Para Fraser (2010), essa antítese é falsa.

Em primeiro lugar, as diferenças entre os dois paradigmas não são dicotômicas. Assim, os proletariados também sofrem de injustiças identitárias, assim como os homossexuais sofrem de injustiças econômicas. Em alguns casos, as políticas de redistribuição serão suficientes para combater as desigualdades econômicas, enquanto as políticas de reconhecimento solucionarão os problemas derivados das desigualdades identitárias. Contudo, em outras situações, como no caso dos

homossexuais, serão necessárias políticas bidimensionais.

Fraser afirma que, em uma sociedade de padrões postos e impostos pela maioria heterossexual, é lógico, e até esperado, que direitos sejam negados à minoria homossexual. Há sociedades nas quais esses padrões encontram-se fortemente arraigados nas diferentes áreas sociais, como na cultura popular e na interação cotidiana, passando pela política e pelo Direito, provocando agressões psicológicas e menosprezo social.

“O resultado é considerar gays e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir. Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de subordinação de *status*, incluindo a vergonha ritual, prisões, ‘tratamentos’ psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade, e de todas as posições jurídicas que deles decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação, acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento” (FRASER, 2010, p. 173).

Apenas para ilustrar o que vem sendo dito acerca dessa negação de direitos aos homossexuais, estudos apontam que aos parceiros que vivem em condição de união estável homoafetiva lhes são negados 78 direitos acessíveis aos casais heterossexuais (REIS, 2010).

Ainda como decorrência dessa falta de reconhecimento que sofrem os homossexuais, Fraser aponta as injustiças econômicas

como outro grave problema com o qual devem conviver, e que se manifesta, por exemplo, na forma de demissões sumárias e sem causas definidas, ou na restrição da inclusão dos parceiros nos mesmos benefícios que lhes são garantidos aos casais heterossexuais.

Para que seja possível a superação dessa situação de discriminação, a autora americana propõe a adoção de políticas de reconhecimento, pois, no caso das injustiças econômicas enfrentadas pelos homossexuais, o remédio é o reconhecimento e não a redistribuição:

“Para ser exata, gays e lésbicas também sofrem sérias injustiças econômicas. Eles podem ser sumariamente despedidos do emprego e têm negados os benefícios sociais baseados nos vínculos familiares. Mas longe de estarem pautadas diretamente na estrutura econômica, elas derivam, ao invés, de um padrão de valor cultural injusto. O remédio para a injustiça, conseqüentemente, é o reconhecimento, e não a redistribuição. A superação da homofobia e do heterossexismo requer uma modificação na ordem do *status* sexual, desinstitucionalizando os padrões heteronormativos de valor, substituindo-os por padrões que expressem igual respeito para com gays e lésbicas” (FRASER, 2010, p. 173).

No Brasil, a salvaguarda dos direitos fundamentais dos homossexuais ainda é tímida, restringindo-se, basicamente, a medidas de redistribuição da riqueza. Exemplo disso é a Instrução Normativa nº 50 de 2001 advinda do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS (*online*), que, em seu artigo 5º, passou a assegurar benefícios previdenciários para parceiros vivendo em condição de união homoafetiva.

“Art. 5º A inscrição de *companheiro ou companheira homossexual*, como dependente, deverá ser efetuada no Instituto Nacional do Seguro Social,

inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso” (INSTITUTO..., 2001, grifo nosso).

Entre outros exemplos, cita-se a Instrução Normativa nº 5 de 2009 do Ministério da Educação, que regulamenta o processo seletivo do PROUNI (Programa Universidade para Todos), estendendo o conceito de grupo familiar para fins de obtenção de benefícios institucionais às uniões estáveis, inclusive homoafetivas (PORTAL..., 2009). Ainda nessa intenção de diminuir as diferenças, a Agência Nacional de Saúde (ANS), por meio de sua diretoria colegiada, faculta a inclusão do companheiro em união homoafetiva como dependente em plano de saúde contratado pelo outro (CESCHIN, 2010).

Apesar desses avanços, constata-se praticamente a inexistência de políticas públicas de reconhecimento, as quais são fundamentais para a superação da homofobia, conforme apontado por Fraser (2010, p. 173).

Como forma de superar esse vazio, algumas propostas de políticas de reconhecimento têm sido formuladas por ONGs, a exemplo do Grupo de Resistência Asa-Branca-GRAB (*online*), do Município de Fortaleza, num encontro realizado no dia 13 de agosto de 2008:

a) em matéria de direitos humanos: criação de uma Secretaria Municipal de Direitos Humanos com dotação orçamentária própria; criação de um Centro de Referência em Direitos Humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais - LGBTT, com assistência jurídica e psicossocial, além de um Disque Cidadania LGBTT; implantação de um programa de formação e sensibilização em direitos humanos de LGBTT destinado à Guarda Municipal, Agentes de Cidadania e demais funcionários públicos do Município de Fortaleza; inclusão do Dia da Visibilidade Lésbica (29 de agosto) e do Dia da Visibilidade Trans-travestis e transexuais (29 de janeiro); realização de uma Campanha de Divulgação da Lei Municipal

nº 8.211/98 que pune estabelecimentos comerciais que discriminem pessoas devido à sua orientação sexual; exclusão das empresas condenadas pela violação da anterior lei dos processos licitatórios municipais; alocação de recursos orçamentários municipais para a promoção dos direitos humanos de LGBTT;

b) em matéria de habitação: reconhecimento das diversas formas de arranjos familiares para os benefícios dos programas municipais de habitação popular (HABITAFOR);

c) em matéria de saúde: ampliação das políticas de prevenção das DST/HIV/Aids para a população LGBTT; capacitação dos profissionais da saúde para um atendimento especializado e humanizado dos homossexuais;

d) em matéria de assistência social: atendimento humanizado a LGBTT em situação de rua; fornecimento de cestas básicas à população LGBTT que cumpram os requisitos do Sistema Único de Atendimento Social - SUAS; inclusão de ONGs e de movimentos de LGBTT comunitários no Conselho Municipal da Assistência Social;

e) em matéria de educação: formação de professores e funcionários dos estabelecimentos escolares municipais sobre o direito de não discriminação dos homossexuais; inclusão de temas relativos à sexualidade e à homossexualidade nos currículos e material didático escolar; reconhecimento da identidade LGBTT no cotidiano escolar; inclusão, no calendário escolar municipal, das datas relativas à população LGBTT;

f) em matéria de lazer: promoção de atividades sociorrecreativas e esportivas voltadas para jovens e idosos homossexuais;

g) em matéria de cidade: garantia de uma sociabilidade livre e autônoma de LGBTT nos espaços públicos municipais (resguardadas as leis vigentes);

h) em matéria de cultura: realização e/ou apoio de eventos relativos à forma de vida de LGBTT, a exemplo da Parada da Diversidade Sexual; inclusão, na agenda

cultural e turística do município, dos eventos de LGBTT.

Trata-se de propostas concretas¹ de políticas de reconhecimento que visam superar a situação de discriminação em que os homossexuais se encontram, sendo, junto com as políticas de redistribuição, o caminho certo para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, conforme os ditames estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

3. *Análise da ADI nº 4.277*

A união estável homoafetiva foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no dia 5 de maio de 2011, em sede da ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4.277) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 132), propostas pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, respectivamente.

Primeiramente, faz-se necessário a ressalva para o fato de que o Relator do processo, Ministro Carlos Ayres Britto, subsumiu a ADPF na ADI devido à convergência de objetos entre ambas as ações,

“Seja como for, o fato é que me foi redistribuída a ADI 4.277, versando o mesmo tema central da ADPF nº 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF, até porque nela mesma, ADPF, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ADI. Por igual, entendo francamente encampados pela ADI nº 4.277 os fundamentos da ADPF em tela de nº 132-DF” (BRASIL, 2011a).

¹ Cita-se, também, o projeto de lei para criar o Estatuto da Diversidade Sexual que a Frente Parlamentar Mista entregou ao presidente do Senado José Sarney no mês de agosto de 2011. O projeto foi elaborado por uma comissão especial da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (ORDEM..., 2011).

Passando à análise do mérito da questão, destaca-se, entre os temas mais relevantes ao presente trabalho, a defesa da sexualidade do ser humano como emanção de um direito constitucional que diz respeito à esfera privada do indivíduo. As liberdades sexuais – salientaram os Ministros – estão inseridas dentro do rol dos direitos fundamentais do indivíduo e suas manifestações guardam estreito relacionamento com o princípio da dignidade da pessoa humana.

“Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1º do art. 5º da CF. Destacou, outrossim, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. Frisou que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual)” (BRASIL, 2011b).

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme aponta Barroso (2009, p. 20), identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas:

“O princípio da dignidade da pessoa humana migrou da religião e da filosofia para o Direito nas últimas décadas, tendo sido incluído em documentos internacionais e em Constituições democráticas. A Constituição brasileira de 1988 abrigou-o expressamente, dando início a uma fecunda produção doutrinária que procura dar-lhe densidade jurídica e objetividade. A dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É

um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. Expressão nuclear dos direitos fundamentais, a dignidade abriga conteúdos diversos, que incluem condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, *ser* é muito mais do que *ter*” (BARROSO, 2011, p. 20).

Quando a Constituição Federal, ainda em seu Preâmbulo, anuncia o propósito de constituir uma sociedade fraterna, pluralista e livre de preconceitos, já está traçando o caminho da rejeição de qualquer injusta diferenciação, seja o motivo que for.

“Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano em função da orientação sexual significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana” (RIOS, 2006, p. 29).

Robert Alexy, fazendo uma análise da necessidade de se dispensar tratamento igual ou desigual a determinado caso concreto, traz importante ensinamento que embasa a discussão,

“De tudo isso se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração. Nesse ponto, interessa apenas a primeira questão. A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que se justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual. Essa idéia pode ser expressa por meio do seguinte enunciado, que

é um refinamento da concepção fraca do enunciado geral de igualdade, a que aqui se deu preferência: se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório” (ALEXY, 2008, p. 408).

Sem dúvida, não aceitar o direito dos homossexuais de serem titulares dos mesmos direitos fundamentais reconhecidos aos heterossexuais fere de maneira substancial os princípios da dignidade e da igualdade, desequilibrando a harmonia social que deve existir para a convivência pacífica entre os seres humanos.

“Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da composição masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual” (BRASIL, 2011a).

A respeito do reconhecimento da união estável homoafetiva, os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, por ocasião dos seus votos, levantaram importante questão acerca das bases interpretativas nas quais se apoiaram para a tomada de suas respectivas decisões.

Assim, para o Ministro Ricardo Lewandowski, as relações homoafetivas não deveriam configurar uma união estável de fato, por entender que o rol previsto no art. 226 da Constituição Federal, embora meramente exemplificativo, compreenderia apenas relações de diferentes sexos. Apesar dessa consideração, o Ministro Lewandowski entendeu como cabível o mecanismo da integração analógica de forma a aplicar, às uniões homoafetivas, as prescrições legalmente formuladas às uniões estáveis heteroafetivas, fazendo a ressalva para a

inaplicabilidade dos mecanismos que exigam a presença de casais de sexos opostos, por questões meramente práticas e lógicas.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, ao proferir seu voto, limitou-se a reconhecer a possibilidade da aplicação dos preceitos da união estável aos casais homoafetivos, por aplicação analógica ou dando interpretação extensiva ao §3º do art. 226 da Constituição Federal. Aos óbvios desdobramentos que poderiam advir de sua decisão, Gilmar Mendes não prestou qualquer tipo de esclarecimento. Essas considerações são encontradas em passagem do Informativo 625/2011:

“[...] O segundo (Min. Gilmar Mendes) se limitou a reconhecer a existência dessa união por aplicação analógica ou, na falta de outra possibilidade, por interpretação extensiva da cláusula constante do texto constitucional (CF, art. 226, § 3º), sem se pronunciar sobre outros desdobramentos. Ao salientar que a idéia de opção sexual estaria contemplada no exercício do direito de liberdade (auto-desenvolvimento da personalidade), acenou que a ausência de modelo institucional que permitisse a proteção dos direitos fundamentais em apreço contribuiria para a discriminação. No ponto, ressaltou que a omissão da Corte poderia representar agravamento no quadro de desproteção das minorias, as quais estariam tendo seus direitos lesionados” (BRASIL, 2011b).

Sobre o voto do Relator do processo, Ministro Ayres Britto, alguns aspectos merecem ser salientados, a fim de obtermos uma melhor compreensão sobre o que foi tratado nessa histórica decisão da Corte Suprema.

O Ministro Relator fundamentou seu posicionamento na previsão constitucional que garante a igualdade de homens e mulheres, sendo, portanto, possível incluir também as escolhas sexuais,

“O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados” (BRASIL, 2011a).

Partindo desse pressuposto claro da igualdade entre os sexos e sua livre expressão de escolha, o Ministro Relator inquiriu sobre se a mesma Constituição, que trouxe de maneira tão democrática a liberdade e igualdade sexual, poderia manifestar-se de maneira a excluir e proibir que sejam estendidos aos parceiros homoafetivos as mesmas regras e prerrogativas legais referentes às uniões estabilizadas e duradouras que são conferidas aos parceiros heterossexuais.

Para responder a essas questões, referiu-se aos preceitos elencados no Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal, que tratam da ordem social e que trazem especial proteção ao instituto da família.

Assim, para uma efetiva compreensão dos institutos que orbitam a discussão, levou em consideração os aspectos técnicos e doutrinários do significado do termo *família* que, segundo Ayres, destaca-se por ser vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras e espiritualizadas relações humanas de índole privada.

Da análise e da compreensão dos argumentos que permeiam a discussão, o Relator do caso concluiu que, por respeito aos princípios da igualdade (isonomia) e da liberdade, e para dar entendimento conforme à Constituição dos preceitos elencados no Capítulo VII do Título VIII, que trata da família, não se pode realizar qualquer tipo de diferença no tratamento dado às

famílias formadas por casais heteroafetivos ou homoafetivos,

“E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo ‘família’ nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser” (BRASIL, 2011a).

Desse modo, afirmou a necessidade de conferir igual tratamento aos casais homoafetivos, na medida em que qualquer entendimento contrário serviria para reforçar um indisfarçado sentimento, nas palavras do Ministro, “preconceituoso ou homofóbico”.

Ainda nessa linha, prosseguiu o Ministro na defesa do entendimento de que a terminologia “família” em nada se diferencia do termo “entidade familiar”, no sentido de que não deve haver hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de construção de um núcleo doméstico, como encontramos no texto do seu voto:

“Estou a dizer: a expressão ‘entidade familiar’ não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas *a meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da *sub-família*, *família de segunda classe* ou família ‘mais ou menos’ (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica” (BRASIL, 2011a).

Seguindo a análise dos pontos importantes para a conclusão do raciocínio, foi analisado o art. 1.723 do Código Civil de 2002, que é peça chave na formulação da questão e na tomada de posicionamento acerca da discussão judicial que se desenvolve. Isso porque o referido artigo tem a seguinte redação: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O entendimento perfilado pelo Relator deu-se no sentido de que devem ser aceitas como entidades familiares as uniões estáveis e duradouras de casais que mantenham relações de homoafetividade, quando presentes os demais e necessários pressupostos legais.

“E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de ‘interpretação conforme à Constituição’ do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família” (BRASIL, 2011a).

Finalmente, assim julgou o Ministro Relator:

“Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele ex-

cluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (BRASIL, 2011a).

Os demais Ministros acompanharam o Relator no sentido de interpretar o art. 1.723 do Código Civil conforme a Constituição Federal de 1988, de forma a expurgar qualquer tipo de dúvida que impeça a aplicação do citado artigo para o reconhecimento de união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar. Reconheceu-se, nesse momento, como resultado de uma luta legítima e não menos árdua, a igualdade entre os seres humanos, sua liberdade sexual e o respeito à união homoafetiva.

A decisão tem caráter histórico por marcar o fim de duradouras e repetitivas batalhas judiciais, tomando proporções que extrapolam o âmbito jurídico, para atingir as esferas políticas, sociais e religiosas.

Para os defensores de uma sociedade livre de amarras ideológicas e preconceitos cruéis que freavam o desenvolvimento social de toda uma significativa parcela da população, a vitória soou como o reconhecimento de uma realidade que se torna cada vez mais latente no cenário nacional e mundial.

Conclusão

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro a obrigação de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

Passados mais de vinte anos de promulgada a Lei Maior, diversas medidas para

o efetivo tratamento igualitário de todo ser humano foram adotadas. No entanto, o preconceito e a discriminação contra os homossexuais continuam sendo uma marca da sociedade brasileira, manifestando-se desde aberta e violentamente até velada e dissimuladamente.

Perante esse panorama, o Estado tem a obrigação constitucional de adotar políticas públicas destinadas a modificar os valores preconceituosos dos seus membros, como forma de extinguir a exclusão injusta dos setores minoritários do exercício legítimo dos seus direitos.

Nesse contexto, no presente trabalho, apresentou-se o pensamento de Nancy Fraser (1997, 2010), que propõe a adoção de políticas públicas de reconhecimento como forma de extinguir não apenas a discriminação identitária, mas também as injustiças econômicas sofridas pelos homossexuais, garantindo-se, desse modo, o respeito à dignidade de todo ser humano no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/42573>>. Acesso em: 23 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 4.277*. Brasília: STF, 2011a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2011.

_____. *Informativo 625/2011*. Brasília: STF, 2011b. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br//arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>>. Acesso em: 18 maio 2011.

CESCHIN, Maurício. *Súmula normativa nº 12, de 4 de maio de 2010*. Rio de Janeiro: ANS, 2010. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=70>. Acesso em: 22 jan. 2012.

DECLARACIÓN DEL 13AVO. Valencia: Congreso Mundial de Sexología, 1997. Disponível em: <<http://www.indetectable.org/pages/dersex.htm>>. Acesso em: 5 out. 2011.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVE-SAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

_____. *Iustitia Interrupta*: reflexiones críticas desde la posición "postsocialista". Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

GRUPO DE RESISTÊNCIA ASA BRANCA. *Plataforma política de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais*: LGBTQ. Fortaleza: GRAB, [s.d.]. Disponível em: <http://www.grab.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25:plataforma-politica-de-lesbicas-gays-bissexuais-travesti-lgbtt&catid=17:conteudo-politicas-publicas&Itemid=14>. Acesso em: 10 nov. 2011.

HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*: estudios de teoría política. Tradução de Juan

Carlos Velasco Arroyo e Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1999.

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL. *Instrução normativa nº 50 de 30 de dezembro de 2001*. São Paulo: INSS, 2001. Disponível em: <<http://www.fisicosoft.com.br/g/27mb/instrucao-normativa-diretoria-colegiada-do-instituto-nacional-do-seguro-social-inss-n-50-de-08052001>>. Acesso em: 27 out. 2011.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos sexuais e reprodutivos das crianças e dos adolescentes no âmbito da educação sexual. *Novos Estudos Jurídicos*, Santa Catarina, v. 16, n. 2, p. 112-127, 2011.

_____. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Sequência*, Santa Catarina, v. 30, n. 59, 2009.

_____. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MILLER, Alice. Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos. In: GRUSKIN, Sofia (Ed.). *Derechos sexuales y reproductivos, aportes y diálogos contemporáneos*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2001.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Estatuto da diversidade sexual*. Brasília: OAB, 2011. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ESTATUTO_DA_DIVERSIDADE_SEXUAL.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

PORTAL MEC. *Portaria Normativa n. 05 de 25 de maio de 2009*. Brasília: MEC, 2009. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/port_norm_05_250509.pdf>. Acesso em: 22 de jan. 2012.

REIS, Antônio Luiz Martins dos. Políticas e direitos humanos para LGBT. *Consulex*, Brasília, v. 14, n. 323, p. 36-37, jul. 2010.

RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista CEJ*, Brasília, v. 2, n. 6, set./dez. 2006.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. União homoafetiva no direito brasileiro e comparado. *Consulex*, Brasília, v. 14, n. 323, jul. 2010.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. New Jersey: Princeton University, 1994.

Neoconstitucionalismo e ciberdemocracia

Desafios para implementação da cibercidadania na perspectiva de Pérez Luño

Valéria Ribas do Nascimento

Sumário

1. Introdução. 2. Fundamentos do neoconstitucionalismo e o desenvolvimento da ciberdemocracia. 2.1. O que há de novo no neoconstitucionalismo? 2.2. O sentido da ciberdemocracia. 2.3. A necessária relação entre neoconstitucionalismo e ciberdemocracia. 3. Cibercidadani@ ou cidadani@.com? Apontamentos segundo Pérez Luño. 3.1. A versão fraca e forte da teledemocracia planetária. 3.2. Os riscos para efetivação da cibercidadani@. 4. Conclusão.

*Quis custodiet ipsos custodes?
(Quem vigia os vigilantes? – Frase
em latim do poeta romano Juvenal)*

1. Introdução

A temática deste trabalho, inicialmente, remete às alterações na concepção clássica de constitucionalismo, o que se pode denominar de neoconstitucionalismo. Essa nomenclatura pressupõe, via de regra, uma concepção antipositivista, com predominância dos princípios e valores sobre as regras, tendo como consequência uma amplitude da jurisdição constitucional, em diversos países, e o surgimento de novos desenvolvimentos teóricos, para dar conta dessa sociedade em constante transformação e interação.

Primeiramente, questiona-se o significado do prefixo “neo”, inserido na palavra constitucionalismo, bem como a época de surgimento e significado desse

Valéria Ribas do Nascimento é Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com período de pesquisa na Universidade de Sevilla (US); Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Professora Adjunta de Direito Constitucional da UFSM; Advogada.

movimento, que, atualmente, abarca uma diversidade de conceitos que se cruzam e se entrecruzam entre vozes positivistas e pós-positivistas. Posteriormente, pretende-se lançar um novo conjunto tecnocultural do final do século XX – impulsionado pela propagação das novas tecnologias, principalmente a informacional, que surge com o vertiginoso avanço da internet – intitulado ciberdemocracia.

Com isso, é importante se repensar o próprio conceito tradicional de “Constituição”, que traz em seu bojo certas implicações, como “cidadania”, “direitos fundamentais”, “limitações de poderes”, etc., para se fazer uma relação com as novas sociedades em rede. Não é mais possível, entender o constitucionalismo contemporâneo, fechado em torno da pirâmide kelseniana, ao contrário, usando a terminologia de Antonio-Enrique Pérez Luño (2007), pode-se imaginar a figura de uma “abóboda”, ou seja, a confluência de um conjunto de arcos esféricos, ou vários sistemas policêntricos (PÉREZ LUÑO, 2007, p. 510). Assim, é possível perceber claramente a importância da abertura e amplitude de conceituações mais antigas.

Na segunda parte do texto, discute-se sobre os efeitos que a sociedade da informação, com a utilização principalmente da internet, lança sobre a cidadania, na visão de Pérez Luño (2004), que a divide em duas frentes: uma positiva, que seria a *cibercidadani@*, traduzida em seu sentido autêntico de participação pública ampla, nas diversas partes do mundo; outra negativa, entendida como *ciudadani@.com*, que seria a evidência de uma massa acrítica, manipulada pelos poderes públicos e privados (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 100).

Nesse sentido, serão apresentados argumentos favoráveis e contrários ao crescimento das novas tecnologias em escala global, sendo indispensável ressaltar que não se pretende defender um dos dois caminhos, já que essa estrada apresenta-se como uma direção sem retorno. Buscam-

-se destacar, seguindo o autor espanhol, contornos possíveis a serem trilhados em prol do constitucionalismo, que pressupõe democracia, cidadania e respeito aos direitos fundamentais.

Ainda que a pesquisa indique a utilização de método de abordagem dialético¹, em vertentes conservadoras, não é possível a interpretação sem a compreensão, uma vez que, para interpretar, antes é preciso compreender. Por isso, opta-se por não fazer uso de métodos tradicionais, já que esses se fecham à realidade, bem como podem ser todos e nenhum com o decorrer do tempo. Assim, entende-se que a metodologia da fenomenologia é mais adequada aos objetivos desta proposta de pesquisa.

Vale afirmar, também, que a discussão ora apresentada relaciona-se com problemáticas já trabalhadas em projetos do CNPq/CAPES, no interior de Grupos de Pesquisa da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS), denominados “Núcleo de Direito Informacional” (NUDI) e “A reconstrução de sentido do constitucionalismo”.

2. Fundamentos do neoconstitucionalismo e o desenvolvimento da ciberdemocracia

O aparecimento das constituições na época moderna, bem como sua importância para a instituição e posterior manutenção da democracia², representou verdadeira revolução, baseada no fato de que a

¹ Pedro Demo (1987, p. 118), ressalta que a dialética sabe apontar o caráter contraditório e ambíguo da realidade e de si mesma. Assim, seria a metodologia mais condizente com as ciências sociais. Ressalta, também, que “em combinação com hermenêutica, a dialética realça a face subjetiva do conhecimento, sobretudo sua marca interpretativa”. No tocante à utilização da fenomenologia hermenêutica, consultar, Martin Heidegger (2002) e Hans-Gerg Gadamer (2003).

² Existem várias definições, trabalhos e teses sobre este importante tema. Bobbio (2000, p. 29-52) afirma que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta às formas autocráticas de governo, é pensá-la como um conjunto de regras que estabelecem quem está

constituição proporcionou afirmação da coletividade e subordinou a atuação do ente estatal. Contudo, mesmo destacando a visão de certos autores de que o Estado e o constitucionalismo seriam uma experiência moderna, é possível perceber formas de organização social na antiguidade, e, com isso, uma espécie de “Constituição do antigos”³ (FIORAVANTI, 2001).

Nessa mesma orientação, Manuel García-Pelayo (1991) ressalta que o Direito Constitucional como disciplina autônoma e sistemática não nasce até o século XIX; todavia, isso não quer dizer que antes não existissem normas constitucionais. Cita, como exemplo, Grécia, Roma e os sistemas dos tratadistas medievais (GARCÍA-PELAYO, 1991, p. 25). Dalmo de Abreu Dallari (1985) expõe que, no sentido comum da palavra, “todos os povos sempre tiveram uma constituição, assim como se diz que todas as coisas formadas de diversas partes são constituídas dessas partes (...)” (DALLARI, 1985, p. 3).

Na mesma orientação, pontua Gilberto Bercovici (2008) que o constitucionalismo diz respeito às circunstâncias históricas europeias e ocidentais, com conexões e influências de outros períodos históricos, não possuindo um momento único. Salienta que as relações de continuidade são, geralmente, enganosas. Insta observar por meio das palavras do autor:

“Há pluralidade de experimentos e visões, cada um com sua especifici-

autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos.

³ Fioravanti (2001) utiliza “antigos” para se referir aos gregos, bem como aos romanos e “modernos”, para dirigir-se aos homens e mulheres da sociedade ocidental pós-medieval. Entretanto, esses termos em castelhano e com esse significado não são usados correntemente pela doutrina. O destaque realizado pelo tradutor Manuel Martínez Neira pode ser utilizado no Brasil, que, igualmente em português, não é comum a utilização dessas expressões (FIORAVANTI, 2001). Salienta-se também o livro de Charles Howard McIlwain (1991, p. 37), no qual está elencado que o traço característico mais antigo, constante e duradouro do constitucionalismo continua sendo, como foi desde o começo, a limitação do governo pelo direito.

dade e originalidade. Por exemplo, a idéia de constituição como lei geral da organização do Estado é posterior às revoluções liberais. Mas esta concepção conviveu, ainda, por muito tempo com a da constituição como estrutura política, como forma de organização do poder político. Isto sem mencionar que foi só no decorrer do século XIX que a visão majoritária de constituição passou a ser a de uma lei formal e hierarquicamente superior às demais, e a tradicional distinção entre constituições rígidas e flexíveis só foi consolidada por James Bryce na passagem do século XIX para o século XX” (BERCOVICI, 2008, p. 16).

Assim, na verdade, deve-se questionar não propriamente quando surgiu o constitucionalismo, mas qual é o sentido atribuído a esse movimento nos diferentes momentos e culturas ao longo da história da humanidade. Nesse sentido, é pacífica a afirmação de que a ideia de limitação de funções do Estado e de proteção dos direitos fundamentais é fruto das revoluções liberais burguesas do século XVIII, destacando-se as experiências americana e francesa.

Em torno dos dois eixos paradigmáticos mencionados acima, surgem os alicerces do constitucionalismo clássico, que paulatinamente irá se reestruturando no tempo, até a fase em que atualmente se denomina de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo.

2.1. O que há de novo no neoconstitucionalismo?

O constitucionalismo contemporâneo – do Estado Democrático de Direito – estabeleceu seus principais traços característicos nos últimos cinquenta anos, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial. Com isso, ocorreram transformações significativas nas constituições, principalmente nos textos fundamentais da Itália, em 1947; da Alemanha, em 1949; de Portugal, em 1976; da Espanha, em 1978. Também em

diversos países da América Latina, como na Argentina, com as respectivas reformas de 1957 e de 1994; na Colômbia, de 1991; e, logicamente, no Brasil, com a Carta de 1988 (CARBONELL, 2007, p. 9).

Entretanto, vale mencionar a ressalva exposta por Pérez Luño (2003), quando o mesmo destaca que, hoje, as variantes e prolongamentos de doutrinas tradicionais, denominadas de pós-positivismos, e as neodogmáticas, implicam no risco de gerar doses de indeterminação conceitual incompatíveis com o rigor e a clareza exigidos pela teorização do direito. Ademais, “la pretensión de resolver problemas conceptuales como meras adjetivaciones o innovaciones terminológicas (...) pueden degenerar en una ideseable logomaquia” (PÉREZ LUÑO, 2003, p. 57-58).

Dessa forma não são poucos os autores que se perguntam se, realmente, surge um novo constitucionalismo – neoconstitucionalismo – ou apenas se trata de uma nova roupagem para os mesmos problemas do passado.

Nesse sentido, recorrendo à posição de Miguel Carbonell (2005), acredita-se que, como explicação para a complexidade de fenômenos jurídicos, é possível admitir essa nova nomenclatura na teoria e na prática do Estado Constitucional. Talvez, ainda, para além de neoconstitucionalismo, igualmente se projete o termo neoconstitucionalismos, no plural, dependendo do enfoque abordado (CARBONELL, 2005, p. 9-10). Convém ter presente que, quando se fala de neoconstitucionalismo, é necessário observar um processo complexo de questões, as quais podem ser experimentadas em separado, dificultando ainda mais a atribuição de uma definição.

Constata-se que são muitas as variações terminológicas que costumam ser encontradas para o referido fenômeno, tais como constitucionalismo do pós-guerra, pós-positivismo, neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, sendo que todas remetem a diferentes re-

lações entre os poderes estatais e ao grau de importância dos valores existentes nos ordenamentos jurídicos.

Carbonell (2005) acredita que existem três distintos níveis a serem analisados ao tratar de neoconstitucionalismo. Entre eles está a época histórica, pois esse novo movimento constitucional pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgem depois da Segunda Guerra Mundial, mais particularmente a partir dos anos setenta do século XX. Nas palavras do jurista, são Constituições que não se limitam à disposição de competências ou à separação dos poderes públicos, mas, para além disso, contêm um alto nível de normas materiais ou substantivas que condicionam o Estado por meio de fins e objetivos (CARBONELL, 2005, p. 10).

Em segundo lugar, estão as práticas jurisprudenciais, que exigem dos juízes novos parâmetros interpretativos. Aqui, entram em jogo técnicas hermenêuticas apoiadas em princípios constitucionais e em diferentes teorias, como a da ponderação, a da proporcionalidade, a da razoabilidade, a da maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, entre outras⁴. Isso leva os juízes a trabalharem com valores

⁴ Sublinham-se as obras brasileiras de Lenio Luiz Streck, nas quais aparece uma posição firme ao diferenciar o novo constitucionalismo (compromissário, principiológico e dirigente) do positivismo em suas mais variadas formas. “Qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o positivismo, entra em linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo.” Assim, compactuando com a teoria ora apresentada, marcada pela viragem da hermenêutica filosófica, acredita-se que o neoconstitucionalismo deve ser entendido como superação e não mera continuidade do modelo anterior. Ademais, Streck é contra toda forma de discricionariedade judicial, uma vez que a discricionariedade está ligada a subjetivismo (esquema sujeito-objeto), avesso ao Estado Democrático de Direito. Com base na hermenêutica da faticidade, no que denomina de Crítica Hermenêutica do Direito (Nova Crítica do Direito), recoloca-se a discussão do enfrentamento do positivismo e da indeterminabilidade do direito no contexto, não da simples dicotomia texto e norma, mas sim a partir da filosofia da diferença, que é ontológica entre texto e sentido do texto (STRECK, 2009, 2007).

constitucionalizados, mas muitas vezes de difícil aplicação, o que pode acarretar em decisões disfarçadas de real poder constituinte (CARBONELL, 2007, p. 9). A partir do que foi mencionado, é perceptível a dificuldade de se manter o equilíbrio das três funções estatais.

O terceiro e último nível para tratar do neoconstitucionalismo está ligado a novos desenvolvimentos teóricos, que partem do sentido material de textos constitucionais para tentar explicar os fenômenos jurídicos. Podem-se citar várias doutrinas, como por exemplo, a de Ronand Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Carlos Nino e Luis Prieto Sanchís, para provar que diferentes âmbitos culturais têm contribuído não apenas para compreender as constituições e práticas jurisprudenciais, mas também para ajudar a criá-las. Nessa linha de orientação, é possível encontrar referência aos autores ora mencionados, nas Cortes Constitucionais da Colômbia, do México, do Brasil e de vários outros países (CARBONELL, 2007, p. 9).

Para Lenio Luiz Streck (2009, p. 9), a invasão da filosofia pela linguagem, em uma era da pós-metafísica objetiva a (re) inclusão da faticidade, que, principalmente depois da década de cinquenta, atravessa o esquema sujeito-objeto para abarcar a “circularidade”⁵ da compreensão.

⁵ Considerando a teoria desenvolvida por Heidegger (2002) de radicalização da fenomenologia, em que o mesmo liga hermenêutica e faticidade, recoloca-se a questão da ontologia, mas não para abandoná-la, e sim, para buscar uma ontologia fundamental do ser, como filosofia hermenêutica, abrangendo a circularidade. “(...) Superada estava, assim, a idéia da fundamentação na consciência e na representação da humanidade”. Ernildo Stein (2007) dispõe que, com isso, introduziu-se uma dupla estrutura na fenomenologia. “A compreensão de ser sempre se dá no modo prático de ser do ser-aí, enquanto esse se explicita (interpreta, compreende), e só a partir daí podemos dominar a lógica dos entes” (STEIN, 2007, p. 105). Ocorre que a hermenêutica deve ser observada a partir dos dois teoremas fundamentais: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica, vale dizer por meio da existência de um “logos” que se bifurca, “o logos da compreensão da linguagem, que comunica e o “logos” no qual se dá o sentido que sustenta a

Cabe lembrar que o direito se rege pela palavra. É interpretando a palavra escrita na lei que se faz a justiça do caso concreto. Por isso, a necessidade da retomada da filosofia pelo direito, na denominação de Streck (2009), de “filosofia no direito”, e não do direito. Atualmente, os operadores jurídicos permanecem reféns da metafísica, o que leva ao distanciamento entre fato e legislação, entre necessidade de aplicação dos direitos fundamentais e a Constituição (STRECK, 2009, p. 97-100).

Nesse contexto, verifica-se que o neoconstitucionalismo é um termo que entrou na linguagem jurídica há pouco tempo e que, mesmo não possuindo um significado unívoco, adquiriu grande aceitação. Geralmente, é empregado para indicar uma perspectiva jusfilosófica que se caracteriza por ser um constitucionalismo antipositivista.

Streck (2009) critica as teses discursivo-procedimentais habermasianas, bem como as teorias da argumentação baseadas em Alexy; ambas, segundo Carbonell (2007), podem ser também classificadas sob o prisma do neoconstitucionalismo. Observa-se que mesmo sob enfoques diversos é importante a reflexão em torno de diferentes posicionamentos para tentar melhor compreender o mosaico de fenômenos que abarcam o constitucionalismo contemporâneo. Ao concluir os três distintos níveis de observação do neoconstitucionalismo, Carbonell (2007, p. 11) acredita que a novidade consista no conjunto, não tanto em seus aspectos isolados, mas quando analisados no mesmo tempo e no mesmo espaço. Igualmente, Luis Prieto Sanchís (2004) afirma que o constitucionalismo europeu do pós-guerra adquiriu uma singularidade

linguagem. Heidegger (2002) depois irá chamar esse primeiro “logos” da compreensão de uma proposição, do “logos apofântico”, o “logos” que se manifesta na linguagem. E o outro “logos”, aquele que se dá praticamente no compreender enquanto somos um modo de compreender, irá chamar de “logos hermenêutico”. Esses dois elementos, o “logos apofântico” e o “logos hermenêutico” irão constituir a distinção que dará material para que se possa depois falar numa hermenêutica filosófica” (STEIN, 1996, p. 27).

tão grande que alguns autores não somente vislumbram uma nova e peculiar forma política do continente, mas inclusive o surgimento de uma nova cultura jurídica. Assim, vale a pena citar alguns alcances do neoconstitucionalismo:

“(…) no cabe la menor duda de que ese constitucionalismo ha propiciado el alumbramiento de una teoría del Derecho en muchos aspectos distintas y hasta contradictoria con la teoría positivista que sirvió de marco conceptual y fecundas consecuencias: constitucionalismo de los derechos o, si se prefiere, Constituciones materiales y garantizadas. Que una Constitución es material significa aquí que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices) pero de un idéntico sentido, que es decirle también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir. Constitución material se opone así a Constitución formal o meramente procedimental. Que una Constitucional se halla garantizada significa sencillamente que, como ocurre con cualquier otra norma primaria, su protección o efectividad se encomienda a los jueces; o si se prefiere, que en el sistema existen normas secundarias, de organización y procedimiento, destinadas a depurar o sancionar la infracción de las normas sustantivas o relativas a derechos” (PRIETRO SANCHÍS, 2004, p 47-48).

O novo constitucionalismo de direitos ou essa supremacia material da constituição funciona como uma diretiva fundamental a orientar as três funções estatais, servindo, ao mesmo tempo, como limite e garantia do Estado Democrático de Direito. E, quando se menciona sobre esse novo paradigma estatal, é importante destacar que, atualmente, se vive na sociedade da informação. A internet já é realidade mundial, interli-

gando todos os países do planeta. Em uma sociedade internacional, mesclando o local e o global, pode-se pensar um novo sentido de constitucionalismo, relacionado com a ciberdemocracia.

2.2. O sentido da ciberdemocracia

As pessoas, atualmente, ligam-se não apenas por meio dos computadores, mas também, com telefones convencionais ou celulares em franca expansão. Os serviços de governo eletrônico são implementados, comunidades e redes sociais surgem com as ferramentas da *web 2.0*, formas de ativismo político e protestos nascem, utilizando-se de tecnologias das mais diferentes redes informacionais.

Nessa linha de orientação, surge o que se pode denominar de cibercultura, ou seja, o conjunto tecnocultural emergente do final do século XX, impulsionado pela sociabilidade pós-moderna em sinergia com a microinformática e o aparecimento das redes telemáticas mundiais. Ou uma forma sociocultural que modifica hábitos sociais, práticas de consumo, ritmos de produção e difusão de informação, criando outras formas de relações de trabalho, lazer, sociabilidade e comunicação social (LE MOS; LEVY, 2010, p. 21-22). Esse conjunto de novas informações e tecnologias comanda o ritmo das transformações sociais, econômicas, culturais e políticas do século XXI.

As consequências da cibercultura se fazem presentes em todos os países do globo, e somente um pensamento global pode dar conta dos desafios da atual sociedade da comunicação e informação planetária (LE MOS; LEVY, 2010, p. 22). Nesse atual modelo de Estado Democrático do Direito, deve-se dar especial atenção ao qualificativo “democrático”, para tentar entender como essas novas formas de conexão mundial influenciarão a ciberdemocracia global.

André Lemos e Pierre Lévy (2010, p. 22), trazem alguns dados:

“(…) Segundo a *Internet WordStats*, números de junho de 2008, há 1,5 bilhão

de usuários da internet no mundo e em todas as regiões. África, Oriente Médio, América Latina e Caribe são as regiões que mais crescem, mostrando uma descentralização, embora a taxa de penetração seja maior em países desenvolvidos (Sudeste asiático, Europa e América do Norte). Mas já podemos afirmar que o crescimento do acesso é exponencial e mundial. O Brasil tem hoje 45 milhões de usuários (sendo 24,4 milhões de usuários residenciais), segundo dados do *Ibopel/NetRating*. Embora não haja estatísticas definitivas, o Brasil está entre os 10 países em números absolutos de usuários, embora uma taxa de penetração muito pequena e inferior mesmo em comparação a países vizinhos da América do Sul. Os brasileiros são ativos produtores de informação e participação de redes sociais. Os internautas brasileiros são aqueles que ficam mais tempo *on-line* por mês e usam muito ferramentas da computação social. De acordo com o *Ibopel/NetRatings*, chegamos a nove milhões de usuários que acessam e leem *blogs* em um universo de aproximadamente 170 milhões de blogueiros. O número representa 46% de internautas ativos no país.”

Além desses dados, que demonstram o Brasil como um país com enorme número de usuários de internet, destacam-se novas modalidades como telefones celulares, redes 3G e internet sem fio *Wi-Fi*, além de várias comunidades oferecerem redes sem fio de graça. Ademais, as iniciativas em governos eletrônicos crescem exponencialmente. Todas as manifestações federais estão ligadas no portal Redegoverno, com inúmeras informações em nível federal, estadual e municipal. Algumas experiências brasileiras são consideradas de ponta, como a declaração do Imposto de Renda e o voto eletrônico (LEMOS; LEVY, 2010, p. 24).

A ascensão das redes sociais deve-se perceber em perspectiva global: cresce

vertiginosamente o espaço de redes como MySpace – mais popular entre os músicos –, Facebook e Twitter. Esses espaços possibilitam que internautas menos dotados de capital cultural e financeiro entrem em cena de maneira mais rápida.

Segundo dados, o recém nascido Google+, lançado no fim de junho de 2011, em um mês já contava com 25 milhões de inscritos. O Facebook somente chegou nessa cifra com três anos de existência e o Twitter com 33 meses, recebendo uma injeção de capital, em agosto, valorizou U\$ 8 bilhões, levando ao surgimento do termo “bolha especulativa” (CHOLLET, 2011, p. 36).

No Twitter tudo é público, o que é postado ou porque se é seguido. Enquanto no Facebook o acesso restrito é a regra, raramente são os usuários do Twitter que ativam a função “proteger seus *tweets*”. O objetivo do Twitter está na circulação mais ampla de mensagens. Fotos de uma viagem ou de uma festa encontrarão sempre lugar mais apropriado no Facebook. Entretanto, o Twitter longe de ser um telégrafo neutro, criou uma relação nova com a informação, a qual é amplamente transmitida por meio de *links* para várias fontes. A “*twittosfera*” abarca uma mistura inédita de informações, fofocas e comentários dos mais diversos, recebendo o apelido de “*canivete suíço*”. Esse fato pode provar a desconfiança e o desprezo daqueles que não estão familiarizados com ele. Equivocadamente, segundo Cardon, “se a afirmação da subjetividade, a flexibilização das formas de enunciação, a ludificação da informação (...) estão se tornando tendências centrais da relação com a informação, a exigência de veracidade e a busca por novos dados (...) não param de se fortalecer”. De fato, verdades e mentiras são facilmente identificadas (CHOLLET, 2011, p. 37).

Devido a esses fatores, as redes sociais crescem em popularidade e a extrema diversidade de usuários permite que um conjunto de códigos comunitários se fortifique. Todos compartilham a mesma interface

virtual e o resultado é um esperanto digital cujos componentes foram reproduzidos nos cartazes de manifestantes árabes no inverno (do Hemisfério Norte) de 2011, ou dos “indignados” espanhóis, como sinais de reconhecimento (CHOLLET, 2011, p. 37). Além, é claro, do “Ocupe Wall Street” nos Estados Unidos da América, no qual manifestantes mantêm uma ocupação constante da Wall Street, o setor financeiro da cidade de Nova Iorque, em protesto contra a desigualdade social, a ganância empresarial e o sistema capitalista como um todo.

Vale observar que essas redes sociais de informação trazem o risco de acorrentarem seus adeptos a um presente imediato, muitas vezes sem fundamentação consistente, densa ou profunda. O desafio é saber como explorar o fluxo digital, interligando o local e o global, com o objetivo de fortalecer os direitos fundamentais e a democracia.

2.3. A necessária relação entre neoconstitucionalismo e ciberdemocracia

Como já foi mencionado, anteriormente, o neoconstitucionalismo é um movimento que surge depois da Segunda Guerra Mundial, vinculado à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, tendo como característica marcante a atuação das Cortes Constitucionais e os novos desenvolvimentos teóricos que buscam outra forma de entendimento sobre o papel das Constituições na sociedade contemporânea. E, quando se mencionam novos desenvolvimentos teóricos, é possível se perceberem certas projeções das teorias tradicionais, sendo que nenhuma dessas correntes pode ser pensada sem um Estado democrático e a defesa de uma abertura do constitucionalismo.

De fato, Peter Häberle (2000, 2002), com a teoria da constituição como ciência da cultura e a teoria do Estado Constitucional Cooperativo, refere que, hoje, o direito constitucional e o direito internacional não têm o mesmo sentido de outrora, e que, em conjunto, transformaram-se:

“O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional. Os cruzamentos e as ações recíprocas são por demais intensivas para que se dê a este forma externa de complementariedade ou idéia exata. O resultado é *Direito comum de cooperação*” (HÄBERLE, 2007, p. 11-12).

Com isso, para Häberle (2007), o Estado Constitucional Cooperativo deveria se colocar no lugar do Estado Constitucional Nacional. Contudo, pondera-se que o direito comum de cooperação não pode simplesmente aderir ao Estado Constitucional em um processo de substituição, particularmente, nos países “em via de desenvolvimento”, que sofrem com as negociações internacionais, muitas vezes inviabilizando o comércio de suas matérias-primas. Deve ocorrer um entrecruzamento entre eles, na tentativa de manter suas simetrias e assimetrias.

Por outro lado, Zagrebeky (2005, 2007), trazendo o modelo de um direito dúctil, defende um esgotamento do positivismo jurídico, afirmando inclusive que ele não seria muito útil nos atuais contextos constitucionais, enquanto Luigi Ferrajoli (2000) não é totalmente contrário ao positivismo, reconhecendo laços de reconstrução de um Estado Constitucional que ponham limites ao poder das maiorias. Também, esse autor, aborda a teoria garantista e o constitucionalismo multinível (FERRAJOLI, 2006, 2007).

Zagrebeky (2007, p. 13) constata, observando os modelos de Estados europeus, que é notória a perda da posição hierarquizada da Constituição e, para visualizar essa afirmação, traz a imagem do direito constitucional como um conjunto de materiais de construção, considerando que o edifício concreto não seria obra da constituição enquanto tal, mas de uma política constitucional que estabelece possíveis combinações de materiais.

A metáfora ora mencionada, relacionando o constitucionalismo a uma espécie de laço ou integração com valores e procedimentos comunicativos, tem recebido vários adeptos, em diversos locais do mundo. Pode-se citar, a título de exemplificação, Joaquim José Gomes Canotilho (2006), em Portugal, que trata da interconstitucionalidade ou rede de constitucionalismos. Nessa seara, como o nome indica, ocorre a concorrência, convergência ou justaposição de várias Constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político.

Pode-se inferir que Canotilho (2006) tem recuperado algumas categorias trabalhadas por Niklas Luhmann, que, para ele, possibilitam “uma leitura constitucional progressiva”, que responde a ruídos, perturbações e irritações aos processos de diferenciação funcional dos diferentes sistemas. Aqui, abre-se um parêntese para destacar que a leitura procedimentalista luhmaniana é severamente criticada por determinados doutrinadores⁶, pois leva à perda da substantividade presente no texto constitucional e a um considerável enfraquecimento dos valores fundamentais.

Na Espanha, evidencia-se sob outra perspectiva de viés substancialista a proposta de Pérez Luño (2007), que apresenta a imagem da constituição não com uma estrutura piramidal baseada na teoria kelseniana, mas como “abóbada”. Essa estrutura implicaria a confluência ou interação de um conjunto de arcos esféricos que fechariam os espaços compreendidos entre muros e colunas (PÉREZ LUÑO, 2007, p. 510). Assim, infere-se que os atuais deslocamentos, da unidade ao pluralismo e da plenitude à abertura, exigem uma nova postura do constitucionalismo.

⁶ Luhmann (apud PEREZ LUÑO, 2005, p. 63) desenvolve a teoria dos sistemas, em que trabalha com variadas instituições sociais dispostas em diferentes subsistemas, o que leva a perda da dimensão reivindicativa e emancipatória desempenhada pelos direitos fundamentais. Isso acaba por desvalorizar o papel dos mesmos e percebê-los como meros componentes de uma organização já estabelecida.

Pérez Luño (2007), ainda, refere que o jurista do presente, acostumado à teoria pura do direito, deve encaixar o positivismo jurídico em um novo significado de ordenamento normativo. Se, até o momento, houve um excesso de concentração em um ponto único e hierárquico, atualmente, devem-se acomodar os olhares para ordenamentos policêntricos.

Assim, se é possível entender o constitucionalismo em uma nova perspectiva policêntrica, devem-se pensar os princípios do direito informacional, da cibercultura e da ciberdemocracia em uma perspectiva global, como referido por Lemos e Lévy (2010).

Em primeiro lugar parece estar em jogo, no que se relaciona à dimensão política da sociedade informacional uma nova ligação entre a tecnologia e os processos comunicacionais sociais. Daí que o primeiro princípio da cibercultura seria a “liberação” da palavra. Segundo esses autores, esse traz consequências para a constituição da opinião e da esfera públicas, pois o círculo da conversação mundial se ampliou, com “blogs, wikis, podcasting, softwares sociais como o Orkut e o Facebook”, permitindo a troca de informações entre pessoas e comunidades (LE MOS; LÉVY, 2010, p. 25).

Da liberação da palavra em redes telemáticas surge um segundo princípio, “o da conexão e da conversação mundial” (ou o que Lévy chamou de “inteligência coletiva”). A circulação da palavra em redes abertas, faz surgir uma interconexão planetária fomentando uma opinião pública ao mesmo tempo local e global (LE MOS; LÉVY, 2010, p. 25), o que se poderia entender como “glocal”.

Aparecendo aqui o terceiro princípio da cibercultura denominado de “reconfiguração social, cultural e política”:

“As mídias de massa surgem a partir de século XVI com a formação da opinião, do público, primeiro pela imprensa e, mais tarde, pelos meios audiovisuais como o rádio e a tele-

visão. O transporte à distância do ‘pensamento e da força’ (de Tarde, 2005) vai criar as redes das primeiras cidades modernas ganhando novas dimensões nos séculos XIX com a revolução industrial e com as mídias de emergência de processos comunicativos com funções pós-massivas e a emergência de processos comunicativos com funções pós-massivas, surgem formas de produção e circulação da opinião pública abertas multimidiáticas e interativas” (LEMOS; LÉVY, 2010, p. 26).

Há, portanto, além do sistema infocomunicativo massivo, em que os cidadãos apenas recebiam as informações, o sistema pós-massivo, no sentido da produção da palavra pelos antigos receptores. Dessa forma, o ciberespaço, faz emergir um sistema de retroalimentação (LEMOS; LÉVY, 2010, p. 26). Daí, que o sistema pós-massivo permite um novo espaço para debate não mediado, de conversação ampla e desterritorialização estatal. Com isso, vislumbram-se outros desafios para a implementação da cidadani@, berço da ciberdemocracia em gestação.

3. *Cidadani@ ou cidadani.com?* *Apontamentos segundo Pérez Luño*

A palavra ciberespaço foi um neologismo criado nos anos oitenta e faz evidência à cibernética, corrente científica transdisciplinar dos anos de 1940 e 1950, que consagrou as noções de informação e comunicação no mundo científico. Segundo Lemos e Lévy (2010, p. 51), de maneira significativa, a cibernética designa a ciência do comando e do controle, ou pensando de outra maneira, a ciência do governo. Não há governança possível sem circuito de comunicação ou espaço de circulação da informação.

O poder governamental das diversas sociedades passa por um ciberespaço em sentido amplo, ou seja, uma viagem pelo universo da linguagem humana tal

qual ela é, estruturada pela utilização da comunicação. Essa mesma extensão do ciberespaço leva a um aumento da liberdade (individual ou coletiva), o que acarreta no crescimento dessas mesmas liberdades em escala planetária.

Pérez Luño (2004, p. 60) define a teledemocracia como a projeção das novas tecnologias aos processos de participação política das sociedades democráticas, sendo que os elementos constitutivos dessa noção se cifram em três exigências básicas: do ponto de vista metodológico, trata-se de aplicações das novas tecnologias em grande escala, como televisão, informática, telemática, internet; no que se refere ao seu objeto, projeta-se sobre processos de participação política dos cidadãos; e no que se refere ao seu contexto de aplicação, apenas possível em sociedades democráticas.

Essas novas tecnologias, sobretudo, a internet, ao entrarem no mundo jurídico-político suscitam dilemas que afetam diretamente a discussão em torno da cidadania, desdobrando-a em dois polos: um polo positivo – a cibercidadania – que implica um novo modo mais autêntico e profundo para participação política de vocação planetária; outro polo negativo – cidadania.com – cujo titular permanece como mero sujeito passivo à manipulação de poderes públicos e privados (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 100).

Considerando os efeitos que a tecnologia causa na concepção de cidadania, importa considerar alguns aspectos favoráveis e contrários à teledemocracia, atentando primeiramente para sua acepção ampla, que se bifurca em duas espécies, possuindo significado e alcance distintos.

3.1. *A versão fraca e forte da teledemocracia planetária*

Com base na teoria de Yoneji Masuda, Pérez Luño (2004) apresenta a versão fraca e forte da teledemocracia. Aquela, tem por objetivo reforçar o procedimento de representação parlamentar, não implicando uma substituição ou alternativa ao

sistema de participação política, baseado na democracia indireta, que se articula com base nos partidos políticos (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 61). Atualmente, é inimaginável uma eleição em países democráticos, sem a forte influência das novas tecnologias. Além das propagandas eleitorais, dos *sites* e *e-mails* dos candidatos, os mesmos possuem várias páginas na internet como Blogs, Twitter e Facebook, apenas para citar alguns exemplos. Isso permite ao candidato e aos eleitores trocar informações, bem como, em brevíssimo espaço de tempo, verificar as reações sobre propostas e planos de governo.

Dessa forma, os novos meios de comunicação permitem uma aproximação entre candidatos e eleitores, além de facilitar o processo eleitoral. Em Arizona, um juiz nas eleições presidenciais norte-americanas, autorizou o exercício do sufrágio por meio da internet. A votação pela rede simplifica os trâmites de atuação do sistema eleitoral (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 63-64). No Brasil, é possível citar a urna eletrônica ou máquina de votar brasileira, que é um computador responsável pelo armazenamento de votos durante as eleições. O dispositivo foi desenvolvido em 1996 e, desde então, diversos outros países vêm testando equipamentos semelhantes.

As repercussões das novas tecnologias não param nos processos eleitorais, mas se projetam em um amplo mosaico de relações entre os poderes públicos e os cidadãos. É indispensável se pensar, cada vez mais, em uma rede de comunicação direta entre a Administração e os administrados para facilitar a transparência e eficiência da atividade pública. Em países anglo-saxões e escandinavos existe, há alguns anos, experiências de conexão dos cidadãos e redes virtuais aplicadas à Administração Pública (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 64).

O Brasil, da mesma forma, possui experiências inovadoras nesse sentido, como sites oficiais, vinculados às três funções estatais, Poder Executivo, Poder Legislativo

e Poder Judiciário, que além de informar sobre as últimas notícias vinculadas ao governo, possibilitam, muitas vezes, a coleta de opinião direta do cidadão sobre diferentes projetos e temáticas. Vale mencionar, a criação da TV Justiça, que surge como um canal de televisão – sem fins lucrativos – relacionado à ampliação da visibilidade do Supremo Tribunal Federal (STF) e administrado pela Secretaria de Comunicação do STF, com o auxílio de um Conselho Consultivo. Ela começou suas transmissões em 11 de agosto de 2002, com objetivo de divulgar os julgamentos, debates e programas didáticos essenciais à promoção da justiça, sendo seu sinal captado por antenas parabólicas, além do sistema a cabo e via satélite (DHT). Ainda importa destacar o programa “Direto do Plenário”, transmitido nas quartas e quintas-feiras em tempo real, ou seja, ocorre a transmissão imediata dos julgamentos submetidos às sessões plenárias da Corte Constitucional. Isso apresenta-se como uma iniciativa inédita em âmbito global, uma vez que o Brasil foi o primeiro Estado a dar tamanha visibilidade aos seus julgamentos.

Retomando o debate sobre as novas tecnologias no processo eleitoral, importa também mencionar algumas vozes discrepantes ou que manifestam determinadas reservas sobre a propagação dessas ideias.

Entre os autores que manifestam grande preocupação com o tema, destaca-se Giovanni Sartori, pois ele denuncia riscos ineludíveis dessas novas tecnologias. Como fundamentação, primeiramente, afirma que a telepolítica, em lugar de contribuir com a maturidade dos cidadãos, enfraquece sua responsabilidade política. O fluxo de informações e seu crescimento quantitativo não se traduzem na ampliação de conhecimento, nem no desenvolvimento da capacidade crítica dos cidadãos. Basta ver o efeito da televisão na vida das pessoas, já que as mesmas empobrecem drasticamente a informação e a formação do cidadão (SARTORI; SOLER, 1998, p. 127).

Sartori e Soler (1998, p. 127) denominam os novos usuários das tecnologias de “homens-bestas”, sem noções claras, genuínas e diferentes. Longe de formar cidadãos livres e responsáveis, a sociedade informacional gera um proletariado intelectual sem nenhuma consistência intelectual. A forma fácil, rápida e sem rigor conceitual acarretaria em conclusões simples e simplificadoras.

Mais comedido nas críticas, Cass Sunstein (2001, p. 13) não vacila em reconhecer as possibilidades para uma renovação na política mediante a utilização das novas tecnologias, mas apresenta algumas ponderações. Sustenta que há muita fragmentação na opinião pública, já que cada usuário, individualmente, com o acesso aos diversos meios de comunicação, forma seu próprio entendimento sobre os mais diversos temas, o que pode levar a uma difícil coesão estrutural da experiência republicana.

Sunstein (2001, p. 105) afirma que a rede pode levar ao surgimento de um tipo de usuário consumidor, que apenas pensaria em seus interesses egoísticos, voltados ao consumo próprio e não na aceção coletiva e solidária. Citando esses dois autores, Pérez Luño (2004) entende que os doutrinadores não negam totalmente a contribuição das novas tecnologias e os processos de participação política, porque algumas vantagens que derivam da teledemocracia na versão fraca são, hoje, avanços irrenunciáveis à sociedade contemporânea. No entanto, as críticas apresentadas, indiscutivelmente, possuem o mérito de denunciar os riscos de determinadas opiniões simplificadas ou ingênuas (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 66-67). Como foi afirmado, anteriormente, particularmente o Brasil apresenta muitos progressos com relação a esse tema, como o voto eletrônico, por exemplo.

Com relação à versão forte de teledemocracia, Pérez Luño (2004), trazendo Masuda, assevera que existe um especial interesse em desenvolver formas de democracia direta e baseadas na participação imediata do cidadão, o que favoreceria a

decisiva descentralização e desconcentração do poder. A internet, veio facilitar a realização dessa prática, já que cada domicílio pode estar conectado a uma rede comunicativa universal. Nas palavras do professor espanhol “el sistema permite maximizar y optimizar la comunicación directa, sin ningún tipo de mediatizaciones, entre los ciudadanos y quienes tienen a su cargo el poder político responsable de tomar las decisiones” (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 68). Assim, a votação eletrônica instantânea permite aos governantes condições de conhecerem a vontade dos governados de forma muito mais rápida e eficaz.

Ainda, Pérez Luño (2004, p. 68), citando Arterton, Bennett e Tribe, traz a possibilidade de os referendos instantâneos e permanentes substituírem os trâmites institucionais das eleições pela possibilidade de uma “urna ininterrupta”, constantemente aberta. Como é sabido, para Rousseau, a soberania não poderia ser representada. Porém, importa trazer alguns perigos de uma democracia plebiscitária, pois ela pode gerar fenômenos políticos involutivos evidenciando lideranças personalíssimas, o que pode gerar regimes totalitários, assim como dificultar o processo de tomada de decisões deliberativas pela administração pública.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional espanhol sustenta uma concepção restritiva e excepcional da democracia direta. Pérez Luño (2004) traz o exemplo de uma sentença relativa ao recurso de amparo apresentado contra uma lei do Parlamento vasco que limitava o exercício da democracia direta dos cidadãos de mencionada comunidade. Invocou-se o direito fundamental da participação política direta, derivado do exercício da soberania popular. A Corte espanhola não acatou o pedido, considerando como excepcionais os casos de democracia semidireta ou direta, afirmando que a regra seria a democracia representativa. Cita-se trecho elencado pelo respectivo Tribunal:

“El derecho a participar directamente en los asuntos públicos, como todos los derechos que la Constitución establece, no puede sino ejercerse en la forma jurídicamente prevista en cada caso. Lo contrario, lejos de satisfacer las exigencias de la soberanía popular, supondría la imposibilidad misma de la existencia del ordenamiento, a cuya obediencia todos – ciudadanos y poderes públicos – vienen constitucionalmente obligados” (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 70).

Percebe-se que a Corte espanhola sustenta uma interpretação restritiva do exercício das formas de democracia direta, afirmando que o Estado democrático equivale à democracia representativa. Com efeito, não se objetiva negar o valor dessa forma de democracia, mas sim demonstrar que é necessário um equilíbrio e complementaridade entre as espécies de sistemas democráticos.

“Estas observaciones no pretenden abolir o infravalor la democracia representativa, porque, como hemos recordado oportunamente, ésta resulta imprescindible para segurar la deliberación, mientras que la democracia directa es más eficaz para garantizar la participación (Fishekin, 1995:50-51). Por eso, para la plena garantía no se debe optar por uno de esos tipos alternativos de democracia, sino que debe reforzarse su complementariedad. Por decirlo en términos de Luigi Ferrajoli (1995: 948): En ausencia de democracia directa, en efecto, la democracia representativa únicamente puede valerse de un consenso vacío y pasivo y se halla expuesta a todas las aventuras y perversiones. En ausencia de democracia representativa, la democracia directa está destinada a replegarse sobre si misma, reproduciendo en su interior las formas de la representación y sucumbiendo a largo plazo por defecto de garantías

jurídicas y políticas” (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 72-73).

Pode-se perceber que, sem a democracia direta, a democracia representativa é vazia e exposta a perversões, ao passo que, sem a democracia representativa, a democracia direta pode reproduzir vícios de representação e ser desprovida de garantias constitucionais, pois carece de recursos para deliberação. Em que pese as insuficiências da democracia direta, a teledemocracia, em sua versão forte, mostra-se como um instrumento para tornar viáveis experiências políticas de democracia direta, que anteriormente resultavam problemáticas (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 73). Assim, os defensores dessa ampliação tecnológica entendem que essa nova versão guarda um salto qualitativo, em seu sentido político, jurídico e moral, como será demonstrado a seguir, conforme exposição de Pérez Luño.

A contribuição política representa uma determinada opção das novas tecnologias para se renovar e melhorar o processo político das sociedades democráticas. Os postulantes dessa perspectiva entendem que, graças às experiências teledemocráticas, se reforçará a presença imediata da cidadania em todas as esferas da vida pública, pois os novos métodos possibilitam a operatividade democrática real e efetiva do povo, que não ficará apenas nas mãos de uma ditadura dos partidos políticos, ademais, de representar um meio de evitar as disfunções dos sistemas eleitorais, já que, em muitos locais, o sistema majoritário eleitoral deixa de representar as minorias, que muitas vezes são um grande número de eleitores. Ainda, é possível citar, o recurso à teledemocracia em seu sentido político, como uma forma de impedir a corrupção da democracia representativa, muitas vezes manipulada por *lobbies*, por grupos públicos ou privados das mais diversas naturezas. No sentido jurídico, a teledemocracia consiste em uma colaboração no próprio processo legislativo, consistindo na formação da vontade legislativa do Estado, e, quanto à inovadora

contribuição em seu sentido moral, pode-se mencionar a existência de uma ética ciberespacial, que gera e estimula atitudes de consciência coletiva sobre as liberdades e os bens, o que deflagra a formação de vínculos solidários em rede local, regional e global (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 73-84).

De tudo que foi exposto, nota-se a ampla gama de opções e remodelações pelas quais tem passado a noção tradicional de democracia, com o crescimento do ciberespaço, até a crescente expansão da ciberdemocracia, que traz em seu âmago a formação e desenvolvimento de novos atores sociais. Estes, em conexão mediata e imediata, formam um conjunto assimétrico em escala “glocal”, que podem ser denominados de cibercidadãos.

3.2. Os riscos para efetivação da cibercidadani@

As razões que se postulam para desqualificar a teledemocracia, igualmente, podem ser separadas em três frentes: riscos políticos, jurídicos e morais. Quanto aos riscos políticos, pode-se destacar o receio de que as novas tecnologias promovam uma estrutura vertical das reações sociopolíticas, levando à despersonalização do cidadão e à alienação política. Isso porque o sistema teledemocrático tenderia a esvaziar as estruturas associativas e comunitárias de caráter intermediário entre o Estado e o indivíduo, como, por exemplo, partidos, sindicatos, associações e movimentos cívicos coletivos, que são os que reforçam a coesão da sociedade civil. Facilmente é possível lembrar do poder hipnótico, muitas vezes com mensagens subliminares, que a televisão exerce sobre as grandes massas da população, acarretando apatia e despolitização do cidadão. Da mesma forma pode ocorrer com as novas tecnologias, que, ao invés da formação crítica das pessoas, resultariam em um instrumento de manipulação política. Citando Nicholas Negroponte, Pérez Luño (2004, p. 84-89), traz a informação de que teledemocracia,

longe de contribuir com o aprofundamento de uma autêntica participação cívica, representa uma via para manipulação e controle ideológico dos cidadãos, degenerando em uma “democracia totalitária”, sendo controlada por uma elite tecnológica, que comandaria meros súditos por uma adesão incondicional.

Em outro sentido, Daniel M. Downes e Richard Janda (apud PÉREZ LUÑO, 2004, p. 90), em seu estudo sobre “cidadania virtual”, propõem captar a ambivalência que comporta a projeção das novas tecnologias no âmbito da cidadania, ou seja, a internet levaria a quatro grandes deslocamentos: 1. Do Estado à comunidade virtual; 2. Da localização territorial ao ciberespaço; 3. Da cidadania à cidadania virtual; 4. Da comunidade de Estados ao mercado global. Daí que seria ingênuo pensar que o aumento de comunicação levaria a mais cidadania, pois a mesma pode ser controlada por grandes empresas comerciais.

Com relação aos riscos jurídicos, esses são facilmente perceptíveis, pois é complicado se pensar em um processo legislativo unicamente teledemocrático. Na maioria dos procedimentos tradicionais, a deliberação legislativa ocorre com a submissão às diferentes casas legislativas, posteriormente, em uma segunda fase, com a possibilidade de emendas para reanálise, entre outras formas de debate. Com as novas tecnologias, em que os cidadãos participariam desse processo diretamente de suas residências, ocorreria um empobrecimento normativo com a perda da qualidade das leis. Ademais, o sistema teledemocrático, poderia ser violado por determinadas formas de crimes da internet, já que os *hackers*, podem conseguir a manipulação do sistema. É importante destacar ainda o grave perigo de desrespeito ao direito à intimidade, garantido constitucionalmente, na grande maioria dos países democráticos. Segundo Pérez Luño (2004, p. 95):

“(…) Junto con las incuestionables ventajas derivadas de las inmensas

posibilidades de conocimiento, actuación y comunicación que permite la navegación por el ciberespacio, Internet há hecho surgir em los últimos tiempos graves motivos de inquietud. El escándalo de contínuos atentados contra la vida privada de los ciudadanos, perpetrados a través de la Red por entes públicos y privados, ha creado una fundada inquietud sobre los abusos que pueden derivarse de tales prácticas”.

Os atentados à vida privada e à intimidade podem ser facilmente percebidos em diversos programas, sites e páginas da internet, o que leva a sérios riscos aos direitos do cidadão. Também, o controle de dados pessoais é um outro problema, já que é possível se verificarem preferências musicais, artísticas, literárias, hábitos de vida, viagens, operações financeiras, crenças religiosas, problemas de saúde, etc., apenas com um monitoramento *on-line*. Com o cruzamento desses dados, origina-se, conforme o doutrinador espanhol, a “síndrome do aquário”, ou seja, os cidadãos vivem em uma casa de cristal, em que todas as ações podem ser controladas (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 96). Devido a esses fatores é importante que, cada vez mais, se desenvolvam normas jurídicas, nacionais e internacionais, de proteção de dados.

No tocante aos riscos morais, a teledemocracia pode acarretar em um atomismo ético em que, longe de fomentar relações solidárias, propõe-se um vazio de valores comunitários. Nesse sentido, Jean Baudrillard, conforme a semiótica, afirma que os símbolos cumpriram três tarefas ao longo do tempo: nas civilizações pré-industriais, apresentavam o reflexo da realidade, como os brasões e as cores de Bandeiras; nas sociedades capitalistas, dirigiam-se a encobrir ou mascarar a realidade, como por exemplo, os anúncios de cigarro com mulheres e homens bonitos e de porte atlético, etc.; nas sociedades tecnológicas dos dias atuais, por sua vez, o símbolo

pretende mascarar a carência de realidade (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 97). Do mesmo modo, as consequências das novas tecnologias podem gerar, até mesmo, uma forma real de incomunicação, como denunciam pediatras e pedagogos, com a denominação de “síndrome do autismo provocado”. As crianças deixam de se comunicar e brincar com colegas de classe, preferindo o mundo virtual (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 98).

Todos esses fatores, além de demonstrar os perigos da teledemocracia, mostram que ela é um caminho sem volta. Assim, melhor que recorrer aos seus pontos negativos é pensar os porquês de sua existência e surgimento, e, ao mesmo instante, tentar usufruir de seus benefícios sem cair no abismo de uma “ágora virtual” sem ligação com o real.

4. Conclusão

As novas tecnologias, principalmente a internet, avançam no âmbito jurídico-político, na forma de teledemocracia, como foi exposto no decorrer deste trabalho. Pérez Luño (2004) traz um polo positivo, chamado de *cibercidadani@*, como um protótipo de participação política de vocação democrática planetária, que levaria ao debate global e pensamento conjunto de problemas gerais e o polo negativo, trazendo a indesejável *ciudadani@.com*, cujos titulares representariam uma massa de manobra de diferentes poderes públicos e privados.

Para combater esse viés negativo, citando a epígrafe deste trabalho, é importante se encontrarem meios de responder a pergunta: *Quis custodiet ipsos custodes? (Quem vigia os vigilantes)*. Ou seja, devem-se encontrar novas maneiras para não eliminar a pesquisa e o avanço tecnológico, sem deixar os especialistas no assunto completamente livres. Nas palavras do jurista espanhol:

“(…) Urge, por ello, evitar que la consideración jurídica y política de la teledemocracia degenera en pura

meditação utópica o en una apología de la claudicación conformista ente el hecho consumado de la tecnología. Frente a cualquier tipo de planteamiento maniqueo o unilateral, debe propiciarse el juicio crítico y la reflexión totalizadora e interdisciplinar entre el mundo de las NT y el mundo de los ciudadanos” (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 106).

Com efeito, a teledemocracia pode ser a principal via para se promover uma participação política mais efetiva, no sentido forte. Além da possibilidade de votação direta sobre diversos temas sociais e jurídicos palpitantes, é uma forma de comunicação com os representantes políticos e uma maneira de agregar cidadãos em manifestos populares. Porém, é imprescindível recorrer-se a um debate inter e transdisciplinar, que envolva, além do direito, a ciência política, a sociologia, a antropologia, a comunicação, o jornalismo, entre outras carreiras, para se tentar evitar ou minimizar os riscos que esse tema pressupõe.

Indubitavelmente, atualmente, o acesso à informação é quase instantâneo, o que, por si só, já representa um grande avanço com relação a outros períodos da história da humanidade, em que pouquíssimas pessoas tinham acesso à informação. Porém, deve-se atentar sobre a qualidade, veracidade, autenticidade, fidedignidade e objetivo desta, para o cidadão não se tornar massa de manobra de políticos, grupos políticos, institutos ou instituições públicas ou privadas. Urge ressignificar o sentido do constitucionalismo, além de sua concepção clássica, que era meramente estatal, para seu sentido universal ou cooperativo, de inclusão e de respeito aos direitos fundamentais.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quatier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CHOLLET, Mona. Twitter ou o triunfo da plasticidade. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, out. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006.

_____. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2006.

_____. *Principia iuris: teoría del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007. v. 2.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: da la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GADAMER, Hans-Gerg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Obras completas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. v. 1.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. (Serie Ventana abierta).

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 1. (Coleção Pensamento humano).

McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducción de Juan Jose Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia*. São Paulo: Paulus, 2010. (Coleção Comunicação).

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *¿Cibercidadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, n. 20, p. 495-511, 2007.

_____. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*. Sevilla: Innovación Lagares, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 24, n. 71, p. 47-72, mayo/agosto, 2004.

SARTORI, Giovanni; SOLER, Ana Díaz. *Homo videns: la sociedad teledirigida*. Madrid: Taurus, 1998. (Serie Pensamiento).

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. Breves considerações históricas sobre as origens da filosofia no direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídico*, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 97-110, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *Republic.com*. Princeton: Princeton University, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

_____. *História y constitución*. Traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

Planejamento e ordenamento territorial no sistema jurídico brasileiro

Daniella Maria dos Santos Dias

Sumário

1. Introdução.
2. Planejamento e ordenamento territorial no sistema jurídico brasileiro.
3. Conclusão.

1. Introdução

O modelo capitalista gera efeitos nos espaços físico-territoriais, nos espaços de integração social. Problemas como desemprego estrutural (BECK, 2000), pobreza, miséria, fome, degradação ambiental, violência, aumento da criminalidade são temas diretamente relacionados com os efeitos do modelo econômico, que geram diminuição da qualidade de vida e do bem-estar de todos (BAUMAN, 1999).

Autores que focam seus estudos sobre a produção capitalista e a análise espacial, com recorte marxista, como é o caso de Lojkin (1997) e David Harvey (2005), ressaltam os efeitos sobre os espaços físico-territoriais, sobretudo sobre a qualidade de vida da população, que as decisões econômicas tomadas por grupos dominantes causam, com especial destaque para a segregação socioespacial. Esses efeitos se potencializam por meio da produção de novos objetos técnicos – dotados de racionalidade hegemônica expressa pelo novo modelo capitalista transnacional –, que tomam conta dos espaços físicos e provocam sua reestruturação, transformando inclusive as relações sociais.

Daniella Maria dos Santos Dias é Doutora em Direito UFPE (2001) e Professora Associada I UFPA – ICJ.

Therborn (1995, p. 47), ao tratar dos efeitos do modelo capitalista sobre os espaços sociais, sobre a população e a destruição social que causa, afirma:

“Vemos em todos os países, não somente na América Latina, tendências a um desemprego de massas de caráter permanente, uma reprodução da pobreza e, também, o surgimento de altos graus de desesperança e de violência, inclusive nos países escandinavos. Esta tendência autodestrutiva da competição atual no capitalismo, geradora de mecanismos cada vez mais intensos de exclusão social de uma grande parte da população, é um aspecto central desta contradição sociológica.

No entanto, o problema não se esgota aí. As tendências destrutivas do capitalismo se enfrentam também com populações historicamente mais capacitadas. Tanto em nível mundial como local, estas tendências tropeçam com classes populares e classes médias mais instruídas, o que constitui um dado sumamente importante.”

O sistema capitalista, na atualidade, possui ritmo de expansão bastante frenético e tende a empurrar massas populacionais em direção às áreas urbanas, assim como as áreas urbanas tendem a se estender para as áreas rurais, sem qualquer tipo de planejamento. Essa nova forma de urbanização tem potencializado a miséria e a formação de áreas ilegais, onde o crescimento urbano é desordenado e os problemas dele decorrentes geram a deterioração da qualidade de vida de toda a população. Não se pode esquecer que o processo de ocupação urbana reflete um urbanismo *difuso*, uma paisagem *hermafrodita*, a fusão do urbano e o rural, numa morfologia difusa, desigual, injusta e desorganizada (DAVIS, 2006, p. 20).

O crescimento, em massa, das favelas é o grande desafio a ser enfrentado pelos

Estados em todo o mundo, pois a pobreza urbana, as precárias condições de vida nas favelas, a inexistência de políticas habitacionais, a marginalidade econômica, territorial, política e social a que são submetidos milhares de cidadãos, a inexistência de higiene e de condições sanitárias, a falta de acesso à água potável, a insegurança da posse tornam esses habitantes e seus territórios *invisíveis*.

A favelização em massa em áreas urbanas tem intrínseca relação com a questão agrária.

A falta de acesso a terra e aos recursos naturais para milhares de famílias no campo traz à tona a reforma agrária como eixo estratégico de análise de projetos de desenvolvimento para o país, como forma de redução da pobreza e realização de justiça social. Para Moraes, Árabe e Silva (2008, p. 20), o desenvolvimento rural ou agrário é pressuposto para o desenvolvimento do país.

Segundo os autores: “Reforma agrária e desenvolvimento rural aparecem, portanto, como condição para desenvolvimento nacional, não podendo ser vistos como ‘conseqüências naturais’ do desenvolvimento” (MORAES; ÁRABE; SILVA, 2008, p. 22).

O enfrentamento dos problemas decorrentes do processo de produção capitalista do espaço em países periféricos, como o Brasil, é tema intrinsecamente relacionado ao enfrentamento da exclusão social. A superação das desigualdades sociais e espaciais depende da reconstrução dos espaços físicos – rurais e urbanos – de forma a superar as desigualdades e a diversas formas de segregação.

Essa reconstrução depende de planejamento integrado e de políticas públicas que viabilizem a cooperação e a interconexão de políticas e metas para o desenvolvimento urbano mais justo e humano. No entanto, esse desafio depende da reformulação das funções e competências para o ordenamento e planejamento territorial; reformulação que objetive o planejamento urbano, em

bases democráticas, integrado às políticas econômicas, agrárias, ambientais. O planejamento urbano deve ter por meta a organização do espaço coletivo em face da inter-relação entre os ambientes rurais e urbanos.

2. Planejamento e ordenamento territorial no sistema jurídico brasileiro

O texto constitucional determina que a política de desenvolvimento urbano seja desenvolvida, precipuamente, pelo poder público municipal (art. 182, CF). No entanto, não podemos olvidar que a responsabilidade do ente municipal para a implementação de políticas públicas de desenvolvimento urbano deve coadunar-se às diretrizes federais para o desenvolvimento urbano, diretrizes que tratarão do saneamento básico, dos transportes urbanos e da habitação (art. 21, XX).

A União, em razão de sua competência para tratar de assuntos de âmbito federal, há que produzir normas e diretrizes gerais para a política de desenvolvimento urbano nacional, diretrizes essas que os entes municipais deverão obedecer e considerar, quando da criação de suas leis orgânicas e da produção de seus planos diretores e demais normas urbanísticas.

Vale ressaltar que, consoante a natureza do Federalismo político (BRITO, 1997), a consecução do bem-estar social, o cumprimento dos objetivos, fundamentos e princípios da República estão intrinsecamente relacionados à técnica de repartição de competências, que revela a complexa estrutura de normas jurídicas e de exercício da autonomia política dos entes da Federação. O Federalismo político pressupõe a técnica de participação dos entes políticos, de forma descentralizada, para a realização dos interesses da nação.

Todos os entes federativos têm competência para tratar da política urbana, o que se deduz da leitura do artigo 24 da Constituição Federal (BRASIL, 2010).

Sobre a temática, aos municípios cabe a competência para suplementar o que for disposto em norma federal e estadual em razão do interesse local. Portanto, o município deve gerenciar e resolver as questões de interesse local (art. 30, inciso I, CF). No entanto, a legitimidade de suas políticas e planos depende do respeito às diretrizes gerais nacionais para a política de desenvolvimento urbano.

Consoante o sistema jurídico brasileiro, a intervenção do poder público para ordenar os espaços habitáveis é função pública que deve desenvolver-se em consonância com os parâmetros constitucionais e legais, os quais servirão de *moldura legal* à criação dos planos para o desenvolvimento das funções sociais da cidade.

O planejamento para o desenvolvimento urbano, a política do solo, a ordenação das edificações, a ordenação adequada do espaço físico de forma a dar cumprimento às funções sociais da cidade são atividades públicas que, ao intervirem na realidade territorial de forma a disciplinar o uso e a transformação do solo, atingem interesses públicos e privados, muitas vezes conflitantes. Por isso, o poder público municipal, ao objetivar a melhoria da qualidade de vida nos espaços urbanos, não poderá descuidar das normas federais e estaduais que tratem dos temas habitação, locomoção, transporte, trânsito, segurança pública, gerenciamento dos recursos hídricos, saúde, proteção e garantia às pessoas portadoras de necessidades especiais, meio ambiente, entre outros.

O município, em razão do interesse local e em decorrência de sua autonomia política, deve suplementar a legislação federal e estadual em temas como meio ambiente, educação, cultura, ciência, proteção e conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, controle da poluição, proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, ensino e desporto; proteção e defesa à saúde; proteção, integração social e garantia dos direitos

das pessoas portadoras de deficiência; proteção à infância e juventude; promoção de programas de construção de moradias e melhoria nas condições habitacionais e sobre direito urbanístico.

Mas não é só isso. A determinação constitucional (BRASIL, 2010), que impõe ao município a responsabilidade de dispor sobre o ordenamento territorial por meio do planejamento, controle do uso, parcelamento e ocupação do território (art. 30, inciso VIII, CF), somente poderá ser devidamente compreendida por meio da análise dos objetivos, fundamentos e princípios da República que delineiam, juntamente com o capítulo da Política Urbana, os eixos paradigmáticos para a conformação da ordem urbanística (art. 182 c/c arts. 1º, 3º e 4º, CF).

A ordem urbanística deve ter por objetivo precípuo a necessária proteção à dignidade humana, em suas diversas dimensões, o que pressupõe a criação de políticas públicas que possibilitem a realização do desenvolvimento sustentável por meio da proteção ao meio ambiente, do cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade e, sobretudo, por meio da práxis democrática, que ganha novos contornos a partir da existência de inovadores institutos, que fazem da abertura democrática uma necessidade.

Contudo, a responsabilidade municipal para o planejamento e para a implementação de políticas de desenvolvimento urbano é extremamente complexa, vez que o próprio significado de desenvolvimento urbano é denso e pressupõe a articulação de políticas e ações, nos âmbitos federal, estadual e local, que consigam conciliar o progresso econômico, o equilíbrio ecológico e a justiça social (DRUCKER, 2005).

O fato é que a promoção do bem-estar de todos, nos espaços urbanos brasileiros, depende da cooperação intergovernamental, por meio da descentralização de tarefas e atribuições, em que a cooperação e a coordenação entre os entes federativos e entre suas normas possibilitem a administração

dos assuntos públicos, em diferentes esferas de poder, mas com interesses comuns.

A cooperação entre entes políticos é condição *sine qua non* para o desenvolvimento nacional, para o combate às desigualdades socioespaciais, política e ambiental por meio de políticas inclusivas; para a implementação de políticas que possam concretizar o princípio da igualdade de forma que todos possam ter acesso à moradia digna, à circulação digna, ao trabalho, ao acesso a equipamentos públicos e de lazer; para a proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico-cultural, à biodiversidade e à sociodiversidade.

O texto constitucional enuncia diversas competências comuns (art. 23, CF), que devem ser implementadas pelos entes federados por meio de políticas públicas integradas (BRASIL, 2010). A promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico paralelamente ao combate às causas da pobreza, aos fatores de marginalização; a integração sociopolítica das camadas mais frágeis e desfavorecidas, juntamente com a proteção ao meio ambiente natural e cultural; o combate à poluição, o acesso à cultura, à educação, à ciência, cuidando-se da saúde e assistência pública; a proteção e garantia dos direitos das pessoas portadoras de deficiência; a integração campo-cidade, fomentando a produção agropecuária e a organização do abastecimento alimentar, são algumas ações essenciais para o equilíbrio e sustentabilidade dos espaços urbanos e rurais.

Urge que a Federação brasileira pense a problemática urbana e os complexos fatores decorrentes do processo de periferização urbana como questões cuja resolução depende do planejamento integrado e da vivência do federalismo cooperativo.

O artigo 23 da Constituição Federal tem por objetivo a cooperação e a interdependência de funções e atividades na Federação (BRASIL, 2010). O referido dispositivo objetiva atuação lógica, racional,

consentânea com os princípios e objetivos da República Federativa, por meio de atuação adequada de cada esfera federativa.

Por outro lado, em âmbito local, a obrigação jurídica decorrente de determinação constitucional em elaborar planos por parte do Poder Público municipal (artigos 182 e 183, CF) compreende a necessidade de planificação de políticas para toda a área municipal, que sejam congruentes com a realidade, que se tornem exequíveis pelo Poder Público municipal e passíveis de fiscalização por parte dos cidadãos, o que, na atualidade, é uma verdadeira utopia em face da incipiente democracia e da inexistência de autonomia financeira para a grande maioria dos municípios brasileiros (BRASIL, 2010).

No que tange às políticas de desenvolvimento urbano e meio ambiente, faz-se necessária uma política de desenvolvimento urbano, consubstanciada em objetivos, estratégias, parcerias e ações integradas em prol do desenvolvimento sustentável.

Os problemas urbanos não se limitam aos aspectos locais, pois os problemas decorrentes da urbanização se refletem para além dos espaços locais e nacional. Por isso, é preciso que se envidem esforços para a construção do planejamento integrado, ou seja, um planejamento que consiga ter refletidas as interfaces local, regional e nacional.

Apesar de ter sido delegada ao município a função primeira de executar a política de desenvolvimento urbano municipal, esse não poderá fazê-lo com esmero se as diretrizes e princípios, em níveis nacional e regional, forem obscuros e inexistentes. Em outras palavras, a política de desenvolvimento urbano municipal será restrita e ineficaz, se não estiver consubstanciada nos planos e metas nacional e regional para o desenvolvimento urbano.

Analisar restritivamente o artigo 182 do texto constitucional (BRASIL, 2010) como comando normativo definidor da atuação exclusiva do poder público municipal é um contrassenso. O município deve ordenar o

pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade para garantir o bem-estar de seus habitantes em cooperação com os demais entes federativos.

Diversas atribuições constitucionais, relacionadas ao gerenciamento da política de desenvolvimento urbano, cabem aos municípios. Entre várias, destacamos: a realização (prestação) dos serviços públicos de interesse local (artigo 30, inciso V, C.F.), como a prestação de transporte coletivo que tem caráter essencial; a promoção do adequado planejamento territorial (artigo 30, inciso VIII, C.F.); a proteção do patrimônio histórico-cultural local, consoante as normas federais e estaduais sobre a temática; o incentivo ao turismo, como fator de desenvolvimento social e econômico, simultaneamente à atuação dos demais entes federativos (artigo 180, C.F.); a proteção ao patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (artigo 216, parágrafo primeiro, C.F.); a proteção ao meio ambiente (artigo 225, C.F.); a manutenção, em cooperação técnica e financeira com a União e o Estado, de programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental (artigo 30, inciso VI, C.F.), bem como a prestação, em regime de cooperação com os outros entes federativos (Estado e União), de serviços de atendimento à saúde da população (artigo 30, inciso VII, C.F.), ao participar do sistema único de saúde (artigos 198 e 200, C.F.); a constituição de guardas municipais, objetivando a proteção dos bens, serviços e instalações municipais (artigo 144, parágrafo 8º, C.F.) (BRASIL, 2010). Essas são algumas das atribuições relacionadas aos objetivos constitucionais para o desenvolvimento e planejamento de políticas urbanas que cabem ao ente municipal.

Deve-se considerar, contudo, que a competência municipal para o desenvolvimento de políticas públicas e de planos urbanísticos, por meio de atividades legislativas e administrativas, não se restringe à área

urbana. Toda aglomeração humana que tenha importância como centro de vida e de relações sociais necessita de ordenamentos urbanísticos. Aliás, seria um verdadeiro reducionismo considerar que, somente nos espaços urbanos, o município deva primar pelo pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

A implementação do direito à cidade sustentável (direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento, ao transporte, ao trabalho, ao lazer) (BRASIL, 2001) é direito difuso dos cidadãos.

A política de desenvolvimento urbano, prevista no artigo 182 do texto constitucional, não se restringe às áreas urbanas, até porque o plano diretor – instrumento obrigatório para a política de desenvolvimento urbano para cidades com mais de 20.000 habitantes – deve tratar das interações e influências entre áreas rurais e urbanas. Logo, a responsabilidade do poder público municipal para o controle eficaz do crescimento da cidade implica a consideração do território municipal, que não se restringe à vida em áreas urbanas (CORREIA, 1997).

A produção de planejamento que consiga abranger as influências do binômio rural e urbano, e, por consequência, a complementaridade das atividades urbanas e rurais, é meta cuja responsabilidade é de todos os poderes políticos da Federação.

Se, antes, eram bastante claros os limites físicos entre a cidade e o campo em razão das atividades, funções e produção neles desenvolvidos, na atualidade, essa tarefa se torna inglória. Por isso, não se pode mais pensar o planejamento e o ordenamento territorial, considerando os limites territoriais entre cidade e campo, como delimitações estanques, porque esses critérios não são mais factíveis de implementação. É preciso que o planejamento e ordenamento territorial consigam abarcar a complexidade das dinâmicas sociais e seu registro no espaço. Logo, o processo de planejamento e ordenamento territorial não pode ser implementado sem a consideração de que o uso produtivo do

espaço, por meio do trabalho e do sistema de técnicas, é que irá delinear as nuances entre os espaços urbanos e rurais.

O processo de planejamento e o ordenamento territorial devem expressar o conteúdo socioespacial em sua complexidade e contradições, pois o urbano e o rural são expressões de modos de vida.

A dicotomia entre espaços urbanos e rurais deve ser superada, e novas perspectivas analíticas devem ser produzidas para compreensão da realidade urbana, intrinsecamente relacionada às questões rurais. Certamente, essa mudança paradigmática pressupõe considerar que o processo de urbanização – intrinsecamente relacionado ao processo de apropriação do espaço pelo modelo capitalista – é reflexo de uma nova lógica social e espacial, de uma nova lógica de produção/reprodução e apropriação do espaço, e jamais pode ser analisado de forma descontextualizada do processo histórico, das relações sociais, econômicas e técnicas.

É sob a perspectiva da integração socioespacial e da urgente integração socioespacial do Brasil – no que tange ao processo de desenvolvimento e à implementação de políticas urbanas – que os entes da Federação devem enfrentar o aumento das áreas periféricas, a degradação do meio ambiente, a pobreza, a criminalidade, a insegurança, a especulação imobiliária, a diminuição da oferta de empregos, a falta de planejamento e de políticas para a circulação e para a mobilidade, a falta de infraestrutura e de políticas de saneamento básico universal, o aumento da poluição, a diminuição da qualidade de vida, a escassa participação política, os escassos recursos financeiros estatais, a inexistência de um planejamento adequado que consiga abranger as influências do binômio rural e urbano, entre outros desafios.

3. Conclusão

É claro o papel do Direito Urbanístico para transformações positivas e negativas

na qualidade de vida dos cidadãos, nas dinâmicas sociais. Se as relações capitalistas se registram nos espaços territoriais e produzem uma geografia histórica diferenciada (HARVEY, 2005, p. 165), o ordenamento territorial, função precipuamente estatal, deve ser um projeto político consistente de forma a breçar os efeitos do modelo capitalista, nos espaços territoriais, que venham limitar a liberdade, a dignidade humana e a realização da justiça social. Nesse sentido, novos projetos políticos e novas propostas e modelos de desenvolvimento devem ser gestados para o enfrentamento das grandes mudanças causadas pela reestruturação organizacional, tecnológica e industrial do modelo capitalista atual.

Se a urbanização é um processo social (HARVEY, 2005, p. 170), em que vários atores atuam no palco da cidade e possuem interesses, compromissos, objetivos e necessidades muitas vezes distintos e por vezes conflitantes, pensar a organização do espaço depende da análise do complexo conjunto de forças, do papel dos agentes sociais, políticos, econômicos e também do papel das instituições públicas (GRAZIA et al, 2001).

O Estado – diante da nova ordem capitalista e do significado de poder político, na pós-modernidade – deve desenvolver papéis fundamentais para a realização dos interesses sociais. Nesse sentido, o Estado precisa considerar, no processo de desenvolvimento e ordenamento territorial, o papel das novas tecnologias na conformação e estruturação das cidades e dos espaços rurais. Significa dizer que o Estado não pode produzir inovadoras perspectivas para análise do espaço e do processo de ordenamento territorial sem dar a devida atenção às novas revoluções científicas e tecnológicas, e seus decorrentes efeitos sobre os espaços físicos.

É preciso que as instituições políticas revisem as formas de intervenção nos espaços urbanos, geralmente desconectadas das análises sobre os efeitos do modelo

capitalista e as decorrentes interferências econômicas, políticas, tecnológicas, culturais sobre os espaços territoriais.

O contexto urbano, na atualidade, precisa ser analisado com coerência.

Apesar de o Estatuto da Cidade conter diretrizes gerais para o desenvolvimento da política urbana e, atualmente, existirem padrões legais, princípios, objetivos e diversos institutos que objetivam a realização de políticas de desenvolvimento urbano, em bases democráticas, bem como a concretização da função social da propriedade, consoante os objetivos e valores expressos no Estatuto; apesar de existirem parâmetros gerais para que os Estados-membros e municípios criem e adequem suas normas urbanísticas e o processo de planejamento urbano às diretrizes contidas no Estatuto da Cidade, estamos muito longe de conseguir uma harmonização legislativa sobre o tema desenvolvimento urbano.

No que tange à necessidade de se pensar o planejamento e o desenvolvimento urbano de forma integrada, a realidade brasileira revela que estamos muito longe de garantir a harmonia em objetivos, estratégias e ações tendo em vista o acesso ao direito à cidade sustentável, em igualdade de condições, para todos. Os entes políticos da Federação ainda não conseguiram plasmar relações congruentes para a criação de políticas para o desenvolvimento urbano.

A falta de compatibilidade e inter-relação entre as políticas públicas, no Brasil, é consequência da inexistência de parâmetros claros de atuação, o que gera políticas replicadas, incongruentes e muitas vezes incompatíveis.

Não existem pautas claras que definam as bases de ação para os entes políticos desenvolverem suas atribuições de forma cooperativa, pois não há a coordenação entre as atividades administrativas. Essa problemática se reforça e recrudesce com as disfunções decorrentes da incorreta compreensão da técnica de distribuição de competência legislativa concorrente,

cumulada com a profusão legislativa nos três níveis políticos.

Portanto, os paradigmas de análise do território e de concepções de políticas públicas devem ser revistos, o que dependerá da renovação das bases políticas, do debate acerca da crise do pensamento econômico e territorial, da criação de novos projetos políticos e modelos de desenvolvimento que vislumbrem o planejamento e o ordenamento territorial como instrumentos necessários para o enfrentamento das mudanças causadas pela reestruturação organizacional, tecnológica e industrial do modelo capitalista.

É preciso que se busquem novas formas de planejamento que sejam realmente inclusivas. É fato que o modelo capitalista transnacional, além de produzir fragmentação territorial, potencializa as diferenças sociais, econômicas, culturais e de vivência da cidadania, entre Estados e nos Estados. Portanto, os políticos no Brasil não podem perder a capacidade crítica de analisar que os modelos de planejamento não têm sido eficientes para diminuir as diferenças abissais nos níveis e na qualidade de vida de mulheres, homens, meninos, meninas, ricos e pobres das áreas urbanas e rurais e de analisar como essas diferentes qualidades de vida geram, como efeito deletério das incongruentes políticas, uma verdadeira “polarização da sociedade”.

Diante da realidade atual, é necessário forjar novas dimensões para o planejamento e para a atuação da administração pública nos espaços urbanos, pois faz-se necessária a adaptação da estrutura estatal a novas formas de governabilidade em face dos complexos problemas e desafios que a globalização produz nos espaços locais. Logo, o planejamento pressupõe diversos níveis territoriais de governo, que estejam intrinsecamente relacionados.

Práticas inovadoras para a gestão territorial pressupõem a ampla discussão, a transparência, a divulgação das informações e a coleta de opiniões – o debate

democrático –, pois a sociedade deve contribuir para a construção do território. No entanto, essas práticas deliberativas devem se estender aos espaços urbanos e rurais, assim como devem objetivar a resolução dos problemas urbanos por meio de perspectiva inovadora que consiga contemplar as interferências e inter-relações econômicas entre municípios, cidades, regiões.

O Estado deve, urgentemente, assumir seu papel para o controle da apropriação e utilização dos territórios. A possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica depende de vontade política, mas também de cooperação.

A única forma para a reversão dos processos deletérios causados pelo modelo econômico sobre os espaços territoriais é a firme atuação do Estado, na condução do processo político, por meio de instrumentos jurídicos, financeiros, urbanísticos, tributários que consigam, efetivamente, vincular a obrigatoriedade de utilização da propriedade privada de acordo com sua função social.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BECK, Ulrich. *La democracia y sus enemigos*. Barcelona: Paidós, 2000.
- BRITO, Edvaldo. Federalismo tributário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 134-145, jan./mar. 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Estatuto da Cidade: anotações à Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1997.
- DAVIS, Mike. *Planeta favela*. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006.
- DRUCKER, Peter. Uma nova civilização que desponta. In: FERREIRA, António Fonseca. *Gestão estratégica*

de cidade e regiões. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

GRAZIA, Grazia de; QUEIROZ, Leda Lúcia R. F. A sustentabilidade do modelo urbano brasileiro. In: _____ et al. *O desafio da sustentabilidade urbana*. Rio de Janeiro: FASE/IBASE, 2001.

_____; SANTOS, Alexandre Mello; MOTTA, Athayde. Estratégias para a construção da sustentabilidade urbana. In: _____ et al. *O desafio da sustentabilidade urbana*. Rio de Janeiro: FASE/IBASE, 2001.

HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. São Paulo: Annablume, 2005.

LOJKINE, Jean. *O Estado capitalista e a questão urbana*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MORAES, Reginaldo C.; ÁRABE, Carlos Henrique Goulart; SILVA, Maitá de Paula. *As cidades cercam os campos: estudos sobre o projeto nacional e desenvolvimento agrário na era da economia globalizada*. São Paulo: UNESP, 2008.

THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: SADER, Emir et al (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

Estudo comparativo sobre o combate ao planejamento tributário abusivo na Espanha e no Brasil

Sugestão de alterações legislativas no ordenamento brasileiro

Marciano Seabra de Godoi

Sumário

1. Introdução. 2. Elisão, evasão e elusão tributária. 3. Evolução histórica e situação atual do combate à elusão tributária na Espanha. 3.1. A fraude à lei tributária em sua versão original do Código Tributário de 1963. 3.2. A reforma legislativa de 1995. 3.3. O atual Código Tributário (2003) e a figura do “conflito na aplicação da norma tributária”. 3.4. Conclusão sobre a situação atual da norma geral antiabuso espanhola. 4. Evolução histórica e situação atual do combate à elusão tributária no Brasil. 4.1. Normas gerais antielusão constantes do Anteprojeto e Projeto de Código Tributário Nacional elaborado por Rubens Gomes de Sousa. 4.2. O Código Tributário Nacional de 1966 e a completa ausência de normas gerais antielusão. 4.3. Formação de uma doutrina majoritariamente formalista e avessa à possibilidade de combater as fraudes à lei tributária mediante normas gerais. 4.4. A norma introduzida no CTN pela Lei Complementar 104, de 2001. 4.5. A Medida Provisória 66/2002. 4.6. O conceito amplo e causalista de simulação como a efetiva norma geral antielusão em vigor no ordenamento brasileiro. Análise da jurisprudência brasileira (tribunais administrativos e judiciais). 5. À guisa de conclusão: sugestão de alterações legislativas no ordenamento brasileiro.

Marciano Seabra de Godoi é professor nos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da PUC Minas, em Belo Horizonte. É mestre em Direito Tributário pela UFMG (1999) e doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Complutense de Madri (2004), com Pós-Doutorado (bolsista da CAPES) na Universidade Autônoma de Madri, onde foi professor visitante nos anos de 2011-2012.

1. Introdução

O objetivo do presente artigo, viabilizado por bolsa de estudos concedida pela CAPES para atividades de pós-doutorado na Espanha, é realizar uma investigação de direito comparado sobre o funcionamento,

no ordenamento tributário da Espanha e do Brasil, das normas gerais antiabuso ou antielusão, ou seja, das normas gerais destinadas ao combate dos planejamentos tributários considerados abusivos ou artificiosos.

A experiência demonstra que, além dos problemas relativos à pura e simples sonegação fiscal, há uma tendência natural de que uma parcela dos contribuintes (geralmente aqueles com mais capacidade econômica e maior acesso a jurisdições estrangeiras, especialmente os paraísos fiscais) procure desviar-se de suas obrigações tributárias, recorrendo, dentro de uma aparente legalidade e com o apoio técnico de assessores especializados, a esquemas negociais artificiosos (planejamentos tributários abusivos), que manipulam e distorcem normas jurídicas em busca de vantagens econômicas indevidas.

As chamadas normas gerais antiabuso, ou normas gerais antielusão, constituem um conjunto de medidas legislativas ou de construções jurisprudenciais por meio do qual o ordenamento de diversos países do mundo capitalista desenvolvido vem procurando, desde as primeiras décadas do século XX, resolver essa delicada equação: combater com eficácia os planejamentos tributários abusivos, sem negar aos contribuintes as garantias do Estado de Direito, e sem ter que sobrecarregar a legislação tributária com centenas de regras casuísticas, feitas sob medida para cada novo planejamento tributário engendrado artificialmente no mercado.

A principal justificativa para o estudo do tema no momento atual é que, no final de 2010, o governo brasileiro trouxe a público¹ sua intenção de finalmente regulamentar a norma geral antiabuso criada pela Lei Complementar 104 em 2001, que

¹ Nos dias 4 e 5 de outubro de 2010, a Escola de Administração Fazendária – ESAF – do Ministério da Fazenda realizou o Seminário Internacional sobre Regulamentação da Norma Geral Antielisiva, em Brasília.

somente passará a gerar efeitos concretos depois que o Congresso Nacional definir, em lei ordinária, os procedimentos para sua aplicação.

Nesse contexto, justifica-se a iniciativa de investigar os resultados a que a Espanha chegou ao cabo de sete anos de aplicação da nova versão de sua norma geral antiabuso aprovada em dezembro de 2003. Como Brasil e Espanha, ademais dos fortes laços culturais, têm vivências jurídicas assemelhadas – ambos são tributários da secular tradição romano-germânica do *civil law* e ambos se afirmam constitucionalmente como Estados Democráticos de Direito² –, o conhecimento dos desafios enfrentados pela Espanha nesses sete anos de aplicação da norma geral antiabuso, com seus logros e seus fracassos, terá muita valia para o processo legislativo de regulamentação da norma brasileira.

Não se trata, naturalmente, de assimilar acriticamente soluções jurídicas engendradas em outro país, nem de buscar um modelo ideal de norma geral antiabuso. Trata-se de conhecer e refletir sobre a experiência de um país cultural e politicamente próximo ao Brasil a respeito de um tema jurídico tão controverso aqui como lá, e por motivos bastante semelhantes, para fazer chegar aos operadores do direito brasileiro e aos formuladores da política tributária brasileira as devidas sugestões e ponderações acerca do tratamento legislativo da norma geral antiabuso.

Nossa intenção é contribuir concretamente com o processo legislativo que redundará na definição de um importante aspecto do sistema tributário nacional, cuja conformação jurídica consiste numa das mais importantes políticas públicas diu-

² O art. 1º da Constituição espanhola de 1978 afirma que a Espanha “se constituiu num Estado social e democrático de Direito (...)”. O art. 1º da Constituição brasileira de 1988, claramente inspirado na Constituição espanhola, afirma que a República Federativa do Brasil “constituiu-se em Estado Democrático de Direito (...)”.

turnamente desenvolvidas pelos Estados contemporâneos.

O marco teórico do presente estudo é constituído pela tese de doutorado que defendemos em 2004 na Universidade Complutense de Madri (GODOI, 2005). Segundo essa postura teórica, a imposição de limites aos planejamentos tributários ditos sofisticados é tarefa necessária em qualquer Estado Democrático de Direito que pretenda aplicar com justiça o seu sistema tributário. A norma de incidência tributária há muito perdeu o ranço de norma odiosa ou excepcional que lhe atribuía o ultraliberalismo do século XIX, portanto deve-se admitir que, tal como qualquer norma jurídica, a norma de incidência tributária está sujeita a ser defraudada por meio de um comportamento que no ramo do direito civil se denomina de fraude à lei ou abuso do direito. Nos ordenamentos vinculados à tradição do *civil law*, como o brasileiro, a imposição de limites aos planejamentos tributários ditos sofisticados é tarefa na qual o protagonismo deve caber ao legislador, e sua omissão em desempenhar tal tarefa provoca sérias perdas de legitimidade e racionalidade na atividade de combate aos planejamentos tributários que a administração, sob controle do Poder Judiciário, certamente desempenhará.

2. Elisão, evasão e elusão tributária

No Brasil, a expressão *elisão tributária* é bastante utilizada e designa tradicionalmente os comportamentos lícitos por meio dos quais os contribuintes organizam e dispõem sua vida patrimonial e negocial de modo a, sem infringir o ordenamento jurídico, atrair a menor carga possível de obrigações tributárias (DÓRIA, 1971; MARTINS, 1988). Na Espanha, esses comportamentos são conhecidos pela expressão *economía de opción*, utilizada já em 1952 num estudo de José Larraz que se tornaria um clássico nessa matéria (LARRAZ, 1952). Elisão tributária no Brasil e *economía de opción*

na Espanha significam o mesmo que *tax planning* nos países anglo-saxões, *risparmio d'imposta* na Itália e *optimisation fiscale* na França (DI PIETRO, 1999).

Em contextos constitucionais em que, sob o modo capitalista de produção e apropriação de riquezas, vigoram a livre iniciativa³ e a economia de mercado⁴, não chega a ser objeto de real controvérsia a existência do direito de pessoas físicas e jurídicas buscarem reduzir, por meio do planejamento de suas ações econômicas e financeiras, suas obrigações tributárias (VOGEL, 1997; PISTONE, 1995). A proclamação constitucional da função social da propriedade⁵ ou do dever solidário de contribuir, por meio dos impostos, para o sustento dos gastos públicos⁶ não constitui óbice ao direito de o contribuinte praticar elisão tributária ou de realizar *economías de opción*.

Se o contribuinte evita, reduz ou posterga o pagamento dos tributos por meio de condutas ilícitas, que implicam infração do ordenamento jurídico, tem-se o fenômeno que se designa genericamente com a expressão *evasão tributária* (IFA, 1983). Nesse caso, que no Brasil também pode ser denominado de *sonegação tributária*, o contribuinte pratica o fato gerador da obrigação e busca de maneira fraudulenta escapar do dever de recolher o tributo. Um exemplo típico de evasão tributária é a prática comum de vender um imóvel por determinado preço e registrar o contrato de compra e venda por um valor inferior ao realmente recebido pelo vendedor, de modo a buscar escapar do dever de pagar o imposto sobre o ganho de capital ocorrido na operação.

Na evasão tributária, o difícil ou o problemático para o aplicador da norma é afastar as manobras fraudulentas de ocultação

³ Vide Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), art. 1º, IV, art. 170, *caput*.

⁴ Vide Constituição Espanhola de 1978 (CE), art.38.

⁵ Vide CF/88, art. 170, III, art. 5º, XXIII.

⁶ Vide CE, art. 31.1.

ou engano engendradas pelo contribuinte e eventualmente por terceiros. Afastadas essas manobras, a constatação da infração do ordenamento jurídico é incontroversa. Portanto, nos supostos de evasão o caráter devido do tributo é admitido de plano, sem que se apresentem problemas reais e efetivos de interpretação ou de qualificação jurídica.

Com base nas afirmações acima, pode-se dizer que na elisão se evita a prática do fato gerador do tributo, ao passo que na evasão o que se busca é ocultar a realização do fato gerador do tributo.

A expressão *elusión fiscal* começou a ser utilizada pela doutrina espanhola na década de 60 do século XX (PALAO TABOADA, 1966, p. 677-695; HERRERO MADARIAGA, 1976, p. 319-334). Com essa expressão, designa-se o comportamento pelo qual o contribuinte se utiliza de meios artificiosos e abusivos para, sob uma aparência de legalidade e licitude, buscar evitar a ocorrência do fato gerador do tributo ou buscar se colocar dentro do pressuposto de fato de um regime tributário mais benéfico, criado pela legislação para abarcar outras situações. A expressão *elusión fiscal* designa o mesmo que a expressão inglesa *tax avoidance* e a expressão italiana *elusione* (DI PIETRO, 1999).

Curiosamente, em Portugal a doutrina utiliza a expressão *elisão fiscal* para designar esse fenômeno de “evitação abusiva de encargos fiscais” (SALDANHA SANCHES, 2006, p. 22), ou de “planeamento fiscal abusivo” (COURINHA, 2004, p. 15). Ou seja, a mesma expressão em língua portuguesa – elisão fiscal – tem significados bem distintos no Brasil e em Portugal: no Brasil designa os planejamentos tributários perfeitamente lícitos e eficazes, executados sem abuso ou artificiosidade, ao passo que em Portugal designa os planejamentos tributários abusivos e artificiosos.

No Brasil, a expressão *elusão fiscal* somente passou a ser utilizada por alguns doutrinadores em período recente (GODOI,

2007a, p. 237-288), por motivos que serão analisados na seção 4 do presente estudo.

Para descrever e compreender a conduta de *elusión fiscal*, ou seja, de planejamentos tributários ilegítimos ou abusivos, a doutrina e o legislador tributário historicamente lançaram mão de institutos jurídicos secularmente conhecidos e estudados no direito civil, que foram incorporados às chamadas *normas gerais antiabuso* (GODOI, 2005, p. 133-136).

Nos países com ordenamento jurídico de tradição romano-germânica, o legislador tributário descreveu e combateu o fenômeno da elusão por meio de normas gerais que o caracterizavam como uma espécie de fraude à lei (Alemanha, Holanda, Espanha, Portugal) ou como uma forma de abuso do direito (França). Já nos países anglo-saxões, essa conduta foi compreendida e combatida diretamente pela jurisprudência, que, primeiro nos Estados Unidos (GUSTAFSON, 1997) e posteriormente na Inglaterra (FROMMEL, 1991; BALLARD; DAVISON, 2002), pouco a pouco foi desenvolvendo uma doutrina que desconsidera, para efeitos tributários, os atos e negócios jurídicos que, em seu conjunto, se mostrem desprovidos de substância econômica e racionalidade empresarial, que visem exclusivamente a reduzir encargos tributários sem respeitar a teleologia que deve presidir a interpretação e aplicação das normas tributárias (PALAO TABOADA, 2002; RUIZ ALMENDRAL, 2006; PÉREZ ROYO, 2005).

Em suma: enquanto na *evasão* o que se busca é ocultar a prática do fato gerador ou ocultar da Administração os reais elementos da obrigação tributária, na *elisão* (tal como se utiliza esse termo no Brasil) e na *elusão* fiscal o objetivo do contribuinte é praticar atos e negócios jurídicos que não provoquem ou provoquem na menor medida possível a incidência de obrigações tributárias, com a diferença de que, na *elusão*, os atos e negócios engendrados pelas partes são abusivos/artificiosos, posto que sua formalização não reflete os reais *propósitos*

práticos buscados pelas partes e distorcem as finalidades e objetivos contidos nas normas que regulam a espécie, enquanto que na *elisão* (tal como se utiliza esse termo no Brasil) a conduta das partes é considerada perfeitamente válida e eficaz.

3. Evolução histórica e situação atual do combate à elusão tributária na Espanha

3.1. A fraude à lei tributária em sua versão original do Código Tributário de 1963

A figura da elusão tributária e o mecanismo para seu combate foram previstos expressamente num dos artigos do Código Tributário (*Ley General Tributaria*) criado na Espanha no ano de 1963. Para compreender esse primeiro tratamento legislativo dado ao tema, é necessário recorrer à já citada obra de José Larraz (1952), que assentou as bases metodológicas sobre essa questão, que viriam a ser posteriormente positivadas no Código Tributário de 1963.

Larraz (1952) concebeu a elusão tributária como uma espécie de fraude à lei, tal como já havia ocorrido em décadas anteriores na Alemanha, Suíça e Holanda. Segundo ele, na elusão o contribuinte busca uma economia tributária de *má-fé*, no sentido de burlar o espírito da lei e preservar somente sua letra, confiando numa interpretação automática e acrítica das normas aplicáveis ao caso. Larraz (1952, p. 61) propunha que o combate à elusão consistisse em dar “uma interpretación extensiva a la letra gravatoria, quedando el negocio *in fraudem* fiscalmente parificado con el que se rehuyó, y burlado quien del Erario pretendió burlarse”.

A solução legislativa adotada pelo Código Tributário de 1963 seguiu exatamente essa linha. No art. 24 desse Código, o fenômeno da elusão foi tratado como um caso de *fraude de Ley*, definido como aquelas atividades “realizadas com o propósito provado de eludir o imposto, sempre que produzam um resultado equivalente ao derivado do fato imponible”. Diante desses

casos, o Código autorizava o intérprete/aplicador a estender “mais além de seus termos estritos” o âmbito do fato imponible previsto na lei. A norma contida no Código de 1963 exigia a abertura de um “procedimiento especial” para que a Administração tributária pudesse declarar a existência de uma fraude à lei tributária, procedimento no qual a Administração deveria apresentar a prova da existência da fraude à lei e dar audiência ao contribuinte.

3.2. A reforma legislativa de 1995

Como grande parte da doutrina considerou que o art. 24 do Código estaria autorizando erroneamente a utilização da analogia como instrumento de combate à elusão (PALAO TABOADA, 1966), o Código espanhol sofreu uma reforma significativa em 1995. Essa alteração situou em normas distintas a figura da analogia (art. 23.3) e a figura do mecanismo de reação à fraude à lei tributária (art. 24)⁷. A reforma de 1995 também procurou aproximar o conceito de fraude à lei tributária ao conceito mais geral de fraude à lei que passara a figurar no Título Preliminar do Código Civil espanhol a partir de 1973⁸. Com essa reforma de 1995, a fraude à lei tributária passou a ser caracterizada como “atos, fatos ou negócios jurídicos realizados com o

⁷ Alguns doutrinadores, como Falcón Y Tella (1995), continuaram a defender que, mesmo após a reforma do Código tributário em 1995, o mecanismo de reação à fraude à lei tributária em nada se parecia à fraude à lei do direito civil e consistia numa simples autorização legal para gravar determinadas situações com base na analogia. Para nossas críticas a esse posicionamento, ver também Godoi (2005, p. 205-220).

⁸ O art. 6.4, que compõe o Título Preliminar do Código Civil espanhol, dispõe: “Os atos realizados ao amparo do texto de uma norma que persigam um resultado proibido pelo ordenamento jurídico, ou contrário a ele, serão considerados como executados em fraude à lei e não impedirão a devida aplicação da norma que se houver tratado de eludir”. Há um julgado do Tribunal Constitucional espanhol (STC 37/1987) que considera que o combate à fraude à lei é um mecanismo necessário para assegurar a eficácia das normas jurídicas em geral, sendo o art. 6.4 do Código Civil aplicável a todo o ordenamento e não só ao âmbito do direito civil.

propósito de eludir o pagamento do tributo, amparando-se no texto de normas ditadas com distinta finalidade, sempre que produzam um resultado equivalente ao derivado do fato imponible” (o trecho destacado corresponde à identificação que se procurou estabelecer entre a fraude à lei tributária e a fraude à lei prevista no Código Civil).

A reforma do Código Tributário realizada em 1995 também procurou resolver outro problema. É que os casos de elusão tributária vinham sendo combatidos pela Administração por outra via que não a do mecanismo de reação à fraude à lei tributária. Essa outra via era a da qualificação dos atos e negócios jurídicos praticados pelas partes conforme as “situações e relações econômicas que efetivamente existam ou se estabeleçam pelos interessados, com independência das formas jurídicas que se utilizem” (art. 25.3 do Código em sua redação original). A possibilidade de combater os casos de elusão recorrendo a esses tão amplos poderes de qualificação (SÁINZ DE BUJANDA, 1966, p. 522-550), e sem a necessidade de abrir os procedimentos especiais exigidos para a declaração da fraude à lei tributária, fez com que o art. 24 do Código (fraude à lei) ostentasse, na verdade, uma pouquíssima relevância prática (PALAO TABOADA, 1996, p. 3-20; AGUALLO AVILÉS; PÉREZ ROYO, 1996, p. 51-56).

Por isso, a reforma de 1995 revogou o art. 25.3 acima mencionado, e passou a dispor que “o tributo será exigido de acordo com a natureza jurídica do pressuposto de fato definido pela lei (...)” – art. 28.3 do Código, com a redação após a reforma de 1995.

Após essa reforma de 1995, esperava-se que o combate às operações de elusão fosse ser realizado pela via da abertura dos procedimentos especiais exigidos para a declaração da fraude à lei tributária. Contudo, não foi isso o que de fato aconteceu. Mesmo após a reforma de 1995, manteve-se a tendência de a Administração qualificar as operações de elusão como “negócios indiretos”, “negócios fiduciários” ou “negócios

simulados” e promover sua regularização recorrendo aos dispositivos legais que tratam da qualificação tributária de acordo com os atos e negócios “efetivamente realizados pelas partes, com independência das formas ou denominações jurídicas utilizadas pelos interessados” (art. 25 do Código, após a reforma de 1995).

Há amplo consenso doutrinário (PALAO TABOADA, 2001, p. 127-139) no sentido de que a reforma de 1995 não logrou alterar essa tendência porque continuaram atuando dois fatores de claro efeito de desincentivo para a utilização do mecanismo específico de correção da fraude à lei. Em primeiro lugar, há o fato de que o Código espanhol proíbe a imposição de multas administrativas aos casos de fraude à lei, ao contrário do que ocorre nos casos de simulação e nos casos em que a Administração se limita a corrigir um erro de qualificação jurídica cometido pelo contribuinte. Em segundo lugar, a exigência de um *procedimiento especial* para declarar a fraude à lei dá a essa via um grau de complexidade e incerteza do qual a Administração naturalmente tende a escapar, preferindo uma via mais expedita e simples.

3.3. O atual Código Tributário (2003) e a figura do “conflito na aplicação da norma tributária”

O atual Código Tributário (*Ley General Tributaria*), aprovado em 2003, pretendeu inovar no tema dos mecanismos de combate à elusão fiscal (ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, 2010; SANZ GADEA, 2009; RUIZ ALMENDRAL; ZORNOZA PÉREZ, 2005; DELGADO PACHECO, 2004; GARCÍA NOVOA, 2004).

A tradicional figura da fraude à lei tributária foi substituída por uma nova figura, batizada estranhamente de “conflito na aplicação da norma tributária”⁹, tal como previsto nos artigos 15 e 159 do Código.

⁹ Como indica Carlos Palao Taboada (2009, p. 167), essa denominação é “técnicamente tosca, pues los conflictos en la aplicación de las normas tributarias

Na exposição de motivos do Código de 2003, afirma-se que essa nova figura estaria livre dos problemas de aplicação do mecanismo da fraude à lei tributária. A novidade consistiu em tentar fixar critérios mais precisos, que pudessem diferenciar, com mais nitidez que a norma anterior, os casos de elusão dos casos de meras *economías de opción*¹⁰. Esses critérios cumulativos explicitados no art. 15.1 do texto legal de 2003 são conceitos já presentes em normas gerais antiabuso de outros países. Veja-se a redação do dispositivo (nossa tradução):

“Art. 15. Conflito na aplicação da norma tributária.

1. Entender-se-á que existe conflito na aplicação da norma tributária quando se evite total ou parcialmente a realização do fato imponible ou se diminua a base de cálculo ou o montante do tributo mediante atos ou negócios nos quais estejam presentes as seguintes circunstâncias:

a) Que, individualmente considerados ou em seu conjunto, [os atos ou negócios] sejam notoriamente artificiosos ou impróprios para a consecução do resultado obtido.

b) Que de sua utilização não resultem efeitos jurídicos ou econômicos relevantes, distintos da economia fiscal e dos efeitos que seriam obtidos com os atos ou negócios usuais ou próprios.”

A ideia sempre cativante de mais segurança jurídica parece de fato explicar a iniciativa de se haver definido com mais clareza, na própria legislação, os requisitos para a aplicação da norma geral anti-

pueden plantearse por motivos que nada tienen que ver con la elusión tributaria” . Juan Manuel Herrero de Egaña (2003, p. 1155) também formula críticas certas a essa denominação, que aparentemente teve a intenção de retirar da elusão tributária todo e qualquer conteúdo pejorativo, como se se tratasse de um comportamento neutro do ponto de vista ético-jurídico.

¹⁰ Fernando Pérez Royo (2011, p. 253) afirma que o art. 15 do Código atual “ha definido los requisitos sustanciales de la figura [fraude à lei tributária/conflito na aplicação da norma tributária] en términos menos abstractos o conceptuales que la [LGT] anterior”.

buso. Contudo, os critérios explicitados nas alíneas *a* e *b* do art. 15.1 do Código de 2003 representam basicamente a adoção da teoria do abuso de formas jurídicas, tradicionalmente ligada ao mecanismo do combate à fraude à lei tributária. Por isso a nova regulamentação do tema da elusão não deve ser vista como uma negação ou um distanciamento do mecanismo anterior da fraude à lei tributária (art. 24 do Código de 1963), e sim como uma tentativa de dar mais nitidez a critérios implícitos e subentendidos na norma anterior (PALAO TABOADA, 2006, p. 112).

A busca de maior segurança jurídica também parece haver motivado a nova configuração dos aspectos procedimentais para a declaração da existência de conflito na aplicação da norma tributária. Segundo os arts. 159 do Código Tributário (Lei 58/2003) e 194 do Regulamento de Administração e Fiscalização Tributária (Real Decreto 1.065/2007), a competência para declarar a existência do conflito não é conferida a cada um dos agentes administrativos que fiscalizam o imposto, mas reservada exclusivamente a uma Comissão de quatro membros (todos eles funcionários da Fazenda Pública) estreitamente vinculada ao órgão central responsável por responder as consultas tributárias formuladas pelos contribuintes. A ideia parece clara: garantir que o repertório de decisões sobre a existência ou não de conflito seja coerente e consistente com o repertório de decisões que interpretam a legislação tributária como um todo, no bojo de processos de consulta tributária.

A respeito da reação do ordenamento aos casos de elusão tributária, o Anteprojeto de Código Tributário elaborado pelo Poder Executivo espanhol previa originalmente uma autorização para imposição de multas administrativas naqueles casos em que o contribuinte houvesse atuado “com ânimo defraudatório”. Como houve forte crítica do Conselho de Estado espanhol e da doutrina contra essa possibilidade, acabou sendo

mantido no Código de 2003 o mesmo regime previsto anteriormente: o reconhecimento da existência de um conflito (antes chamado de fraude à lei tributária) provoca a aplicação da norma tributária que o contribuinte procurou eludir, a cobrança do tributo e dos juros de mora, não cabendo a imposição de multas administrativas. Vale ressaltar que um considerável número de doutrinadores considera injusta a proibição de imposição de multas administrativas aos casos de conflito/fraude à lei tributária (RUIZ ALMENDRAL, 2006, p. 130; GARCÍA BERRO, 2010, p. 93-95; PÉREZ ROYO, 2005, p. 28).

Passados mais de sete anos da entrada em vigor do atual Código Tributário, os desígnios de mudança e inovação do legislador parecem longe de haverem sido alcançados. A norma geral antielusão à qual a Administração realmente recorre na grande maioria dos casos de planejamentos abusivos segue sendo a norma sobre simulação (art. 16 do Código Tributário¹¹), que permite a imposição de multas administrativas e não exige a abertura de um procedimento especial para sua declaração.

A novidade dos últimos anos é a linha jurisprudencial que vem se consolidando no Tribunal Supremo espanhol (equivalente ao Superior Tribunal de Justiça na organização judiciária brasileira) no sentido de aplicar aos casos de elusão um conceito amplo de simulação. Para avaliar se há ou não simulação em casos de alegada elusão fiscal, o contribuinte geralmente alega que se deve avaliar isoladamente cada um dos atos e negócios jurídicos estabelecidos pelas partes, mas o Tribunal Supremo rechaça essa orientação e leva em conta o sentido prático

global do conjunto de atos e negócios praticados pelo contribuinte, bem como seus reais efeitos econômicos e empresariais¹².

A respeito dos critérios estabelecidos pelo legislador no art. 15.1 do Código de 2003 a fim de caracterizar os casos de conflito na aplicação da norma tributária (notória artificialidade dos negócios praticados, não existência de efeitos jurídicos ou econômicos distintos da economia fiscal e dos efeitos que seriam obtidos com os negócios usuais ou próprios), sua aplicação prática pela Administração tributária permanece um mistério, pois não se criou um canal institucional que dê publicidade, ainda que parcial, às decisões das Comissões encarregadas de decidir sobre a existência ou não de conflitos. Por isso ainda não há condições de a comunidade jurídica ter acesso a informações essenciais como o número de decisões já tomadas pelas Comissões, a proporção entre as decisões que declararam e as decisões que não declararam o conflito, e, principalmente, qual foi a racionalidade jurídica que presidiu a interpretação, pelas Comissões, dos referidos critérios legais contidos no art. 15 do Código.

No que diz respeito ao regime das sanções às figuras da fraude à lei tributária e do conflito na aplicação da norma tributária, a situação atual na jurisprudência pode ser descrita da seguinte maneira. Se os tribunais qualificarem os atos e negócios jurídicos praticados pelo contribuinte como fraude à lei tributária, a imposição de multas administrativas ou eventuais sanções criminais (pelo crime de defraudação tributária) fica proibida, conforme decidiu o Tribunal Constitucional espanhol

¹¹ “Art. 16. Simulação. 1. Nos atos ou negócios nos quais exista simulação, o fato imponível gravado será o efetivamente realizado pelas partes. 2. A existência de simulação será declarada pela Administração tributária no correspondente lançamento tributário, sem que dita qualificação produza outros efeitos que os exclusivamente tributários. 3. Na regularização devida como consequência da existência de simulação serão exigidos juros de mora e, sendo o caso, a sanção cabível”.

¹² Exemplos de decisões do Tribunal Supremo que adotam esse conceito amplo de simulação: sentença de 20 de setembro de 2005 (RJ 2005, 8361); sentença de 18 de março de 2008 (RJ 2008, 2707); sentença de 27 de maio de 2008 (RJ 2008, 2870); sentença de 15 de julho de 2008 (RJ 2008, 3911); sentença de 28 de maio de 2009 (RJ 2009, 4414); sentença de 25 de setembro de 2009 (RJ 2009, 5487); sentença de 2 de abril de 2011 (RJ 2011, 2919); sentença de 29 de junho de 2011 (RJ 2011, 5608).

na sentença de 10 de maio de 2005 (STC 120/2005); contudo, se os mesmos atos e negócios jurídicos forem qualificados pelos tribunais de justiça como simulados, a imposição de multas administrativas e sanções penais são admitidas, mesmo que aquela qualificação tenha sido feita a partir de um conceito amplo de simulação, já que o Tribunal Constitucional considera que não cabe a ele se imiscuir na competência dos tribunais de justiça para a qualificação penal das condutas (sentença de 27 de outubro de 2008 – STC 129/2008)¹³.

3.4. Conclusão sobre a situação atual da norma geral antiabuso espanhola

Caso se consolide realmente a linha jurisprudencial hoje predominante no Tribunal Supremo, que combate as elusões sofisticadas por meio de um conceito amplo de simulação, em que a pedra de toque é a *causa* ou o objetivo prático perseguido pelos negócios jurídicos avaliados globalmente e não individualmente considerados, a norma geral do conflito na aplicação da norma tributária terá escassa importância prática. Nesse caso, será esse conceito amplo de simulação a verdadeira norma geral antielusão do sistema jurídico espanhol.

4. Evolução histórica e situação atual do combate à elusão tributária no Brasil

4.1. Normas gerais antielusão constantes do Anteprojeto e Projeto de Código Tributário Nacional elaborado por Rubens Gomes de Sousa

Em 1951, por sugestão dos então parlamentares Aliomar Baleeiro e Bilac Pinto,

¹³ Florián García Berro (2010, p. 89-91) critica fortemente essa sentença, que qualifica como “um passo decepcionante” em relação às expectativas criadas pelo Tribunal Constitucional com a anterior STC 120/2005. Da mesma opinião é Juan Zornoza Pérez (2010, p. 562-563), que critica que o Tribunal Constitucional haja assumido “mecanicamente y sin mayores análisis la calificación de simulación, con renuncia al examen de sus elementos”.

Rubens Gomes de Sousa iniciou a redação de um anteprojeto de Código Tributário Nacional, que, segundo os planos de Baleeiro e Bilac Pinto, seria por eles apresentado à Câmara dos Deputados (BALEEIRO, 1975, p. 5-33).

O Anteprojeto, finalizado por Gomes de Sousa em 1952, não chegou a ser apresentado à Câmara dos Deputados por Baleeiro e Bilac Pinto. Em 1953, Baleeiro sugeriu ao Ministro da Fazenda Osvaldo Aranha que o Governo promovesse a codificação do direito tributário em nível nacional, e indicou o nome de Gomes de Sousa para presidir a comissão que se encarregaria da elaboração do Projeto. A comissão foi constituída – sob a presidência de Gomes de Sousa – em 1953, e em 1954 o Projeto de Código Tributário Nacional foi enviado pelo Presidente da República Getúlio Vargas ao Congresso Nacional (SOUSA, 1954).

Apesar de esse Projeto remetido ao Congresso Nacional em 1954 nunca ter sido apreciado e votado pelo Legislativo, ele constituiu a base do que veio a ser aprovado em 1966 – já sob o regime ditatorial instalado em 1964 – como *Código Tributário Nacional* (Lei 5.172, de 1966).

Tanto o Anteprojeto como o Projeto de Gomes de Sousa (1954) continham algumas normas um tanto confusas, que buscavam traduzir a visão da *consideração econômica* do direito tributário tal como formulada nas primeiras décadas do século XX na Alemanha¹⁴. O art. 74 do Projeto (derivado do art. 129 do Anteprojeto) dispunha que “a interpretação da legislação tributária visará sua aplicação não só aos atos, fatos ou situações jurídicas nela nominalmente referidos, como também àqueles que produzam ou sejam suscetíveis de produzir resultados equivalentes”.

Nos seus comentários ao Projeto, Rubens Gomes de Sousa (1954, p. 181)

¹⁴ Sobre a chamada “interpretação econômica do direito tributário” e o processo de evolução histórica dessa ideia, ver também Godoi e Saliba (2010, p. 268-293).

afirma que tal dispositivo “inspirou-se” no art. 9º do Código Alemão de 1931. O dispositivo do Código alemão estabelecia que “na interpretação das leis tributárias devem ser consideradas sua finalidade, seu significado econômico e o desenvolvimento das circunstâncias”. O dispositivo do Código alemão simplesmente aponta para os pressupostos de uma interpretação finalística e teleológica, sem determinar a orientação geral no sentido da tributação de fatos capazes de “produzir resultados equivalentes” aos fatos previstos nas normas de incidência tributária. Parece-nos, portanto, que Rubens Gomes de Sousa (1954) se inspirou menos no próprio art. 9º do Código alemão e mais nos comentários de Enno Becker (bastante criticados pelos próprios alemães) ao referido dispositivo.

Como o Anteprojeto e o Projeto adotavam uma norma que resvalava para a interpretação econômica do direito tributário em sua versão primitiva, não era coerente que adotassem em outro dispositivo uma norma destinada a combater pontualmente os casos de elusão ou fraudes à lei tributária. Mas tal ocorria. No art. 131, parágrafo único do Anteprojeto de Gomes de Sousa (1954)(art. 86 do Projeto), dispunha-se:

“Art. 131. Os conceitos, formas e institutos de direito privado, a que faça referência a legislação tributária, serão aplicados segundo a sua conceituação própria, salvo quando seja expressamente alterada ou modificada pela legislação tributária.

Parágrafo único. A autoridade administrativa ou judiciária competente para aplicar a legislação tributária terá em vista, independentemente da intenção das partes, mas sem prejuízo dos efeitos penais dessa intenção quando seja o caso, que a utilização de conceitos, formas e institutos de direito privado não deverá dar lugar à evasão ou redução do tributo devido com base nos resultados efetivos do estado de fato ou situação jurídica

efetivamente ocorrente ou constituída, nos termos do art. 129, quando os conceitos, formas ou institutos de direito privado utilizados pelas partes não correspondam aos legalmente ou usualmente aplicáveis à hipótese de que se tratar.”

A redação do artigo é criticável, pois no abuso de formas ou no abuso das possibilidades de configuração do direito não se trata de usar formas não usuais ou não correntes, e sim de formas artificiosas, distorcidas e manipuladas. De todo modo, é de se registrar a preocupação do Anteprojeto e do Projeto de “cercear a evasão tributária procurada através do que a doutrina alemã chama ‘o abuso de formas de direito privado’”. Rubens Gomes de Sousa (1954, p. 195-196) também entendia que tal dispositivo era de se aplicar em casos de fraude à lei tributária.

4.2. O Código Tributário Nacional de 1966 e a completa ausência de normas gerais antielusão

A equivocada obstinação de Alfredo Augusto Becker (1999) em vincular o autoritarismo em geral e o nazismo em particular a qualquer forma de doutrina que combata o abuso do direito ou a fraude à lei no direito tributário parece ter sido determinante para que o Código Tributário Nacional de 1966, ao contrário do Anteprojeto (1953) e do Projeto (1954) anteriormente preparados por Rubens Gomes de Sousa (1954), não contivesse qualquer norma geral antielusão. A julgar pelo depoimento do próprio Becker (1999), seu amigo Rubens Gomes de Sousa, em dezembro de 1965, teria lhe enviado uma carta, na qualidade de Presidente da Comissão que redigiu o Código Tributário Nacional, rogando-lhe um Parecer Jurídico que demonstrasse que “a ‘Teoria do Abuso das Formas Jurídicas e a Interpretação Econômica das Leis Fiscais’ era um absurdo jurídico (...) uma teoria introduzida no Código Tributário

alemão pelo Nazismo e que autorizou a morte financeira dos contribuintes alemães de forma igual à morte física dos judeus” (BECKER, 1999, p. 30-31).

É estranho Becker (1999) afirmar que essa teoria teria sido “introduzida” no Código Tributário alemão pelo nazismo, pois, por suas leituras, ele sabia certamente que essa norma surgiu no Código de 1919 e permaneceu no direito alemão – como permanece até hoje (artigo 42 do Código de 1977) – após a queda do nazismo. Também é estranho que Rubens Gomes de Sousa (1954), após introduzir em seu Anteprojeto (art. 131, parágrafo único) e manter no seu Projeto de Código Tributário (art. 86) uma norma antielusão combatendo o abuso das formas jurídicas e a fraude à lei tributária, tenha requerido um parecer de Alfredo Augusto Becker destinado a sepultar sua própria iniciativa.

Mas o que é mais estranho é que Rubens Gomes de Sousa, que, segundo Becker (1999), teve a ideia de pedir o seu referido parecer em 1965, tenha defendido de forma expressa, em palestra dada no Seminário organizado pelo Prof. Geraldo Ataliba na PUC-SP, em 1971, exatamente a ideia de aplicar a interpretação econômica “à hipótese, que se poderia dizer ‘patológica’, do chamado ‘abuso de formas’, ou seja, da distorção das formas do direito privado pelos contribuintes, com intenção de evadir o imposto” (SOUSA, 1975, p. 373).

O único dispositivo do Código Tributário Nacional de 1966 que alguma parcela da doutrina brasileira considera ter relação com o tema do combate à elusão tributária é o artigo 109, que dispõe:

“Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.”

A interpretação desse art. 109 não é fácil. Ricardo Lobo Torres (2006, p. 147) afirma que o dispositivo tem duas partes conflitan-

tes entre si, a primeira parte valorizando a forma e o direito privado, a segunda parte valorizando a substância e o direito tributário. Johnson Barbosa Nogueira (1982, p. 54) afirma que o art. 109 adota uma espécie de interpretação econômica consistente na autonomização do direito tributário em detrimento dos conceitos privatísticos. Rubens Gomes de Sousa (1954), por sua vez, responsável pela paternidade intelectual do dispositivo, interpreta-o de uma maneira extremamente confusa e pouco convincente¹⁵.

A nosso ver, o art. 109 se destina a delimitar o papel que os princípios gerais de direito privado têm na interpretação da lei tributária. Caso a legislação tributária faça menção a conceitos, institutos e formas de direito privado (salário, doação, hipoteca, usufruto etc.) sem criar uma conceituação própria desses institutos para fins de aplicação da norma tributária, o art. 109 determina que o intérprete deve lançar mão dos princípios gerais de direito privado para verificar o alcance ou o sentido desses institutos. Se a lei tributária impõe um imposto sobre os contratos de *leasing* (sem transfigurar seu sentido oriundo do direito privado) e se num caso concreto se discute se o imposto é devido ou não exatamente porque se discute se a operação é ou não de *leasing*, o intérprete da lei tributária terá eventualmente que recorrer aos princípios gerais de direito privado implícitos na legislação do *leasing* para verificar o verdadeiro alcance do instituto, e consequentemente concluir pela incidência ou não do imposto. Isso é o que se estatui na primeira parte do art. 109: “os princípios gerais de direito privado utilizam-se, para pesquisa da definição, do conteúdo e do

¹⁵ “O conteúdo real deste dispositivo é, portanto, um mecanismo para permitir ao aplicador da lei contrariar as manobras de evasão, aplicando, aliás, a norma geral de direito processual, de que o juiz, quando se convença de que as partes instauraram o processo para obter resultado diverso daquele que aparece, dará sentença por forma que obste esse resultado, ou seja, ao abuso da lei” (SOUSA, 1975, p. 378).

alcance de seus institutos e formas (...)" . Na redação do Projeto (art. 76), ficava mais claro o sentido dessa norma: "os princípios gerais de direito privado constituem método ou processo supletivo de interpretação da legislação tributária unicamente para pesquisa da definição, conteúdo e alcance próprios dos conceitos, formas e institutos de direito privado a que faça referência aquela legislação [tributária]..." .

No entanto, a segunda parte do art. 109 determina que o intérprete não use os princípios gerais de direito privado para interpretar a própria legislação que regule os efeitos ou as consequências tributárias da prática daqueles institutos, conceitos e formas de direito privado. Luciano Amaro exemplifica muito bem essa questão, ao afirmar que os princípios (contidos, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor) que informam a relação entre o consumidor e o fornecedor não podem ser usados para interpretar normas tributárias relativas às obrigações desse consumidor (como contribuinte) para com o fisco. Da mesma forma, "o empregado, hipossuficiente na relação trabalhista, não pode invocar essa condição na relação tributária cujo pólo passivo venha a ocupar" (AMARO, 2007, p. 219).

Em resumo: se a legislação tributária não se referir a institutos e conceitos do direito privado ou a eles se referir transformando seu sentido "para fins de aplicação da legislação tributária", não caberá utilizar os princípios gerais do direito privado para verificar o alcance da norma. Contudo, se a legislação tributária fizer menção a um instituto do direito privado sem lhe especificar um sentido diferente, então o conceito desse instituto tal como configurado no direito privado será *determinante* para concluir se a lei tributária incidirá ou não, e os princípios gerais de direito privado podem ser utilizados para investigar se num caso concreto houve ou não a prática daquele instituto de direito privado. Fora disso, fora dessa investigação do alcance ou do conteúdo de um instituto do direito pri-

vado mencionado na legislação tributária, os princípios gerais de direito privado são irrelevantes em matéria tributária. Tal conclusão está em linha com o art. 108 do CTN, que não prevê em seus incisos ("processos supletivos de interpretação" na expressão do art. 75 do Projeto) os princípios gerais de direito privado, daí o Relatório de Rubens Gomes de Sousa (1954, p. 183) ao Projeto de CTN afirmar que o art. 76 do Projeto (atual art. 109) "completaria" a norma do atual art. 108.

Não vemos nesse art. 109 a marca da interpretação econômica no sentido pejorativo da presunção absoluta de que os conceitos de direito privado mencionados pela norma tributária têm sempre um conteúdo distinto do conceito privado, ou no sentido de permitir ao intérprete a livre investigação dos fatos a fim de aplicar o mesmo tratamento tributário a situações economicamente semelhantes. Tampouco vemos neste artigo um mecanismo para "permitir ao aplicador da lei contrariar as manobras de evasão" mediante abuso do direito, como afirmou Gomes de Sousa (1954, p. 184), pois não vemos como o contribuinte elusor poderia buscar se escudar, na urdidura dos atos artificiosos e abusivos, nos "princípios gerais de direito privado" .

4.3. Formação de uma doutrina majoritariamente formalista e avessa à possibilidade de combater as fraudes à lei tributária mediante normas gerais

Como vimos nas primeiras seções do presente estudo, a maioria das legislações e dos juristas dos países ocidentais comunga da consciência de que, a partir de um certo ponto, o planejamento tributário ou a elisão fiscal, ainda que não configurem evasão ou sonegação, já não se mostram idôneos para atingir seus objetivos. Como afirma o jurista alemão Klaus Vogel (1997, p. 77), "o planejamento tributário pode alcançar um ponto acima do qual não pode ser tolerado por um sistema jurídico que pretende conformar-se a princípios de justiça" . Por isso esses

países dividem os comportamentos dos contribuintes que resistem aos tributos em três campos: elisão/*economía de opción* (lícita, eficaz), evasão tributária (ilícita e sujeita a multas e sanções penais) e elusão tributária (planejamentos tributários abusivos/artifíciosos) (ZIMMER, 2002, p. 21-67).

No Brasil, a maioria dos tributaristas atuais ainda se recusa a admitir a existência de um terceiro campo distinto da elisão e da evasão tributária. Por isso mesmo é que, ao contrário dos demais países ocidentais, ainda não existe um termo ou uma expressão consagrada na doutrina brasileira para designar os fenômenos que vimos chamando neste estudo de elusão tributária. Em estudo publicado em 2001, afirmamos que a elusão seria “um tipo de planejamento [tributário] que não é nem propriamente simulado nem propriamente elisivo” (GODOI, 2001, p. 110). Heleno Torres publicou em 2003 uma obra que utiliza exatamente a expressão *elusão tributária* para designar o conjunto de atos que se diferenciam tanto da elisão quanto da evasão (TORRES, 2003).

Consideramos que se devem classificar as atuações dos contribuintes em *três* campos (e não em dois campos, como ainda é usual na doutrina brasileira) e utilizar o termo elusão para nomear o conjunto das condutas pelas quais o contribuinte procura evitar a incidência da norma tributária mediante formalizações jurídicas artificiosas e distorcidas. Afinal de contas, o vocábulo *elusão*, ainda que não dicionarizado, é termo que deriva do verbo *eludir*, cujo sentido é bem conhecido e se ajusta à perfeição ao comportamento que queremos estudar no presente artigo: “evitar algo de modo astucioso, com destreza ou com artifício” (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 1113).

A maioria dos autores brasileiros só reconhece e nomeia dois campos de atuação do contribuinte: o da elisão (lícita) e o da evasão (ilícita) (BECKER, 1998, p. 130). Se o contribuinte não pratica simulação (no sentido de uma declaração de vontade total ou parcialmente falsa), falsificação documental

ou outras fraudes do gênero (que caracterizam *evasão*), sua conduta é considerada inatacável, mesmo que o contribuinte tenha adotado formas jurídicas manifestamente artificiosas para atingir resultados práticos completamente distanciados daqueles para os quais as tais formas jurídicas foram criadas pelo direito positivo.

Para essa posição ainda majoritária da doutrina brasileira, os princípios da “reserva absoluta de lei em sentido formal”, “tipicidade fechada” e da proibição de tributar mediante analogia tornariam inconstitucional qualquer combate a operações de planejamento tributário mediante a aplicação de normas gerais lastreadas em institutos como o abuso do direito ou a fraude à lei¹⁶. Nem mesmo por força de uma emenda constitucional essa forma de combater determinados planejamentos tributários poderia ser adotada no direito brasileiro¹⁷. Ou seja, a doutrina majoritária atual insiste em que uma prática que há décadas se desenvolve na grande maioria dos países de democracia liberal-capitalista somente poderia ser introduzida no Brasil mediante uma ruptura institucional ou um golpe de Estado que instituísse uma nova ordem constitucional em substituição ao atual Estado Democrático de Direito.

Contudo, os autores que podemos chamar *clássicos*, que iniciaram a construção científica do direito tributário no Brasil, encaravam com muito mais naturalidade

¹⁶ O autor que expõe com maior clareza e rigor técnico essa corrente doutrinária é Alberto Xavier (2001). Alguns doutrinadores, como Sacha Calmon e Misabel Derzi, apesar de rechaçarem e criticarem vivamente as normas gerais antiabuso, por violadoras da tipicidade e da proibição da analogia, diante de casos concretos utilizam os clássicos critérios das tradicionais normas gerais (divergência entre *intentio facti* e *intentio juris*, divergência entre a causa típica do negócio e os propósitos práticos buscados pelas partes) para afastarem a validade de determinados planejamentos abusivos (GODOI, 2007b, p. 272-298).

¹⁷ Essa foi a conclusão da maioria dos doutrinadores que participaram de um Congresso de Direito Tributário em São Paulo no ano de 2000, cujas conclusões estão refletidas em Martins (2000).

a aplicação de técnicas como a fraude à lei tributária. E muitos desses autores defendem especificamente a contenção da elusão tributária mediante a técnica da fraude à lei tributária ou do abuso de formas jurídicas. Autores como Rubens Gomes de Sousa, Amílcar de Araújo Falcão, Ruy Barbosa Nogueira e Geraldo Ataliba sustentaram pontos de vista sobre os limites do planejamento tributário muito menos formalistas do que os da doutrina atual majoritária (SOUSA, 1975, p. 75-82; FALCÃO, 1993, p. 61; 1995, p. 32; NOGUEIRA, 1965, p. 65-66; 1994, p. 93; ATALIBA, 1969, p. 295; 1975, p. 193).

Ademais, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos anos 50 e 60, diversos Ministros reconhecidamente de sólida formação acadêmica se manifestaram expressamente a favor da aplicação do secular instituto da fraude à lei no direito tributário brasileiro (GODOI, 2002).

Amílcar de Araújo Falcão demonstrava total conhecimento da doutrina tributária alemã do “abuso das possibilidades de configuração oferecidas pelo direito”, que corresponde exatamente à utilização da noção de fraude à lei para disciplinar os casos de elusão. Falcão anotou que o fenômeno “não passa de um caso particular de *fraus legis*, a que a *praxis* deu uma importância especial”, e propôs que a conduta fosse frustrada quando o contribuinte promovesse uma grave “distorção da forma jurídica” para dar um “rodeio” na norma tributária desvantajosa. Sem negar o direito de o contribuinte “dispor de seus negócios, de modo a pagar menos tributos”, o autor ressalta que não se pode admitir uma grosseira “manipulação” do “revestimento jurídico” do fato gerador (FALCÃO, 1995, p. 34).

4.4. A norma introduzida no CTN pela Lei Complementar 104, de 2001

Até o ano de 2001, a legislação brasileira não continha qualquer norma geral (comparável às normas espanholas sobre a fraude à lei tributária) voltada ao trata-

mento dos limites entre a elisão e a elusão, e a doutrina majoritária manejava unicamente os conceitos de evasão (simulação, defraudação) e elisão (planejamento tributário lícito). Em 2001, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional um projeto que veio a ser convertido na Lei Complementar 104/2001, que entre outras providências incluiu no CTN o seguinte dispositivo:

“Art. 116, parágrafo único: A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

A Exposição de Motivos do Projeto de Lei Complementar afirmava que a norma constituiria “um instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito”. Diante dessa norma, parte da doutrina nacional adotou a seguinte interpretação: o dispositivo regula a hipótese de “atos ou negócios simulados” (“dissimulação” teria o sentido jurídico de “simulação relativa”) e assim não trouxe nada de realmente novo, pois doutrina e jurisprudência há muito chegaram a uma sólida posição de que os atos ou negócios simulados não fazem parte da elisão tributária, mas constituem formas de praticar “infração tributária” ou simplesmente “evasão”. Alberto Xavier (2001, p. 70-73) defendeu que o efeito do dispositivo teria sido permitir que o fisco desconsiderasse o ato simulado sem ter que previamente demandar a nulidade do ato em juízo (vide artigo 105 do antigo Código Civil). Consideramos um equívoco essa afirmação, pois doutrina e jurisprudência anteriores à LC 104 já consideravam sem maiores hesitações que o fisco, para combater a simulação relativa praticada pelo contribuinte, não necessita requerer que o Poder Judiciário

decrete a nulidade do ato simulado¹⁸, estando essa orientação implícita no art. 149, VII do CTN, posterior ao Código Civil de 1916.

Outra parte da doutrina brasileira preferiu a interpretação de que o dispositivo veio, de maneira inconstitucional, proibir radical e terminantemente todo e qualquer planejamento tributário, e para tanto deu poderes à Administração tributária para realizar a interpretação econômica das normas impositivas e exigir tributos por analogia. Essa é a interpretação defendida na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.446, proposta pela Confederação Nacional do Comércio em 2001 e até hoje não apreciada pelo STF. Essa Ação Direta – que lamentavelmente tramita há mais de dez anos no STF sem qualquer manifestação do Tribunal a respeito da matéria – reza o credo do ultraformalismo liberal e requer a declaração de inconstitucionalidade da referida norma, por violação aos “princípios da legalidade e da tipicidade cerrada e da certeza e segurança das relações jurídicas” (página 29 da petição inicial).

Em nossa opinião¹⁹, a alteração do CTN veio ao encontro de uma tendência mundial de adotar *normas gerais* de combate à elusão tributária²⁰: certamente continua permitido o planejamento tributário, mas quando este promove uma distorção ou

¹⁸ Sampaio Dória (1971, p. 42) observava corretamente, que “o propósito fiscal é unicamente o de receber o tributo devido pela prática do ato dissimulado, pouco importando a permanência dos efeitos jurídicos dos atos aparentes”, concluindo que “a decretação de nulidade do negócio simulado, em seu aspecto substancial, não é imprescindível para que o fisco receba os tributos devidos”. Essa orientação sempre prevaleceu no Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

¹⁹ No mesmo sentido, ver também Torres (2006). Marco Aurelio Greco (1998; 2011) também sustentou desde a década de 90 a necessidade de abandonar a visão formalista presente na maioria da doutrina brasileira.

²⁰ Vale lembrar que a exposição de motivos do projeto de lei e os debates parlamentares sempre se referiram claramente aos limites do planejamento e da elisão fiscal, e não à hipótese de simulação.

um uso *artificioso e forçado* de determinados atos ou negócios jurídicos previstos na lei civil ou comercial para outros fins, então as autoridades fiscalizadoras podem desconsiderar tais formalizações e aplicar a norma tributária eludida ou defraudada.

Por outro lado, consideramos que a existência de uma norma geral antielusão contida no código tributário *obriga* o fisco a recorrer a tal via para corrigir os atos elusivos dos contribuintes, não sendo correta a aplicação conjunta ou mesmo subsidiária das figuras da fraude à lei e do abuso do direito previstas no código civil de 2002 (art. 166, VI, e 187, respectivamente). Nesse particular, discordamos das orientações de Marco Aurélio Greco (2011), que defende que um caso de planejamento tributário com fraude à lei ou abuso do direito pode ser combatido pela administração mediante a aplicação do código civil.

Em nossa opinião, a sistematização que o Código Civil de 2002 imprimiu às figuras da fraude à lei e do abuso do direito é inapropriada para o tratamento da elusão tributária. Quanto à fraude à lei, a disciplina do Código Civil brasileiro considera *nulo* o negócio praticado em fraude à lei (art. 166, VI), e naturalmente faz depender essa nulidade de uma sentença judicial, ao passo que todos os países que possuem normas gerais antielusão utilizam a técnica da *desconsideração* ou *inoponibilidade* fiscal do ato elusivo, que obviamente independe de uma decisão judicial (embora naturalmente a desconsideração possa ser revista *a posteriori* por um ato judicial). além disso, o art. 166, VI, do código civil restringe-se aos *negócios jurídicos* em fraude à lei, sem abranger os casos não incomuns de atos *in fraudem legis* que não são contratos ou negócios jurídicos *stricto sensu* (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 45).

Como o art. 166, VI, do novo Código Civil é claramente influenciado pelo Código Civil italiano (arts. 1.344 e 1.418), vale lembrar que a doutrina e os tribunais italianos (LUPO, 2002; MORELLO, 1991)

consideraram inapropriada a aplicação do art. 1.344 do Código Civil²¹ à esfera tributária, entre outros motivos porque o Código Civil italiano também considera *nulo* o negócio em fraude à lei (art. 1.418), e o combate à elusão tributária não se faz mediante *anulação judicial*, e sim mediante *desconsideração administrativa* de atos.

Combater a elusão tributária mediante anulação judicial de atos da vida civil e comercial significaria, além de procrastinar e tumultuar o procedimento, criar desnecessariamente uma série de contratempos e efeitos colaterais a terceiros. Da mesma forma que no Brasil a simulação dos atos dos contribuintes prevista no CTN (por exemplo no art. 149, VII) e em leis tributárias esparsas nunca foi demandada previamente no juízo cível pela Fazenda Pública, e sim caracterizada pela autoridade fiscal no exercício do lançamento, pensamos que a qualificação dos atos do contribuinte como “elusivos” (e sua consequente “desconsideração”) somente deve ocorrer no bojo dos procedimentos administrativos específicos previstos na parte final do art. 116, parágrafo único, do CTN. Se a desconsideração se tornar definitiva na esfera administrativa, então o contribuinte poderá questioná-la no Poder Judiciário, nas varas competentes para examinar a matéria tributária, e não nas varas cíveis.

Parece-nos que foi algo saudável e mesmo necessário a iniciativa de criar legislativamente uma norma geral antielusão como “um instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito”, expressão utilizada na Exposição de Motivos do Projeto de Lei Complementar. O que nos parece criticável no art. 116, parágrafo único, do CTN é a falta de estabelecimento de critérios substantivos para uma definição mais precisa do que se deve entender por atos ou negócios jurídicos que

²¹ O art. 1.344 determina que a causa do contrato é ilícita quando o contrato se utiliza, como meio para eludir a aplicação, de uma norma imperativa.

praticuem a “dissimulação da ocorrência do fato gerador ou da natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”.

É certo que as normas gerais antielusão têm, por definição, uma textura aberta e não se destinam a uma aplicação automática por mera subsunção lógica, cabendo à jurisprudência o papel de ir paulatinamente definindo, à luz dos casos concretos, seus contornos precisos. Contudo, comparada por exemplo com as normas gerais antielusão de países como Espanha (vide seção anterior do presente estudo) e Portugal, a norma brasileira de 2001 se destaca por sua redação lacônica e vaga, sem nem mesmo esboçar uma definição mais concreta dos atos passíveis de desconsideração. Em 2000, quando a redação da norma geral antielusão provavelmente estava sendo gestada no âmbito do Poder Executivo brasileiro, a norma geral portuguesa, após haver passado por mudanças de redação em 1999 e 2000, apresentava o seguinte texto:

“São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.”

A norma portuguesa, assim como a norma espanhola atualmente em vigor, estabelece o critério do abuso de formas jurídicas como a pedra de toque para a interpretação e aplicação da norma geral. A referência no texto da norma aos motivos exclusiva ou preponderantemente voltados à eliminação ou diferimento de tributos, e

cumulativamente ao caráter artificioso dos atos ou negócios jurídicos praticados, constitui um valioso elemento inicial para que, a partir dele, a jurisprudência desempenhe sua tarefa concretizadora.

O Poder Executivo buscou corrigir a vagueza ou o laconismo do art. 116, parágrafo único, do CTN com a edição da Medida Provisória nº 66, no ano seguinte à aprovação da norma geral. Mas essa tentativa não se mostrou correta de um ponto de vista técnico-jurídico, como se explicará a seguir.

4.5. A Medida Provisória 66/2002

A parte final do art. 116, parágrafo único, do CTN estabelece que a descon sideração administrativa dos atos e negócios ali previstos deve ocorrer segundo “procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”. No ano seguinte ao da aprovação da Lei Complementar 104/2001, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional a Medida Provisória 66, de 29 de agosto de 2002, cuja ementa se refere ao estabelecimento dos “procedimentos para descon sideração de atos ou negócios jurídicos, para fins tributários”.

Os artigos 13 a 19 da Medida Provisória têm como epígrafe a expressão “procedimentos relativos à norma geral anti-elisão”. O problema é que alguns desses artigos não se referem em absoluto a *procedimentos* para aplicação da norma (como manda a parte final do art. 116, parágrafo único, do CTN), e sim a critérios substantivos sobre o alcance da norma, e sobre as consequências normativas de sua aplicação. Aliás, isso é reconhecido na própria Exposição de Motivos da MP 66, quando se afirma:

“11. Os arts. 13 a 19 dispõem sobre as hipóteses em que a autoridade administrativa, apenas para efeitos tributários, pode descon siderar atos ou negócios jurídicos, ressalvadas as situações relacionadas com a prática de dolo, fraude ou simulação, para as quais a legislação tributária brasileira já oferece tratamento específico.

12. O projeto identifica as hipóteses de atos ou negócios jurídicos que são passíveis de descon sideração, pois, embora lícitos, buscam tratamento tributário favorecido e configuram abuso de forma ou falta de propósito negocial.”

O art. 13, parágrafo único, define que a norma geral não deve se aplicar a casos de simulação, dolo ou fraude. O art. 14 define que a identificação dos atos ou negócios jurídicos passíveis de descon sideração deve levar em conta, “entre outras, a ocorrência de falta de propósito negocial ou abuso de forma”, adotando-se em seguida uma definição apressada e pouco técnica de cada um desses critérios. Tem razão a Exposição de Motivos da MP quando afirma em seu item 13 que os conceitos de abuso de forma e falta de propósito negocial “guardam consistência com os estabelecidos na legislação tributária de países que, desde algum tempo, disciplinaram a elisão fiscal”, como de resto deixou claro o estudo sobre a legislação espanhola que desenvolvemos anteriormente. Contudo, a forma com que o art. 14 da Medida Provisória 66 definiu e regulou o abuso de forma e a falta de propósito negocial deixa muito a desejar do ponto de vista técnico-jurídico.

O primeiro ponto a criticar é a referência ao abuso de forma e à falta de propósito negocial como critérios que, “entre outros”, presidem a aplicação da norma geral. Ora, se o objetivo era definir critérios para a aplicação da norma, como aliás fica expressamente registrado na Exposição de Motivos da Medida Provisória, não faz sentido a menção vaga e aberta a “outros critérios” ou “outras circunstâncias” que podem determinar a descon sideração administrativa de atos ou negócios jurídicos.

O segundo ponto a criticar é a forma tosca com que o art. 14, § 3º, da Medida Provisória definiu o critério do abuso de formas jurídicas: “considera-se abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo

resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado". Por um lado, há um problema de lógica formal: a definição remete à figura do "negócio indireto", que a norma não define. Por outro lado, a definição não toca nos aspectos principais da figura do abuso de forma: a artificiosidade dos atos e o abuso das possibilidades de configuração oferecidas pelo direito, tal como consta do núcleo das normas gerais espanhola, alemã e portuguesa.

De qualquer maneira, esses dispositivos da Medida Provisória nada têm a ver com o estabelecimento de procedimentos para aplicação da norma (que o art. 116, parágrafo único, manda serem definidos em lei ordinária), e sim com a delimitação substantiva do que se deve entender por "dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária".

Essa delimitação das hipóteses em que se deve aplicar o art. 116, parágrafo único, do CTN não pode ser feita por lei ordinária, mas sim por lei complementar de âmbito nacional. A lei ordinária deve definir somente os procedimentos para a aplicação da norma, conforme determina a parte final do art. 116, parágrafo único, do CTN. Caso se pudessem disciplinar por lei ordinária os critérios substantivos para aplicação da norma geral antielusão, haveria o risco de coexistirem vinte e sete normas gerais diferentes, pois a legislação dos Estados e do Distrito Federal, tal como a União, poderia definir critérios distintos para delimitar os casos de aplicação da norma.

Os arts. 17, § 2º, e 18, *caput*, por sua vez, definem as consequências sancionatórias da aplicação da norma geral: caso o contribuinte opte por pagar o tributo e os juros de mora em 30 dias do despacho que promover a desconsideração, não se lhe exigirá multa de ofício, a qual somente será lançada caso o contribuinte não pague o tributo e os juros de mora naquele prazo. Tampouco aí reside qualquer definição de um *procedimento* para aplicação da norma.

Cobrar ou não multa de ofício não se refere aos procedimentos, e sim às consequências da aplicação da norma.

Os procedimentos para aplicação da norma geral são definidos, isto sim, nos arts. 15 a 19 da Medida Provisória (com exceção dos arts. 17, § 2º, e 18, *caput*, como explicado no parágrafo acima). Segundo as regras aí estabelecidas, o procedimento começa com uma representação dirigida pelo servidor competente para lançar o tributo à autoridade administrativa superior que houver determinado a instauração do procedimento de fiscalização do contribuinte. Essa representação deve ser precedida de notificação ao sujeito passivo, notificação em que se relatarão os fatos que justificam a desconsideração. O contribuinte então disporá de um prazo de 30 dias para apresentar esclarecimentos e provas que considere cabíveis. Em seguida, o servidor deve remeter à apreciação da autoridade administrativa superior a referida representação, que sobre ela decidirá em despacho fundamentado (não há previsão de prazo). Caso conclua pela desconsideração administrativa, a fundamentação da decisão deve explicitar quais foram os atos ou negócios praticados e quais foram os elementos ou fatos caracterizadores da dissimulação da ocorrência do fato gerador ou da natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária. Além disso, a decisão deve fornecer a descrição dos atos ou negócios equivalentes aos praticados, com as respectivas normas de incidência, e descrever qual o resultado tributário produzido pela adoção dos atos ou negócios equivalentes, com especificação, por tributo, da base de cálculo, da alíquota incidente e dos encargos moratórios.

A regulação dos procedimentos de aplicação da norma do art. 116, parágrafo único, do CTN termina com a regra (art. 18 da Medida Provisória) de que a contestação do despacho de desconsideração dos atos ou negócios jurídicos e a impugnação do lançamento serão reunidas em

um único processo, para serem decididas simultaneamente no processo tributário administrativo.

Todos os dispositivos da Medida Provisória 66/2002 que tratavam da norma do art. 116, parágrafo único, do CTN foram rechaçados pelo Congresso Nacional, e por isso mesmo retirados do ordenamento jurídico. Desde então, o Poder Executivo deixou de enviar propostas ao Congresso Nacional para fins de definição dos procedimentos de aplicação da norma geral antielusão, por motivos que ficarão claros na exposição do item a seguir.

4.6. O conceito amplo e causalista de simulação como a efetiva norma geral antielusão em vigor no ordenamento brasileiro. Análise da jurisprudência brasileira (tribunais administrativos e judiciais)

O art. 116, parágrafo único, do CTN foi criado em 2001 para, segundo a Exposição de Motivos do projeto de lei complementar elaborado pelo Poder Executivo, combater os procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito. Portanto, a percepção do Poder Executivo era de que o ordenamento não contava ainda com uma norma geral antielusão. Como até o presente momento não foram definidos os procedimentos para a aplicação da referida norma, que permanece numa espécie de limbo jurídico, poder-se-ia pensar que o ordenamento brasileiro segue desprovido de uma norma geral que combata os planejamentos tributários tidos por abusivos.

Contudo, a análise da jurisprudência do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) e dos tribunais do Poder Judiciário não deixa dúvidas de que os planejamentos tributários abusivos são combatidos pela Administração e pelos juízes pela aplicação de uma norma geral antielusão alternativa. Essa norma alternativa é aquela que determina (art. 149, VII, do CTN) que a autoridade administrativa

deve desconsiderar os atos negócios jurídicos praticados com *simulação*, aplicando o direito tributário aos atos e negócios efetivamente postos em prática pelas partes.

O entendimento tradicional na doutrina brasileira é o de que a simulação só ocorre quando as partes de um negócio jurídico declaram, num contrato ou numa escritura, algum *fato* ou um *dado* concreto que se mostra falso (p.ex. declara-se que o preço de venda de um imóvel é de R\$ 500 mil, mas o vendedor recebe do comprador de fato R\$ 1 milhão). Ou então se as partes omitem ou escondem, num contrato ou numa escritura, um *fato* real que nega o que está declarado no documento. A simulação seria portanto uma questão de “fingimento ou manipulação dos fatos praticados” (TORRES, 2007, p. 334), com intuito de lesar a terceiros, inclusive o fisco.

Essa visão considera a divergência entre a *vontade interna* e a *vontade manifesta* como o principal requisito da simulação (MOREIRA ALVES, 2001, p. 64-65; VENOSA, 2003, p. 467; PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 53). Na clássica explicação do jurista italiano Ferrara, na simulação a “não-conformidade entre o que se quer e o que se declara é comum a ambas as partes e concertada entre elas” (FERRARA, 1999, p. 52). Segundo essa concepção, que pode ser considerada como *restritiva*, somente há simulação se as partes mentem sobre fatos ou sobre dados concretos, escondendo-os ou inventando-os, total ou parcialmente, qualitativa ou quantitativamente. Por isso Ricardo Lobo Torres (2007, p. 345) afirma que na simulação “discute-se sobretudo a respeito da matéria de fato”, e a prova “é seu ponto nevrálgico”.

Contudo, o conceito de simulação é, no âmbito do próprio direito civil brasileiro, bastante controverso. Ainda que nem sempre deixem isso explícito, diversos civilistas definem e aplicam o conceito de simulação com base numa visão *causalista*. A causa dos negócios jurídicos pode ser definida como o “fim econômico ou social reconhecido

e garantido pelo direito, uma finalidade objetiva e determinante do negócio que o agente busca além da realização do ato em si mesmo” (PEREIRA, 2005, p. 505). A causa é portanto o propósito, a razão de ser, a finalidade prática que se persegue com a prática de determinado negócio jurídico (CLAVERÍA GOSÁLBEZ, 1998). Orlando Gomes inclusive promove uma classificação dos negócios jurídicos com base nas *causas típicas* de cada um deles (a cada negócio “corresponde causa específica que o distingue dos outros tipos”): o seguro é, por exemplo, um negócio jurídico cuja causa é a “prevenção de riscos”, ao passo que o contrato de sociedade tem como causa uma associação de interesses, compondo a categoria dos “negócios associativos” (GOMES, 1977, p. 364-365).

Muitos autores consideram a simulação não como um problema de divergência entre a vontade interna e a vontade declarada, mas sim como um *vício na causa dos negócios*, no sentido de que as partes usam determinada estrutura negocial (compra e venda) para atingir um resultado prático (doar um patrimônio) que não corresponde à causa típica do negócio posto em prática. Na formulação de Orlando Gomes sobre a simulação relativa, “ao lado do contrato simulado há um contrato dissimulado, que disfarça sua verdadeira causa” (GOMES, 1977, p. 516).

Os autores causalistas afirmam que na simulação não há propriamente um vício do consentimento (como no erro ou no dolo), pois as partes consciente e deliberadamente emitem um ato de vontade (ABREU, 1988, p. 276-277). O que ocorre é que o ato simulado não corresponde aos propósitos efetivos dos agentes da simulação. Por isso diversos autores veem na simulação uma “divergência consciente entre a intenção prática e a causa típica do negócio” (BETTI, 2003, p. 277). O espanhol Federico de Castro y Bravo sustenta que a natureza específica da simulação não é a de “uma declaração vazia de vontade”, mas a

de uma “declaração em desacordo com o objetivo proposto [pelas partes], ou, o que é o mesmo, uma declaração com causa falsa” (CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 336).

Tanto na concepção causalista, quanto na concepção restritiva vista anteriormente, o negócio simulado é visto como “não verdadeiro”. Mas isso a partir de perspectivas diferentes. Com efeito, na perspectiva causalista haverá simulação mesmo que as partes não inventem nem escondam de ninguém um *fato ou um dado específico* no bojo de cada um dos negócios praticados.

Na jurisprudência do antigo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (atual CARF), esse conceito causalista de simulação é a norma geral com a qual se combatem os planejamentos tributários tidos por abusivos. E isso não é um fenômeno somente brasileiro. Uma pesquisa promovida pela IFA no ordenamento de diversos países chegou à conclusão de que o instituto da simulação tem uma amplitude distinta segundo seu papel pragmático no ordenamento tributário: quanto maior é o espaço de atuação de uma típica norma geral antielusão, menor é o raio de amplitude do conceito de simulação, e vice-versa. O Relator Geral das conclusões de referida pesquisa notou que, em países sem típicas normas gerais antielusão, a fundamentação que o fisco e a doutrina utilizam para indicar que houve simulação é muito parecida com a lógica de funcionamento das típicas normas gerais antiabuso (ZIMMER, 2002, p. 30-31).

Na jurisprudência brasileira, é cada vez mais comum o contribuinte escudar-se na teoria do negócio jurídico indireto para demonstrar a inexistência de ato simulado, mas os julgadores aplicam um conceito amplo de simulação, que leva em conta as circunstâncias do caso concreto e indaga a substância real do negócio.

Até 1996, todos os julgados da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda adotavam a postura de que, se a incorpora-

ção de uma empresa por outra se fez conforme os trâmites formais previstos no direito privado, não havia simulação e a autoridade fiscal não poderia desconsiderá-la para efeitos tributários. Mas, num julgamento de 1996 (Acórdão CSRF/01-02.107), a CSRF passou a lançar mão de um conceito mais amplo de simulação, para coibir operações artificiosas que, para atrair a aplicação de uma norma tributária benéfica (como a de compensação de prejuízos fiscais) que de outra forma não seria aplicável, usam a estrutura formal de contratos e outros institutos jurídicos esvaziando-os de qualquer substância jurídica real.

Duas notas desse conceito amplo de simulação (que propomos chamar de simulação-elusão) merecem destaque. Por um lado, a simulação passa a ser um conceito mais fluido e dinâmico, que indaga o grau de “artificialidade” do planejamento tributário (p. 9 do voto do relator no Ac. CSRF/01-02.107) e, levando em conta os “verdadeiros efeitos econômicos subjacentes”, não consente que o aplicador fique “aprisionado aos princípios do direito privado no que diz respeito à definição dos efeitos tributários dos atos e fatos jurídicos” (p. 11 do voto do relator no Ac. CSRF/01-02.107). Por outro lado, a jurisprudência mais recente das Câmaras do 1º Conselho de Contribuintes vem distinguindo essa simulação-elusão da tradicional simulação-evasão-sonegação (prevista nos arts. 71 a 73 da Lei 4.502/64) e não vem aplicando à primeira as multas agravadas previstas para a segunda.

No âmbito da jurisprudência dos tribunais do Poder Judiciário²², em duas recentes decisões colegiadas, proferidas nas Apelações Cíveis 2004.71.10.003965-9/RS e 2002.04.01.014021-6/RS, a 1ª e a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª

Região seguiram a mesma linha da nova tendência jurisprudencial do Conselho de Contribuintes.

Três notas merecem destaque no julgamento da Apelação Cível nº 2004.71.10.003965-9/RS, Relator Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares (2ª Turma, DJ 06.09.2006). A primeira é que o acórdão fez a distinção tradicional entre elisão fiscal (utilização de meios *lícitos* e *diretos*, anteriormente à ocorrência do fato gerador, para evitar ou minimizar a tributação) e evasão fiscal (utilização de meios *ilícitos* para reduzir a carga tributária, posteriormente à ocorrência do fato gerador), para concluir que é admitida a elisão fiscal quando não houver *simulação* do contribuinte. Mas o conceito de simulação adotado pelo acórdão foi um conceito amplo, que leva em conta as condições econômicas e operacionais da operação como um todo.

A segunda nota é que o acórdão não tomou como sinônimas as expressões simulação e evasão, na medida em que distinguiu a evasão ou fraude fiscal (utilização de meios *ilícitos* para ocultar, enganar, iludir o fisco) da elisão fiscal com simulação (utilização de meios *lícitos*, porém *indiretos*, anteriormente à ocorrência do fato gerador, para burlar norma tributária, com vistas à redução ou à eliminação da tributação por meio da realização de negócios jurídicos artificiais e desprovidos de qualquer racionalidade negocial).

Um terceiro aspecto que merece ser considerado é que o acórdão não só examinou a operação do ponto de vista econômico, para concluir que as circunstâncias levavam à inviabilidade da operação de incorporação da empresa superavitária pela empresa deficitária, como também examinou outros aspectos relacionados a questões societárias, como a manutenção, após a incorporação, da razão social, do estabelecimento, dos funcionários e dos membros do Conselho de Administração. Ou seja, após a análise global da situação, e não apenas do ato de incorporação isoladamente considerado,

²² A investigação da jurisprudência dos tribunais administrativos e do Poder Judiciário sobre o conceito de simulação para efeitos tributários foi feita em conjunto com a Dra. Andrea Karla Ferraz, a quem também se atribuem as conclusões expostas no presente estudo.

concluiu o Tribunal que restou demonstrado que, de fato, a incorporada é que “absorveu” a deficitária/incorporadora, e não o contrário, “tendo-se formalizado o inverso apenas a fim de serem aproveitados os prejuízos fiscais da empresa deficitária, que não poderiam ter sido considerados caso tivesse sido ela a incorporada, e não a incorporadora, restando evidenciada, portanto, a simulação.”

Contudo, no julgamento da Apelação Cível 2002.04.01.014021-6/RS (Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria – DJ 22.06.2005), a 1ª Turma do TRF da 4ª Região buscou marcar a diferença entre a elisão fiscal eficaz e a ineficaz, valendo-se da tese de que se configura elisão fiscal se o ato de evitar o recolhimento do tributo ocorreu em momento anterior à ocorrência do fato gerador. Contudo, se já ocorrido o fato gerador, a solução para o não pagamento do tributo devido configura evasão fiscal.

A despeito de se utilizar de um aspecto insuficiente para fazer a distinção entre elisão e evasão fiscal, qual seja o momento em que ocorrido o fato gerador do tributo, chama a atenção o fato de que o acórdão não analisou somente a última operação do negócio, mas todo o conjunto fático-probatório, inclusive o substrato econômico da operação, para concluir que existiu uma incongruência entre a realidade dos fatos e a argumentação ou a pretendida atitude das partes envolvidas.

No caso concreto da Apelação Cível 2002.04.01.014021-6/RS (empresa Rexnord), houve diversas incorporações às avessas ao longo do tempo: uma mesma empresa (Rexnord Correntes) formalmente “morria” (visto que era incorporada) e materialmente “renascia” (pois a empresa incorporadora passava a adotar todas as características operacionais e societárias da empresa incorporada) várias vezes. O contribuinte se batia por uma aplicação formalista do conceito de simulação, alegando que “não existem falhas formais ou legais

nas operações realizadas”. Mas o acórdão subscreveu a conclusão da sentença, segundo a qual há simulação se a operação “não refletir a realidade econômica do negócio” ou se o negócio “for realizado com o único objetivo de permitir o aproveitamento de prejuízos fiscais ou de balanços negativos para a redução da carga tributária”.

Num exemplo de como o tribunal valorizou aspectos negociais e econômicos da operação, foi ressaltado o fato de que, nas duas últimas incorporações, o pagamento pela aquisição do controle das empresas que posteriormente viriam a ser incorporadoras foi feito pela própria empresa incorporada, em momento anterior à incorporação. Numa postura bastante realista e atenta à causa concreta da operação naquele caso em particular, a sentença confirmada pelo acórdão observou que “no mundo dos negócios as coisas não acontecem dessa maneira; claramente o que ocorreu foi a inversão de papéis com o objetivo de lograr a situação fiscal mais favorável”.

A conclusão é que o TRF da 4ª Região julgou a questão aplicando um conceito ampliado de simulação, identificando a *causa concreta* das incorporações efetuadas pelas empresas Josapar e Rexnord, comparando-a com a *causa típica* do contrato de incorporação, para concluir – num tom claramente causalista – que “não é lícito que se realizem cisões, incorporações ou fusões levadas não pelo conteúdo próprio desses negócios, mas sim de modo diferente da forma que tais negócios normalmente se realizam, mediante incorporação das empresas deficitárias pelas lucrativas, das empresas de menor patrimônio pelas de maior patrimônio”. Restou clara, assim, a adesão do tribunal a uma posição que se dispõe (independente do resultado a que se chegue em cada caso) a avaliar a operação no seu todo, levando em conta as circunstâncias que compõem a causa concreta do negócio, e dessa forma medir o quão artificioso foi o caminho escolhido pelo contribuinte.

O contribuinte (empresa Josapar) que saiu perdedor na AC 2004.71.10.003965-9/RS interpôs recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, alegando que o acórdão recorrido violou o dispositivo do Código Civil que dispõe sobre os casos em que se configura simulação. Sua alegação foi a de que houve violação ao “art. 102 do CC/1916, pois a operação de incorporação realizada foi lícita e não representou simulação para evasão de tributos”.

De fato, caso se utilize o conceito restritivo e tradicional de simulação, que se recusa a ver determinado ato jurídico no contexto amplo de toda uma estrutura negocial e econômica posta em prática em busca de certa finalidade concreta, o acórdão do TRF da 4ª Região pode ser visto como um caso de violação aos dispositivos do Código Civil que regulam o instituto jurídico da simulação.

Por isso mesmo o veredicto do STJ nesse processo específico era muito esperado tanto pelo fisco quanto pelos contribuintes em geral, pois, conforme o art. 105 da Constituição Federal de 1988, cabe exatamente ao STJ a função de uniformizar a interpretação da legislação federal – no caso concreto, a legislação que dispõe sobre o conceito de simulação.

Do ponto de vista estritamente processual, a 2ª Turma do STJ se recusou a entrar no mérito da ocorrência de violação do acórdão do TRF ao art. 102 do Código Civil, alegando que para entrar nesse mérito teria que proceder à “análise de todo o arcabouço fático apreciado pelo Tribunal de origem e adotado no acórdão recorrido, o que é inviável em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ”. A nosso ver, essa razão processual dada para o não conhecimento do recurso não procede, pois o contribuinte não pedia em seu recurso especial que o STJ revisse algum aspecto estritamente fático quanto às provas produzidas e valoradas nas instâncias inferiores. O que o contribuinte requeria é que o STJ decidisse se estava ou não acorde com o art. 102 do

CC a maneira pela qual o TRF interpretou e aplicou o instituto da simulação. Portanto, é manifestamente errônea a assertiva do Relator do acórdão do STJ segundo a qual “não há controvérsia quanto à legislação federal”. Havia claramente uma controvérsia de mérito: tratava-se de duas posições antagônicas (a do recorrente e a do acórdão recorrido) sobre o conteúdo do conceito jurídico de simulação.

A 2ª Turma do STJ, no caso concreto, confundiu o pleito de reexame fático de provas levadas em conta no acórdão recorrido (vedado no âmbito do recurso especial) com o pleito – perfeitamente cabível e mesmo natural no âmbito do recurso especial – de nova valoração jurídica de fatos incontroversos estabelecidos nas instâncias inferiores.

Se do ponto de vista processual o STJ se recusou indevidamente a enfrentar o mérito da questão, o fato é que, de um ponto de vista pragmático, o acórdão do STJ pareceu apoiar a postura interpretativa do TRF da 4ª Região. O seguinte parágrafo, contido no voto do Relator Ministro Herman Benjamin, indica que implicitamente o STJ concordou com a valoração jurídica efetuada pelo TRF da 4ª Região, ou seja, com a maneira causalista pela qual o acórdão recorrido concebeu e aplicou ao caso concreto o instituto da simulação:

“Assim, para chegar à conclusão de que houve simulação, o Tribunal de origem apreciou cuidadosa e aprofundadamente os balanços e demonstrativos de Supremo e Suprarroz [empresas envolvidas na incorporação], a configuração societária superveniente, a composição do conselho de administração, as operações comerciais realizadas pela empresa resultante da incorporação. Concluiu, peremptoriamente, pela ‘inviabilidade econômica da operação’ simulada” (fl.1.133, verso).

A empresa recorrente defendia em seu recurso especial que o conceito de simula-

ção agasalhado no Código Civil só permite avaliar isoladamente cada ato jurídico, e não consente com que se leve em consideração aspectos como a situação dos balanços contábeis, a configuração societária superveniente à incorporação, a mudança na composição do Conselho de Administração etc. Ora, se o TRF da 4ª Região decidiu com base exatamente nesses aspectos, e o STJ considerou que ocorreu no acórdão recorrido uma apreciação *cuidadosa e aprofundada* de determinados fatos que apontavam a “inviabilidade econômica da operação”, então houve implicitamente a emissão de um juízo por parte do STJ, segundo o qual o conceito de simulação deve sim ser sensível a tais ordens de fatos e circunstâncias, ao contrário do que sustentava a tese de mérito do recurso especial do contribuinte.

Relembre-se que o que o contribuinte sustentava é que a simulação (definida como divergência entre a *vontade interna* e a *vontade manifesta*) só ocorre se as partes de um negócio jurídico enganam, ocultam, iludem ou dificultam a autuação fiscal, tal como se dá nos casos clássicos de simulação presentes na doutrina tradicional: compra e venda em que na verdade não há pagamento do preço (simulação para fugir ao imposto sobre doações), compra e venda com preço declarado inferior ao efetivamente pago (simulação para fugir ao imposto de renda sobre o ganho de capital), contrato de prestação de serviços sem que tenha havido prestação efetiva nem pagamento do preço (simulação para lastrear dedução de despesas na base de cálculo do imposto de renda).

Mas o acórdão do STJ afirmou que “não se trata de discutir a regularidade formal da incorporação, como faz a recorrente”, e reconheceu que o TRF levou em conta diversos aspectos contábeis, operacionais e societários para afirmar que foi a empresa incorporada que “de fato” incorporou a pretensa empresa incorporadora. Ao invés de levar em conta os *topoi* do conceito tradicional de simulação, tais como falsidade,

ocultação e divergência entre vontade real e declarada, o STJ preferiu relacionar o tema da simulação com a constatação do artificialismo da concatenação negocial e com a “inviabilidade econômica da operação”. Ao decidir, nesses termos, pela manutenção do acórdão proferido pelo Tribunal de origem, o STJ corroborou o *conceito causalista* de simulação adotado pelo TRF da 4ª Região, considerando como válida a solução interpretativa e aplicativa de buscar a verdadeira *causa concreta* de atos e negócios jurídicos artificiosos postos em prática pelos contribuintes e terceiros, e verificar suas possíveis incompatibilidades com a causa típica em função da qual o ordenamento concebeu e regulou referidos atos e negócios jurídicos.

Em suma: atualmente a jurisprudência brasileira (administrativa e judicial) combate os planejamentos tributários tidos por abusivos com a aplicação de um conceito amplo e causalista de simulação, conceito esse que exerce, do ponto de vista pragmático, o papel de norma geral antielusão do ordenamento. Portanto, ainda que os procedimentos para aplicação do art. 116, parágrafo único, do CTN não tenham sido até o presente momento definidos pelo legislador, os objetivos que esse mesmo legislador perseguia com a criação de referida norma são atualmente alcançados, ainda que por uma via distinta.

5. À guisa de conclusão: sugestão de alterações legislativas no ordenamento brasileiro

As propostas que ora fazemos não se dirigem a viabilizar o funcionamento prático de uma norma geral antielusão no Brasil, pois em nossa jurisprudência já há uma norma geral em funcionamento, como se viu na seção anterior.

A primeira questão que se deve enfrentar é se é ou não recomendável combater os planejamentos tributários abusivos de um modo distinto do atual, com uma

norma geral distinta da que atualmente é reconhecida pela jurisprudência brasileira. Nossa opinião é que é recomendável essa mudança, pois o atual sistema, ainda que não chegue a ser inconstitucional, gera uma carga excessiva e desnecessária de insegurança.

São dois os principais problemas do sistema atual. Em primeiro lugar, um mesmo instituto jurídico – a simulação – é utilizado para combater situações bem distintas do ponto de vista fiscal: os casos de sonegação/defraudação e os casos de elusão. Pensamos que esses dois grupos de possíveis condutas do contribuinte devem ter um tratamento claramente distinto por parte do ordenamento. Com o sistema atual, ora os planejamentos tidos por abusivos são equiparados a atos de sonegação e sofrem imposição de pesadas multas administrativas, ora são vistos como um tipo distinto de simulação e, portanto, se veem livres de multas agravadas, sem que exista um claro e racional discurso aplicativo que permita distinguir as razões que levam a uma ou outra solução. Em segundo lugar, atualmente a desconsideração administrativa de atos e negócios jurídicos é feita sem respeitar um procedimento que garanta que o contribuinte possa, antes de se tomar a decisão por desconsiderar ou não os seus atos, conhecer os fatos que levam a autoridade fiscal a considerar que seu planejamento é abusivo e produzir os argumentos e provas que considere pertinentes. Vale dizer: atualmente os objetivos do art. 116, parágrafo único, do CTN (combate dos planejamentos com abuso de forma jurídica) vêm sendo perseguidos, sem que as garantias procedimentais para a aplicação da norma sejam oferecidas ao contribuinte.

Aceita a premissa de que se deve alterar a via pela qual atualmente se combate a elusão, a primeira questão que se coloca é: deve ser alterada a redação do próprio art. 116, parágrafo único, do CTN por meio de uma lei complementar, ou deve ser simplesmente disciplinado por lei ordinária o

regime dos procedimentos para aplicação da norma?

Pensamos que a própria redação do art. 116, parágrafo único, deve ser alterada, de modo a introduzir no texto legal referências mais claras e concretas aos critérios com base nos quais a autoridade administrativa poderá promover a desconsideração de atos e negócios jurídicos. Esses critérios podem perfeitamente ser os utilizados pelas normas portuguesa, espanhola e alemã, ou seja, os critérios de notória artificiosidade e de inexistência de efeitos econômicos ou jurídicos relevantes, distintos da economia de tributos e distintos dos efeitos derivados de uma formalização jurídica não abusiva dos propósitos práticos buscados pelas partes.

A introdução desses critérios no próprio texto do art. 116, parágrafo único, do CTN teria resultados muito positivos. Em primeiro lugar, acabaria com a ambiguidade quanto ao sentido do verbo “dissimular” utilizado pela norma. Em segundo lugar, daria à Administração e à jurisprudência uma orientação mais concreta sobre como se devem estabelecer os limites entre o planejamento artificioso/abusivo e o planejamento lícito, diminuindo sensivelmente o risco de que cada autoridade administrativa ou cada tribunal administrativo ou judicial interprete e aplique de forma radicalmente distinta a norma geral antielusão.

Essa definição dos critérios com base nos quais a autoridade administrativa poderá promover a desconsideração de atos e negócios jurídicos deve também ser acompanhada por uma norma legal que defina que, na presença desses critérios, afasta-se a qualificação de simulação, sob pena de continuar operando a atual norma geral antielusão representada pelo conceito amplo e causalista de simulação.

Alterada a redação do art. 116, parágrafo único, do CTN no sentido acima proposto, coloca-se a questão de como regular os procedimentos para aplicação da norma. Nesse particular, pensamos que os procedimentos estabelecidos nos arts. 15 a

19 da Medida Provisória 66/2002 são bastante satisfatórios, visto que asseguram ao contribuinte a oportunidade de conhecer os fatos com base nos quais o servidor pensa estar configurada a elusão, e sobre esses fatos poder produzir provas e argumentos antes que a decisão pela desconsideração esteja tomada (art. 16, §§ 1º e 2º, da MP 66). Além disso, os procedimentos aí previstos exigem que tanto a representação do servidor (art. 16, § 3º) quanto a decisão da autoridade superior que eventualmente decidir pela desconsideração (art. 17, § 1º) sejam racionalmente fundamentadas, com a exigência de expressa especificação dos atos ou negócios praticados, dos elementos ou fatos caracterizadores de que os atos ou negócios jurídicos teriam sido praticados com abuso, dos atos ou negócios equivalentes aos praticados, e do resultado tributário produzido pela adoção dos atos ou negócios equivalentes.

Ainda com relação a esses procedimentos, consideramos que não se deve optar por reservar a uma comissão de expertos ou de autoridades centrais da administração tributária a decisão por desconsiderar ou não os atos e negócios praticados com abuso. A experiência espanhola demonstra que tornar o procedimento de desconsideração demasiado específico, e fazê-lo depender do funcionamento de uma Comissão centralizada tem o efeito de aumentar consideravelmente o risco de a norma geral antielusão simplesmente não sair do papel.

Marco Aurelio Greco (2011) propõe que o art. 116, parágrafo único, do CTN seja aplicado com base no parecer de uma comissão formada paritariamente por membros da administração e da sociedade civil. O propósito dessa proposta é de fato elogiável: trazer legitimidade e mais abertura valorativa para a aplicação do dispositivo. Contudo, não vemos na norma geral antiabuso uma natureza assim tão distinta das demais cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados que

existem há tempos na legislação tributária²³, que a administração aplica de ofício e com sujeição ao controle posterior dos conselhos de contribuintes e do poder judiciário. A paridade entre membros da administração e da sociedade civil já está garantida no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, ao qual o contribuinte poderá recorrer em caso de considerar que a aplicação do dispositivo não se deu de acordo com o ordenamento jurídico em vigor.

Quanto à aplicação de sanções aos casos de elusão, consideramos que a cominação de multas administrativas para os casos de elusão pode apresentar dúvidas de constitucionalidade, pois o pressuposto de fato de normas sancionatórias deve ser desenhado com o máximo de precisão conceitual, e os limites conceituais do planejamento tributário abusivo apresentam um grau de indeterminação que podem ser vistos como incompatíveis com o chamado princípio sancionatório da *lex certa* (GODOI, 2005, p. 243-245).

Por fim, consideramos que a definição dos elementos conceituais, dos procedimentos e das consequências da aplicação da norma geral antielusão deve ser acompanhada do estabelecimento, pela lei, de um dever de informação detalhada sobre os atos de planejamento tributário, independentemente de sua qualificação como lícitos ou abusivos. Trata-se de obrigar os sujeitos passivos que implementem operações de planejamento tributário cuja economia alcançada supere determinada quantia

²³ Ao contrário de Marco Aurelio Greco (2011), não vemos na norma geral do art. 116, parágrafo único, do CTN uma manifestação de eficácia positiva do princípio de capacidade contributiva, que permitiria ao aplicador corrigir uma situação anti-isonômica e submeter determinada conduta à tributação, mesmo reconhecendo não ter ocorrido o fato gerador do tributo, nem ter agido o contribuinte com fraude à lei ou abuso do direito. Em nossa opinião, o art. 116, parágrafo único, do CTN é a via pela qual a Administração pode desconsiderar atos ou negócios jurídicos em que há fraude à lei ou abuso do direito, conceitos jurídicos presentes nas normas gerais antiabuso contidas no ordenamento da generalidade dos países desenvolvidos.

a informar à Administração, de maneira detalhada e no mesmo exercício fiscal em que as operações tenham sido praticadas, quais foram os atos societários e comerciais que compuseram o planejamento, seja no Brasil ou no exterior.

Esses deveres de ampla e detalhada informação já existem sob diversas modalidades na legislação de alguns países, e recentemente foram objeto de um estudo específico do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE (2011). Com a existência desses deveres de informação, acompanhada da previsão de sanções administrativas para os sujeitos passivos que não os cumprirem, somente estariam livres de multas administrativas as situações de elusão fiscal em que o contribuinte tenha informado detalhada e tempestivamente sobre as operações comerciais e societárias por meio das quais engendrou seu planejamento tributário.

Com efeito, no sistema atual, é uma meia verdade a afirmação de que nos casos de planejamento tributário não simulado – seja lícito, seja com abuso de formas jurídicas – os contribuintes nada ocultam nem escondem da Administração. No sistema atual, os contribuintes que põem em prática complexas e sofisticadas operações de planejamento tributário – quase sempre com atos e negócios praticados também no exterior – têm somente o dever de fazer refletir tais operações em suas demonstrações financeiras e em suas declarações, como a do imposto sobre a renda. Contudo, isso está muito longe de um efetivo dever de propiciar à Administração o conhecimento do contexto global dos planejamentos tributários. Com isso, os contribuintes que realizam sofisticados planejamentos tributários internacionais se beneficiam da considerável probabilidade de que a fiscalização tributária não consiga, dentro do prazo de decadência, tomar conhecimento das operações praticadas, nem do nexó existente entre elas.

O estabelecimento desses amplos deveres de informação sobre os planejamentos

tributários postos em prática pelos contribuintes não incidiria na definição das hipóteses em que um planejamento tributário se considera abusivo ou não. Poderia ocorrer, por exemplo, que um contribuinte providenciasse o envio das informações sobre determinado planejamento e a Administração, considerando o caso como um planejamento lícito, nada tivesse que lançar.

Em suma, com as propostas de previsão legislativa de critérios substantivos para identificação dos casos de aplicação do art. 116, § 1º, do CTN e de criação de deveres de informação detalhada sobre os planejamentos tributários realizados, consideramos que haveria sensíveis melhoras no que diz respeito ao grau de transparência, justiça e segurança jurídica do sistema de combate aos planejamentos tributários abusivos.

Referências

- ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- AGUALLO AVILÉS, Ángel; PÉREZ ROYO, Fernando. *Comentarios a la Reforma de la Ley General Tributaria*. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan et al (Coord.). *Tratado sobre la Ley General Tributaria*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010. v. 1.
- ATALIBA, Geraldo. *Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
- _____. *Interpretação no Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- BALEEIRO, Aliomar. O Código Tributário Nacional, segundo a correspondência de Rubens Gomes de Sousa. In: BALEEIRO, Aliomar et al. *Proposições tributárias*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975. p. 5-33.
- BALLARD, Richard M; DAVISON, Paul E.M. Branch Report: United Kingdom. In: INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION (IFA). *Form and substance in tax law. Cahiers de Droit Fiscal International*, 2002, Oslo. Haia: Kluwer, 2002. v. 87a. p.569-590.

- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus, 1998.
- _____. *Carnaval Tributário*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.
- BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. v. 2.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madri: Civitas, 1985.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto. *La causa del contrato*. Bolonha: Del Real Colegio de España, 1998.
- COURINHA, Gustavo Lopes. *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*. Coimbra: Almedina, 2004.
- DELGADO PACHECO, Abelardo. *Las normas anti-elusión en la Jurisprudencia Tributaria Española*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2004.
- DI PIETRO, Adriano (Coord.). *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*. Milano: Giuffrè, 1999.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. São Paulo: LAEL, 1971.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Tributário*. 4. ed. Rio: Forense, 1993.
- _____. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6. ed. Rio: Forense, 1995.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón. El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción. *Revista Técnica Tributaria*, Madri, n. 31, p. 55-73, 1995.
- FERRARA, Francesco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Campinas: Red Livros, 1999.
- FROMMEL, Stefan N. United Kingdon tax law and and abuse of rights. *Intertax*, Amsterdam, n. 2, p. 54-81, 1991.
- GARCÍA BERRO, Florián. Sobre los modos de enfrentar la elusión tributaria y sobre la jurisprudencia tributaria en materia de simulación. *Revista Española de Derecho Financiero*, Madri, n. 145, 2010.
- GARCÍA NOVOA, Cesar. *La cláusula antielusión en la nueva LGT*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GODOI, Marciano Seabra de. A figura da fraude à lei tributária prevista no parágrafo único do art.116 do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 68, p. 101-123, 2001.
- _____. A figura da fraude à lei tributária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 79, 2002. p. 75-85.
- _____. *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias*. Madri: Instituto de Estudios Fiscales, 2005.
- _____. Uma proposta de compreensão e controle dos limites da elisão fiscal no direito brasileiro: estudo de casos. In: YAMASHITA, Douglas (Org.). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. São Paulo: Lex, 2007a. p. 237-288.
- _____. Dois conceitos de simulação e suas conseqüências para os limites da elisão fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2007b. v. 11.
- _____; SALIBA, Luciana Ferreira Goulart. Interpretação e aplicação da Lei Tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Interpretação e aplicação da Lei Tributária*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 268-293.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- GRECO, Marco Aurelio. *Planejamento fiscal e interpretação da Lei Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.
- _____. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2011.
- GUSTAFSON, Charles H. The politics and practicalities of checking tax avoidance in the United States. In: COOPER, Graeme S. (Dir.). *Tax Avoidance and the Rule of Law*. Amsterdam: IBFD, 1997. p. 349-376.
- HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Juan Manuel. La conformación artificiosa de la realidad en el ámbito tributario: ¿por qué lo llamamos conflicto cuando queremos decir fraude? *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Cizur Menor, n. 593, p. 1111-1133, 2003.
- HERRERO MADARIAGA, Juan. El fraude a la ley como elusión ilícita de los tributos. *Revista Española de Derecho Financiero*, Madri, n. 10, p. 319-334, 1976.
- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION (IFA). Évasion fiscale: fraude fiscale. *Cahiers de Droit Fiscal International*, 1983, Veneza. Haia: Kluwer, 1983. v. 68a.
- _____. Form and substance in tax law. *Cahiers de Droit Fiscal International*, 2002, Oslo. Haia: Kluwer, 2002. v. 87a.
- LARRAZ, José. *Metodología Aplicativa del Derecho Tributario*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1952.
- LUPO, Antonello. Branch Report: Italia. In: INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION (IFA). Form and substance in tax law. *Cahiers de Droit Fiscal International*, 2002, Oslo. Haia: Kluwer, 2002. v. 87a. p.357-377.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Elisão e evasão fiscal: caderno de Pesquisas Tributárias*. São Paulo: Resenha Tributária, 1988. v. 13.

_____. *Direitos Fundamentais do Contribuinte*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária: Revista dos Tribunais, 2000.

ALVES, José Carlos Moreira. Abuso de formas, abuso de direito, dolo, negócios jurídicos simulados, fraude à lei, negócio indireto e dissimulação. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE ELISÃO FISCAL. *Anais...* Brasília: ESAF, 2001. p. 62-77.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORELLO, Umberto. Il problema della frode alla legge nel Diritto tributario. *Diritto e Pratica Tributaria*, Pádua, n. 1, p. 8-41, 1991.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. *A interpretação econômica no Direito Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1982.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Da interpretação e da aplicação das Leis Tributárias*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

_____. *Curso de Direito Tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure*. Paris: OCED, 2011.

PALAO TABOADA, Carlos. El fraude a la ley en Derecho Tributario. *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Madri, n. 63, p. 677-695, 1966.

_____. Notas a la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria (II). *Revista de Contabilidad y Tributación*, Madri, n. 155, p. 3-20, 1996.

_____. Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria. *Crónica Tributaria*, Madri, n. 98, p. 127-139, 2001.

_____. Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales. *Revista de Contabilidad y Tributación*, Madri, n. 235, p. 63-110, 2002.

_____. *Los instrumentos normativos contra la elusión fiscal: la Semana de Estudios de Derecho Financiero*. Madri: Instituto de Estudios Fiscales, 2006.

_____. *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*. Valladolid: Lex Nova, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PÉREZ ROYO, Fernando. La Doctrina de los Lores sobre la elusión fiscal: examen de casos recientes. *Quincena Fiscal*, Madri, n. 10, p. 1-28, 2005.

_____. *Derecho Financiero y Tributario*: parte general. 21. ed. Cizur Menor: Civitas, 2011.

PISTONE, Pasquale. *Abuso del Diritto ed elusione fiscale*. Pádua: CEDAM, 1995.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *El fraude a la ley tributaria a examen*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006.

RUIZ ALMENDRAL, Violeta; ZORNOZA PÉREZ, Juan. Interpretación, calificación, integración y medidas anti-elusión en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. In: ZORNOZA PÉREZ, Juan (Dir.). *La reforma de la Ley General Tributaria*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005. p. 11-84. (Colección Estudios de Derecho Judicial, 57).

SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. *Notas de Derecho Financiero*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1966. v. 2.

SALDANHA SANCHES, J.L. *Os limites do planeamento fiscal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

SANZ GADEA, Eduardo. *Medidas antielusión fiscal*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2009.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954.

SOUSA, Rubens Gomes. Normas de interpretação no Código Tributário Nacional. In: ATALIBA, Geraldo et al. *Interpretação no Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1975.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. 5. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

TORRES, Heleno. *Direito Tributário e Direito Privado*: autonomia privada, simulação, Elusão Tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do Direito Tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. Elisão abusiva e simulação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho de Contribuintes. In: YAMASHITA, Douglas (Coord.). *Planejamento tributário à luz da jurisprudência*. São Paulo: Lex, 2007. p. 330-350.

VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. 3. ed. Haia: Kluwer Law International, 1997.

XAVIER, Alberto. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001.

ZIMMER, Frederik. General Report. In: INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION (IFA). *Form and*

substance in tax law. *Cahiers de Droit Fiscal International*, 2002, Oslo. Haia: Kluwer, 2002. v.87a. p. 21-67.

ZORNOZA PÉREZ, Juan. La simulación en Derecho tributario. In: ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan

et al (Dir.). *Tratado sobre la Ley General Tributaria*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson, 2010. v. 1. p. 553-579.

Direito de Águas

Arranjo jurídico-institucional, política e gestão

Erivaldo Moreira Barbosa e
Maria de Fátima Nóbrega Barbosa

Sumário

1. Introdução. 2. Constituição federal e águas. 3. Infraconstitucionalidade (Lei de Águas nº 9.433/97): paradigmas e racionalidade. 4. Infraconstitucionalidade (Lei de Águas nº 9.433/97): instrumentos, dissensos e consensos. 5. Infraconstitucionalidade (Lei de Águas nº 9.433/97): escassez e inclusão social. 6. Considerações finais.

1. Introdução

O Direito de Águas, denominado de *direito emergente*, é um ramo do Direito Público que vem ascendendo rumo ao processo de autonomia didática, legislativa e jurídica. Nas últimas décadas do século XX, ganhou musculatura com a nova Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH, e a Instituição do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SNGRH.

Diante da importância despontada pelo novel ramo jurídico, *objetiva-se* traçar um panorama reflexivo do Direito de Águas do Brasil em suas relações com o recente arranjo jurídico-institucional implementado, permeado por articulações políticas, visando ao alcance de uma gestão sustentável.

A investigação epistemológica em curso, em face de critérios metodológicos na delimitação do tema, secciona o processo histórico-jurídico do Direito de Águas e adota como marcos temporais a promulgação da Constituição da República de 1988 e a Reforma do Estado Brasileiro de

Erivaldo Moreira Barbosa é doutor em Recursos Naturais pela UFCG/PPGRN. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB/CCJ. Pós-Doutor em Educação pela UFPB/PPGE. Professor e Orientador do (Doutorado, Mestrado, Especialização e Graduação) da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG/PPGRN) e do DINTER/UFCG-IFRN.

Maria de Fátima Nóbrega Barbosa é doutora em Recursos Naturais pela UFCG/PPGRN. Professora da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG/CCJS/UACC. Pesquisadora.

1995, como sendo início de processos de mudanças do arranjo jurídico-institucional hídrico nacional.

Após o exposto das mutações ocorridas, decompõe-se esse Direito e analisam-se as componentes estruturais desse arranjo institucional, por meio do *método hermenêutico-sistêmico* (BARBOSA, 2010). Assim, os paradigmas; o princípio da racionalidade do uso da água; os fundamentos e o instrumento da cobrança pelo uso da água da PNRH; as agências de água e os comitês de bacia hidrográfica do SNGRH; bem como a escassez e a inclusão social, necessariamente, desvelam-se em dimensões relevantes no cenário do Estado e da sociedade brasileira.

À guisa de abertura investigativa, adverte-se que a *água doce, direito fundamental da pessoa humana*, jamais deve ser desconsiderada pelo Direito, pela política e pelo Estado.

2. Constituição federal e águas

Antes da promulgação da Carta *Mater*/88, vigia no Brasil um Direito de Águas disciplinado pelo denominado Código de Águas de 1934 (BRASIL, 1934). O Texto *Mater* vigente modificou profundamente o rumo da PNRH pátria, na medida em que *derrogou* o Código de Águas, uma vez que as águas particulares previstas nesse diploma legal foram expurgadas do ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, em conformidade com o Diploma *Excelsior* de 1988, não mais existem águas particulares. As águas, hodiernamente, são federais, estaduais ou, ainda, distritais. A melhor argumentação obriga que se mostre o artigo 20, abarcador da extinção das águas particulares. Assim, a C. F. expõe que são bens da União: lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais (art. 20, III).

Observa-se que as águas doces contidas nos lagos, rios, águas fluentes pertencentes em terrenos de titularidade da *União*, além das águas fronteiriças que perpassem ao menos por dois Estados-Membros, ou então as águas que saiam do Brasil para outros países contíguos ou migrem de países vizinhos e adentrem o território pátrio tornam-se, em face do mandamento constitucional, *águas federais*. O art. 26, inciso I, prevê ainda que as águas internas, ou seja, decorrentes de obras da União também se tornem águas federais, pertencentes então à União.

No que tange aos *Estados-Membros*, são suas as águas superficiais e subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósitos que nasçam e deságuem no próprio território. (art. 26, *caput*, primeira parte). A doutrina as denomina de *águas estaduais*. Pautadas na analogia, as águas que estiverem nas condições similares a essas descritas do art. 26, e emergirem e desagüarem no *Distrito Federal* serão, pois, grafadas com a expressão *águas distritais*.

Quanto às Competências Constitucionais, somente a União e os Estados gozam do direito de legislar sobre as águas. A *União* usufrui da permissão de *criar e legislar* sobre o direito de águas e os *Estados-Membros* absorvem o poderio de *legislar* acerca da *administração* (gestão) das *águas* sob o seu domínio (POMPEU, 2006, p. 47).

É forçoso informar que os *Municípios não possuem o domínio ou titularidade das águas*. Tão somente a esses são permitidos o direito de uso das águas doces e o poder-dever de zelar por esses recursos naturais, preservando-os e evitando que determinadas pessoas físicas ou jurídicas pratiquem atos contributivos à degradação e à poluição das águas que fluem por seu espaço terrestre.

A Constituição Federal como Diploma vetor, apesar de se preocupar com os recursos hídricos, não alçou as águas ao Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, como reza a boa doutrina. Caso assim procedesse, elencaria a água na esfera dos Direitos Sociais, incorporada no art. 6º.

A Proposta de Emenda Constitucional – PEC¹ – de inclusão da água como Direito Fundamental é um porvir que tecnicamente vem desempenhando formalidades; todavia, os entraves ideológicos políticos vêm retardando a aprovação e inserção da PEC no bojo constitucional. Ausculte-se que se o Texto erigir a água a esse plano, a mesma se positivar e ganhará fortalecimento, obrigando gestores, empresas, pessoas jurídicas e físicas aos seus comandos. Em síntese, todas as pessoas do Brasil, sem exceção, teriam, a partir da sua vigência, o direito de acesso à água potável, condição *sine qua non* à vida digna.

A Carta *Excelsior*, em outro compartimento, grafou que fosse instituído um sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, bem como se definissem critérios de outorga de direitos de uso (art. 20, XIX). Destarte, essa regulamentação se deu com o advento da Lei de Águas nº 9.433/97, instituidora da PNRH e criação do SNGRH.

O processo de regulamentação da C.F./88 ocorreu no calor da Reforma do Estado Brasileiro em meados dos anos 90, do século XX. Assim, adverte Pereira (2002) que a tese fundamental desse novo modelo de gerenciar o Estado permite aos administradores públicos intervirem em cenários ambientais com maior eficiência. Essa reforma amparou-se, em princípio, no documento básico o *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado* (1995), formulado em 1995, contendo diretrizes para a implementação da nova forma de gerir o Estado. Assim, arremata que essa reforma estatal vem sendo sustentada por três pilares fundamentais: legal, institucional e cultural. Em resumo, Pereira (1998) diz que é legal, por pautar-se em textos normativos; é institucional, uma vez que se centra em instituições públicas, mas não estatais, tais como, agências reguladoras; e cultural, pois

¹ Ver Proposta de Emenda Constitucional – PEC – que define a água como Direito Fundamental, em tramitação no Congresso Nacional, especificamente, nesse momento, no Senado Federal.

busca promover novas ideias e desconstruir valores tradicionais.

Nesse período, o país passou por várias transições que marcaram o desenvolvimento dos recursos hídricos e o meio ambiente no Brasil e a nível internacional (TUCCI, 2005, p. 81). O Direito de Águas pátrio sofreu o influxo das mudanças e incorporou, em seu texto hídrico regulamentador da C.F./88, instituições planejadas nessa concepção reformadora. Um exemplo nítido é a Agência Nacional de Águas – ANA – criada pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, com atribuições de implementar a PNRH e coordenar o SNGRH (BRASIL, 2000).

3. *Infraconstitucionalidade (Lei de Águas nº 9.433/97): paradigmas e racionalidade*

No Brasil, as águas doces são disciplinadas por dois comandos de grande magnitude jurídica: a Carta Federal e a Lei de Águas. As linhas disciplinares gerais foram ditadas no Texto *Mater*/88, e sua PNRH combinada com o SNGRH foram detalhadas pela Lei de Águas 9.433/97 que decompõe o assunto hídrico de forma estrutural e sistemático.

A lei infraconstitucional em debate formatou um novo arranjo jurídico-institucional que imprime mudanças no paradigma das águas e um reordenamento de atribuições aos atores sociais (Poder Público, usuários e sociedade civil organizada).

O *paradigma* de abundância da água, apesar de ainda vigorar em nosso país, não tem mais a permissão legal para se estabelecer em nossos limites territoriais, uma vez que a Lei nº 9.433/97 adicionou determinados *fundamentos*² que impõem

² Lei de Águas, nº 9.433/97, art. 1º, Dos Fundamentos: a água bem de domínio público; a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da PNRH e Atuação do SNGRH, e a gestão dos

mudanças culturais nos comportamentos dos diversos atores. Afora os fundamentos, um princípio que jamais deve ser descuidado intitula-se de *princípio racional das águas*.

Racionalidade hídrica significa dizer que não se devem usar as águas em abundância, com desperdício, de forma imoderada. As águas, muito embora sejam recursos naturais renováveis, são finitas e, portanto, devem obrigatoriamente ser utilizadas com parcimônia e muita reserva.

No cenário contemporâneo pátrio, as campanhas de esclarecimentos procedidas na mídia ainda não surtiram o efeito desejado, talvez porque as poucas vezes que os noticiários foram veiculados vieram ausentes dos princípios norteadores da educação ambiental, listados inicialmente no plano geral na Constituição no art. 25, § 1º, que afirma: incumbe ao Poder Público promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. Ora, planejar e ensinar uma temática de tamanha complexidade requer: 1. Comprometimento educacional dos poderes federal, estaduais, municipais, distritais. 2. Articulação desses atores por meio do princípio federativo. 3. Simetria e não sobreposições de atribuições, funções e ações entre os atores que compõem o sistema federativo. 4. Mecanismos de controle eficazes e eficientes. 5. Engajamento de ONGs ambientais/educacionais e outros setores da sociedade civil organizada.

O princípio da racionalidade das águas alcança uma área extensa de atuação, isto porque incorpora, em seu interior, o uso, a preservação e o consumo de forma sustentável. É um princípio não captado em sua essência por Estado e sociedade, apregoa-se em quase todos os discursos e já descamba ao campo da banalidade. O princípio racional não nos permite acreditar que os procedimentos tecnológicos são ilimitados

recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades (BRASIL, 1997).

e conseguem debelar os processos complexos de poluição, degradação e deterioração dos recursos naturais, especificamente, das águas. Ainda que conseguisse tal intento, os custos operacionais seriam por demais altos, tornando-os, assim, impraticáveis ao processo de gestão. Por outro lado, adicionar inovações tecnológicas de *per si* não é suficiente, mas é necessário ao alcance de uma gestão hídrica consistente.

Os processos de inovações tecnológicas na gestão de águas aumentam consideravelmente sua sinergia se forem utilizados em interação com o desenvolvimento de pesquisas epistemológicas das universidades e de investigações científicas dos institutos (TUNDISI, 2006, p. 34). Atente-se ao detalhe de que a tecnologia deverá ser sustentável, vista do prisma socioambiental.

O princípio da racionalidade desloca-se em múltiplas direções e alcança a moderna gestão ambiental e de águas, valendo-se da articulação de quatro instrumentos, a saber: I – os instrumentos tradicionais de Comando e Controle, próprios à operação centralizada no Aparelho de Estado; II – a construção de consensos sociais na definição de objetivos e no estabelecimento de planos de intervenção, o que exige modelos institucionais para a gestão compartilhada de responsabilidades; III – a esfera dos chamados instrumentos econômicos de gestão, cuja natureza de indução descentralizada do comportamento ambiental também implica arranjos institucionais de responsabilidades compartilhadas; e IV – o campo de mecanismos de adesão voluntária, geralmente baseados em certificações da qualidade dos processos e das formas de produção ambientalmente corretas, mais próprios ao espaço decisório dos agentes privados. Essas diferentes esferas de atuação, com suas respectivas vantagens e desvantagens, não são excludentes entre si. Os mecanismos devem atuar em conjunto para se alcançarem efeitos satisfatórios no processo de gestão das águas (LOBATO, 2004, p. 113).

Observe-se que o princípio da racionalidade paira sobre os modelos institucionais (tradicionais e modernos) ao exigir determinadas condutas éticas dos destinatários da norma hídrica. Mas qual seria essa ética? Infere-se que seja a ética comportamental do aceite da solidariedade e subsidiariedade que leva à permissão de responsabilidades compartilhadas entre os atores sociais. As posturas exigidas dos atores podem ser compreendidas na Teoria da Ação Comunicativa de Habermas (2003), na qual é proposta uma *racionalidade comunicativa*, que apesar dos conflitos e das contradições, rumo em direção ao consenso e à compreensão até o ápice do processo decisório. Desse modo, nada impede que essas formulações teóricas sejam efetivamente aplicadas em escala nacional da PNRH e do SNGRH. Entretanto, força-se dizer que ainda falta vontade política e consciência hídrico-ambiental para sua efetivação.

4. Infraconstitucionalidade (Lei de Águas nº 9.433/97): instrumentos, dissensos e consensos

Um fator importante no tocante às normas de recursos hídricos “se deve não à falta de leis, mas à sua implementação” (GRANZIERA, 2006, p. 109). Essa é uma frase curta com um raio de ação de longo alcance. O Brasil, que antes da C.F./88 e da Lei nº 9.433/97 se ressentia de um arcabouço jurídico hídrico que abordasse a água como um bem de domínio público, usos múltiplos, dotada de valor econômico, descentralizada e participativa, a partir dessas demarcações cronológicas não mais tem do que reclamar. Os *meios* já foram delineados no setor hídrico, iniciando-se com a Reforma do Estado e concluídos com a Carta e a Lei de Águas, faltando agora dar prosseguimento ao processo de gestão, o qual deverá ser efetivado com a adoção dos instrumentos da PNRH, de uma melhor articulação entre os atores sociais estatais e a exposição democrática do novo

arranjo institucional-hídrico à sociedade, em linguagem compreensível.

A PNRH contém ao menos um instrumento (a cobrança) que merece ser discutido em virtude de ser o mais polêmico, pois tem gerado diatribes entre os gestores, pesquisadores, membros de ONGs e demais atores sociais interessados na problemática.

A *cobrança pelo uso de recursos hídricos* é um instrumento previsto na Lei nº 9.433/97, art. 5º, inciso IV. Encontram-se os seus *objetivos* no art. 19, que busca: I – reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; e II – incentivar a racionalização do uso da água.

Ao estabelecer os objetivos da cobrança pelo uso da água a PNRH mostra, portanto, a novidade de permitir a cobrança de: 1. Água disponível no ambiente – água bruta – como fator de produção ou bem de consumo final; e 2. Água disponível no ambiente como receptor de resíduos – capacidade de assimilação de poluentes pela água (LANNA, 2003, p. 442). O argumento descrito é plausível e desmistificador da confusão propagada pelos detratores, uma vez que estes não diferenciam a cobrança de água bruta e água como efluentes da cobrança pelo uso de serviços de captação, tratamento e distribuição de água – serviços de abastecimento a usuários domésticos.

O princípio da racionalidade, já exposto em tópico *retro*, poderá ter a sua esfera de fruição elevada se o instrumento da cobrança for efetivamente alcançado? Responde-se de forma afirmativa, mas, condicionada. A efetividade desse instrumento de cobrança de *per si* pode garantir o pleno gozo do princípio da racionalidade, se esse mecanismo de cobrança funcionar com eficiência nos ecossistemas, daí inferir o uso das águas encetando-se como dimensão importante da PNRH.

No tocante ao SNGRH, ora vinculado ao Título II da Lei de Águas nº 9.433/97, *objetiva* coordenar a gestão integrada das águas; arbitrar administrativamente os con-

flitos relacionados com os recursos hídricos; implementar a PNRH, bem como planejar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação dos recursos hídricos, além de promover a cobrança pelo uso de recursos hídricos (BRASIL, 1997). Ademais, integram o SNGRH o Conselho Nacional de Recursos Hídricos; a ANA; os Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e Distrito Federal; os Comitês de Bacia Hidrográfica; os órgãos dos poderes públicos federal, estaduais, do Distrito Federal e municipais, cujas competências se relacionem com a gestão de recursos hídricos, além das Agências de Água.

Do exposto, ousa-se dizer que a ANA (BRASIL, 2000) e os Comitês de Bacia Hidrográfica são vistos como pontos de tensões em torno da gestão de águas. A ANA, parte integrante do SNGRH, é uma autarquia sob o regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a PNRH. Sua natureza autárquica é peculiar, na medida em que goza de privilégios em face da independência financeira, administrativa e na estabilidade dos seus dirigentes (MEIRELLES, 2006, p. 353).

A ANA se desdobra em três grandes pilares: normativo, administrativo e punitivo. Assim, essa Agência adquire uma robustez e, em determinadas situações, aparentemente se rivaliza com o Governo Federal. A rivalidade é aparente, pois as normas do Direito de Águas, Direito Administrativo e Direito Constitucional convivem harmonicamente e obstam que ocorram antinomias ou conflitos entre as diversas leis que perfazem o ordenamento jurídico pátrio.

A ANA desponta com sua originalidade e dinamismo, e muito embora não tenha ainda conseguido seu objetivo maior, qual seja a implementação da PNRH de forma cabal, tem desenvolvido ações contributivas ao movimento de articulação da harmonia do pacto federativo entre os atores

figurantes da gestão de águas. Entretanto, lhes falta incentivo político por parte do Poder Executivo Federal. Apregoa-se na mídia e nos fóruns políticos que a PNRH não se consubstancia por culpa exclusiva da ANA. Ora, pura falácia; se assim fosse, por que o Governo Federal não resolveu o problema da gestão hídrica antes da implementação do novo arranjo jurídico-institucional formatado entre 1988-1997? Atente-se que a ANA é somente uma das componentes da totalidade do SNGRH e suas atribuições dependem forçosamente de fluência das articulações entre a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios.

Na seara do Direito Administrativo Brasileiro - DAB - podem ocorrer duas situações circundantes nas Agências Reguladoras: 1. Realização de atividades econômicas; e 2. Prestação de serviços públicos (FILHO, 2006, p. 400). O nosso interesse concentra-se no tópico 2 (dois), uma vez que a ANA é uma autarquia especial que tem por função precípua atuar na prestação de serviço público em torno da água e em nome do *interesse público*. A prestação de serviços públicos é uma função administrativa de Estado, em face do mandamento constitucional no art. 175, o qual prevê essa modalidade. Essa prestação de serviços públicos tenciona atender melhor aos interesses da sociedade em áreas que jamais devem ficar adstritas à esfera privada, sob pena de parte da população, especificamente a menos aquinhoad economicamente, ficar desprovida desse bem vital para uma vida digna (OLIVEIRA, 2006, p. 115). O interesse público, em nenhuma hipótese, deve ser negligenciado. Sua preponderância é flagrante ante os interesses particulares. O Direito Privado contém normas de interesses individuais e o direito público, normas de interesse público (DI PIETRO, 2000, p. 68). Em resumo, a ANA, ao desempenhar as funções de prestação de serviços públicos, de forma cogente, deve reger-se sob o regime do Direito Público, em nome da supremacia do interesse público.

No tocante aos *comitês de bacia hidrográfica*, sem receio, apreende-se que esse integrante do SNGRH é componente moderno e relevante em nosso arranjo jurídico-institucional hídrico (BRASIL, 1997). É, pois, uma instituição do arranjo jurídico-institucional que suscita muitas controvérsias.

Os Comitês de Bacia Hidrográfica terão como *área de atuação*: I – a totalidade de uma bacia hidrográfica; II – sub-bacia hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia, ou de tributário desse tributário; ou III – grupo de bacias ou sub-bacias hidrográficas contíguas. Por sua vez, *competete* aos Comitês de Bacia Hidrográfica, no âmbito de sua área de atuação: I – promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes; II – arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos; III – aprovar o Plano de Recursos Hídricos da bacia; IV – acompanhar a execução do Plano de Recursos Hídricos da bacia e sugerir os valores a serem cobrados; VII – VETADO; VIII – VETADO; e IX – estabelecer critérios e promover o rateio de custo das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo. Frise-se, ainda, que das decisões dos Comitês de Bacia Hidrográfica caberá recurso ao Conselho Nacional ou aos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos, de acordo com sua esfera de competência (BRASIL, 1997)).

Do exposto, um *jushídrico*, ao interpretar o inciso I, advoga a tese de que o Comitê de Bacia Hidrográfica – CBH – tem múltiplas funções: de ordem política, de fomento de debates e de integração entre as entidades que possuem competências em matéria de recursos hídricos (CAUBET, 2005, p. 195). Talvez a principal função do CBH seja a de revestimento político. Atualmente, muitos CBHs vêm desempenhando atribuições que legalmente não lhes pertencem, uma vez que cabe ao Estado-Membro ou à União realizar determinadas tarefas da esfera organizacional.

A principal crítica que diariamente sofrem os CBHs se refere ao aparelhamento do Estado (leia-se: Governo Federal ou Governos Estaduais). Vários membros de ONGs e grupos de pesquisadores envolvidos com a questão advertem que a hipertrofia estatal tolhe ou reduz significativamente a participação dos outros dois atores (os usuários e a sociedade civil organizada) no debate, em suas fases de discussão e votação, além de se valer de métodos não éticos nos bastidores, com o escopo de ter seus interesses políticos aprovados no interior dos CBHs. Percebe-se que esse não é um debate simples, especificamente para o ator – Sociedade Civil Organizada –, pois o debate dessa forma apresenta-se assimétrico na correlação de forças. Uma possibilidade para os atores que se sentem inferiorizados politicamente no embate na esfera dos CBHs será o uso da rica dimensão política denominada largamente de empoderamento (*empowerment*), que permite uma organização mais coesa desses atores sociais; isso porque, ao se organizarem, ampliam sua sinergia política e, paralelamente, se fortalecem ante o poderio do Poder Público. Os CBHs centrados na Teoria da Ação Comunicativa (HABERMAS, 2003), a qual em seus detalhes comenta sobre a racionalidade comunicativa³, poderiam fornecer a base teórica no fortalecimento da ação do empoderamento mencionado.

Outro ponto importante dos CBHs trata da sua competência para aprovação do *Plano de Recursos Hídricos da bacia*⁴. O crítico perspicaz da PNRH e do SNGRH, Caubet (2003, p. 195), enaltece esse preceito e afirma que essa atribuição é uma das poucas prerrogativas do CBH que têm caráter efetivamente deliberativo. Assim, num Plano de Bacia deve figurar: um

³ Ver comentário em tópico *retro*.

⁴ Os Planos de Recursos Hídricos são dos seguintes tipos: 1. Plano de Bacia Hidrográfica. 2. Plano Estadual de Recursos Hídricos e Plano Nacional de Recursos Hídricos. Ver Lei de Águas nº 9.433/97, art. 8º (BRASIL, 1997).

diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos; uma análise de alternativas de crescimento demográfico, de evolução de atividades produtivas e de modificações dos padrões de ocupação do solo; o balanço entre disponibilidades e demandas futuras dos recursos, em quantidade e qualidade, com identificação de conflitos potenciais; as metas de racionalização de uso, aumento de quantidade e melhoria da qualidade dos recursos disponíveis; as medidas a serem tomadas, programas a serem desenvolvidos e projetos a serem implantados, para o atendimento das metas previstas; as prioridades para outorga de direitos de uso de recursos hídricos; as diretrizes e os critérios para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos e as propostas para a criação de áreas sujeitas à restrição de uso, com vistas à proteção dos recursos hídricos (BRASIL, 1997). Os Planos de Recursos Hídricos são planos diretores de longo prazo que visam a fundamentar e orientar a PNRH e o GNRH. Longe da redundância, são os CBHs que aprovam os planos de bacia.

Sobre o Plano Nacional de Recursos Hídricos, por ser um instrumento estratégico para a implementação da PNRH, deve ser revisado a cada quatro anos. Aprovado pelo Conselho Nacional em 2005 e sancionado em 2006, na atual redação o Plano é composto por quatro componentes, 13 programas e 30 subprogramas (COSTA, 2011, p. 14).

Ainda de acordo com os escritos de Costa (2011, p. 14), o Ministério do Meio Ambiente realizou oficinas regionais em várias regiões hidrográficas para a primeira revisão do Plano Nacional de Recursos Hídricos, com o escopo de integrar as prioridades, a definição de metas e os acordos sob as responsabilidades entre os representantes dos Estados.

Os Estados-Membros, por sua vez, já dispõem de *Planos Estaduais de Recursos Hídricos*, exceção seja feita a alguns Estados da região Norte, que ainda padecem de formulações e aprovações.

Em síntese, o Brasil se encontra aparelhado com os três tipos de Planos: a) Planos Hidrográficos de Bacia; b) Plano Nacional de Recursos Hídricos; e c) Planos Estaduais de Recursos Hídricos.

5. *Infraconstitucionalidade (Lei de Águas nº 9.433/97): escassez e inclusão social*

A ONU, durante a Conferência da Semana Mundial da Água (2011), divulgou que um investimento anual no setor hídrico de 0,16% do PIB mundial – o equivalente a 198 bilhões de dólares – poderia diminuir a escassez de água e reduzir pela metade o número de pessoas sem acesso à água potável e aos serviços de saneamento básico (ORGANIZAÇÃO..., 2011).

A escassez hídrica é menos um fenômeno natural e mais consequência de ações antrópicas. A escassez pode ser explicada pelos dois ângulos, mas uma coisa é certa: nas últimas décadas, o homem tem contribuído na quase totalidade com o processo de escassez das águas.

Sobre o assunto, a reconhecida pesquisadora canadense Barlow (2009, p. 17) informa que o mundo está ficando sem água e escreve que os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio da Organização das Nações Unidas – ONU – incluem reduzir pela metade a proporção de pessoas que vivem sem água potável não contaminada até 2015. Argumenta ainda que, embora a iniciativa seja interessante, os resultados esperados não vêm ocorrendo. Arremata, pois, em seus escritos, que, ao atuar em parceria com o Banco Mundial, a ONU promove um modelo de desenvolvimento insustentável, que crê na existência de águas para todos, sem atentar para os problemas da poluição.

No Brasil, o quadro da questão hídrica é peculiar, na medida em que o Nordeste apresenta um quadro deficitário em razão da quantidade de água disponível, enquanto que o Sul, apesar de dispor de uma quantidade satisfatória de água, fica

a desejar em seus aspectos qualitativos. O Norte, muito embora seja uma região que figura entre as de maiores taxas de disponibilidade hídrica, apresenta-se com problemas de infraestrutura que resultam em falta d'água em cidades de grande e médio porte. O Centro-Oeste, em face da grande escalada da produção de grãos, incorpora problemas de degradação e poluição de corpos d'água. O Sul, em menor proporção, também vem tendo falta d'água em determinados períodos de seca.

Interpreta-se que o panorama da escassez no Brasil não é localizado em regiões, tal como se apregoava em décadas anteriores, quando se discursava dizendo que escassez e/ou seca é problema do semiárido do país. Fica configurado que a escassez hídrica é um problema global, regional, nacional, estadual, municipal e local. Ademais, essa questão diz respeito ao Estado, à sociedade, às ONGs e a todos individualmente.

O problema da escassez ou falta d'água, inclusive, já vem gerando inúmeros conflitos alhures e aqui, em nossos limites geográficos. São conflitos internacionais; conflitos envolvendo pessoas físicas, conflitos inter e intrausuários; conflitos ocorrentes na esfera federal, estadual, municipal e distrital; conflitos nas empresas, entre outras modalidades de conflitos geradas pela escassez de água.

Um pesquisador da USP advoga a tese de que o principal fator que agrava a escassez de água doce na terra é o seu uso na esfera privada de maneira irresponsável com fins de acumulação de capital. Não há um reconhecimento de caráter público da água pelas camadas dominantes da sociedade "planetária" que estamos vivendo (RIBEIRO, 2008, p. 54). Ainda que alguns críticos mais moderados ou os defensores do mercado de água não concordem com essa argumentação em sua totalidade, não há de convir que o grande capital é responsável em larga escala pelo processo de escassez de águas nas últimas décadas. Porém, os Estados também têm sua parcela

de responsabilidade em casos de omissões. Aliás, até as pessoas físicas, ricas ou pobres, valendo-se do consumo insustentável, por impulso, vontade própria ou necessidade, também acabam impactando e aumentando o processo da escassez de água. A participação de cada ator social, entretanto, varia na magnitude escalar.

A Lei de Águas nº 9.433/97, art. 1º, no inciso III, grafa como *fundamento* da PNRH que, em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais. Vê-se que o legislador nesse preceito dá prioridade ao consumo de água doce aos seres humanos e aos animais. Por outro lado, a escassez de água é problema que ocorre anualmente no país, ora no Nordeste ora no Sul, às vezes no Sudeste, Centro-Oeste ou Norte! Inclusive o Governo Federal elabora diversos programas, planejamentos, planos e projetos com o fito de controlar esse problema (BRASIL, 2004b; 2004a). Apesar dos esforços estatais, o problema vem se alastrando em altas proporções.

É de suma importância observar o alargamento dos Objetivos da Lei de Águas, ao dizer que um dos objetivos da PNRH é a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais (art. 2º, III). Ora, o problema da escassez hídrica mostra-se presente nesse inciso de duas maneiras: 1ª) a escassez de água, ocasionada por processo natural, e 2ª) a escassez de água, ocorrente em face de ações antrópicas. A 2ª modalidade de escassez hídrica é a mais grave na contemporaneidade. No Brasil, essa escassez provocada pelo ser humano vem ocorrendo em diversos setores, tais como: agricultura, indústria, piscicultura, turismo, lazer, hidrelétrica e consumo doméstico.

Quanto à *inclusão social*, o Direito de Águas brasileiro verticalizado por intermédio da C.F./88 e da Lei de Águas, ao determinar que todas as águas são públicas, dá um passo preliminar, mas importante,

ao reconhecimento da água como direito fundamental da pessoa humana. Contudo, os procedimentos definitivos devem ser capitaneados pelo Governo e Congresso Nacional, ao promoverem a aprovação da PEC sobre o acesso à água potável, a qual atualmente se encontra em tramitação no Senado Federal.

Incluir pessoas desprovidas desse bem – social, econômico, político, jurídico e ambiental – não é somente um ato de solidariedade, mas também de dignidade. Aliás, a interpretação da C.F./88 mostra que o princípio da dignidade humana paira sobre todos os outros direitos fundamentais, tornando-se de certa forma um princípio mor que deve obrigatoriamente ser aplicado nas questões do Direito, da política e da gestão dos recursos hídricos.

A inclusão social, nesse caso específico, significa que as pessoas desprovidas de recursos financeiros devem ter acesso à água potável e ao saneamento básico de acordo com a ONU. Mas, às vezes, soa como um paradoxo tal exigência desse Organismo Internacional, pois a mesma ainda não reconhece a água como direito fundamental da pessoa humana, uma vez que a concebe como bem econômico (BARBOSA, 2008).

6. Considerações finais

Ao investigar o Direito de Águas do Brasil por meio do método hermenêutico-sistêmico, tornou-se possível mostrar as imbricações dos recentes arranjos jurídico-institucionais em suas relações com a PNRH e o SNGRH. A C.F./88, jungida à Lei de Águas nº 9.433/97, derogou o Código de Águas, especificamente nos seus preceitos que acolhiam as águas como particulares, uma vez que as mudanças infringidas as consideram eminentemente como águas públicas.

O paradigma da abundância de água vem sendo lentamente modificado pelo paradigma racional do uso da água. Contudo, para que ocorram mudanças culturais

de magnitude complexa, há necessidade de uma PNRH com robusta musculatura e um SNGRH mais bem articulado, centrado no princípio federativo.

A Lei de Águas, ao incorporar em seu bojo a PNRH e o SNGRH, exige dos receptores da norma que respeitem os seus fundamentos, tais como os planos de recursos hídricos e a cobrança pelo uso da água, bem como compreendam o espírito filosófico-jurídico das agências de águas e os comitês de bacia hidrográfica. Ademais, o processo de articulação entre os atores sociais públicos, por força cogente, tem a obrigação e responsabilidade de não se omitir e praticar ações de gestão rumo ao desenvolvimento sustentável e à melhoria de acesso à água potável para as pessoas.

À guisa de considerações finais, o Direito de Águas, valendo-se de estratégias infra e constitucionais, ascende em busca de sua autonomia e contribui significativamente com a produção do Direito, visando ao alcance da máxima intitulada *água doce: direito fundamental da pessoa humana*.

Referências

BARBOSA, Erivaldo Moreira. *Água doce: direito fundamental da pessoa humana*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 11, n. 58, out. 2008.

_____. Método hermenêutico-sistêmico aplicado ao direito ambiental e dos recursos naturais. *Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, ano 9, n. 50, mar./abr. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 jan. 2012.

_____. Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 jul. 1934. Seção 1, p. 14738. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm>. Acesso em: 30 jan. 2012.

_____. Lei Federal nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, regu-

lamenta o inc. XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13.03.1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 29.12.1989. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 jan. 1997. Seção 1, p. 470. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em: 30 jan. 2012.

_____. Lei Federal nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 jul. 2000. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm>. Acesso em: 30 jan. 2012.

_____. *Plano Diretor de Reforma do Estado*. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=524&cat=238&sec=25>>. Acesso em: 6 out. 2005.

_____. Ministério da Integração Nacional. *Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional, Relatório de Impacto Ambiental (RIMA)*. Brasília, jul. 2004a. Disponível em: <http://www.integracao.gov.br/pt/c/document_library/get_file?uuid=ceeff01f-6440-45da-859b-9acd1bfa87cf&groupId=66920>. Acesso em: 1 jan. 2012.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Recursos Hídricos. *Programa de ação nacional de combate à desertificação e mitigação dos efeitos da seca: PAN-Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2004b.

CAUBET, Christian Guy. *A água, a lei, a política... E o meio ambiente?* Curitiba: Juruá, 2005.

COSTA, Silvano Silvério da. Gestão de recursos hídricos no Brasil: plano nacional de recursos hídricos. *Revista Água e Meio Ambiente Subterrâneo*, ano 3, n. 20, fev./mar. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Articulação e negociação institucional na efetividade das políticas

ambientais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, out./dez. 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidade de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 2003. 2 v.

LANNA, Antonio Eduardo. Uso de instrumentos econômicos na gestão das águas no Brasil. *Revista Bahia Análise & Dados*, Salvador, v. 13, n. Especial, p. 441-451, 2003.

LOBATO, Francisco; PORTO, Mônica. Mechanisms of water management: command & control and social mechanisms. *Revista de Gestão de Água da América Latina*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 113-129, jul./dez. 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Impetus, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *ONU aponta estratégias de investimento para redução da escassez da água*. [S.l.]: ONU, 2011. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-aponta-estrategias-de-investimento-para-reducao-da-escassez-da-agua/>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: ENAP, 1998.

POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO, Wagner Costa. *Geografia política da água*. São Paulo: Annablume, 2008.

TUCCI, Carlos E. M. Desenvolvimento institucional dos recursos hídricos no Brasil. *Revista de Gestão de Água da América Latina*. Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 81-93, jul./dez. 2005.

TUNDISI, José Galizia. Novas perspectivas para a gestão de recursos hídricos. *Revista USP*, São Paulo, n. 70, p. 24-35, jun./ago. 2006.

A questão do endividamento público dez anos após a publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal

Avanços e limitações

Ana Carla Bliacheriene e
Renato Jorge Brown Ribeiro

Sumário

1. Introdução. 2. Descrevendo o que foi controlado pelo arcabouço estabelecido pela LRF. 2.1. Limites da dívida e endividamento. 2.2. Operações de crédito. 2.3. Operações de crédito por antecipação de receitas e restos a pagar. 2.4. Operações com o Banco Central. 2.5. Garantias e contragarantias. 2.6. Avanços na transparência na dívida. 2.7. Limites de endividamento estabelecidos para os estados e municípios. 2.8. Limites de endividamento estabelecidos para a União. 3. Efeitos dos controles estabelecidos. 4. O que não está controlado. 4.1. Restos a pagar. 4.2. Efeitos da política monetária e cambial sobre a política fiscal. 4.3. O enfraquecimento das metas fiscais na União. 4.4. Procedimentos que geram desequilíbrios entre o financeiro e orçamentário – reaberturas de crédito, *carry over*, créditos extraordinários, reestimativas de receitas e “excessos de arrecadação”. 5. Conclusões.

1. Introdução

Ao articular esse texto – em um momento tão interessante como a análise dos efeitos de dez anos de vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal, principalmente no aspecto da dívida pública – observou-se ser essencial discutir o que não esteja controlado (fundamentalmente partes da dívida pública federal e conceitos que afetam a União), embora não possamos nos esquivar de uma análise do conteúdo da Lei e dos seus efeitos na estrutura da dívida nesse período.

Ana Carla Bliacheriene é professora doutora de Finanças Públicas e Orçamento e de Direito Econômico da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da USP (FDRP-USP), doutora e mestre em Direito.

Renato Jorge Brown Ribeiro é consultor de Orçamentos do Senado Federal. Doutor em Gestão da Produção, mestre em Administração Pública, Especialista em Políticas Públicas e Administração Financeira.

Inicialmente é importante desmistificar o espírito da LC 101/00, que está consignada no seu art. 1º, ou seja, a manutenção das condições para o equilíbrio orçamentário.

Isso indica que a LRF tem por objetivo central apontar as condições para que se instale um equilíbrio razoavelmente efetivo entre as receitas e despesas públicas, ao menos em um primeiro momento, com um foco bastante claro nos estados e municípios.

O Capítulo VII da LRF trata de Dívida e Endividamento, que é dividido em seis seções: a primeira trata de definições básicas (tratadas no item VI desse capítulo), a segunda seção dos limites da dívida pública e das operações de crédito, a terceira seção da recondução da dívida aos seus limites, a quarta seção das operações de crédito, a quinta das garantias e contragarantias e a sexta dos restos a pagar.

No nosso ordenamento constitucional cabe à Câmara do parlamento – que representa os entes da federação – estipular os limites de endividamento de cada um destes.

2. Descrevendo o que foi controlado pelo arcabouço estabelecido pela LRF

2.1. Limites da dívida e endividamento

A fixação dos limites, propriamente ditos, de endividamento dos entes federados é de atribuição constitucional do Senado Federal¹, no caso da dívida consolidada, ou ao Congresso Nacional, no caso da dívida mobiliária². O que a Lei Complementar inovava é em estipular que esses limites devam

¹ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: VI – fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; IX – estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;”

² “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especial-

ser feitos em percentuais da receita corrente líquida³, estabelecendo verificações quadrimestrais dos limites de endividamento⁴ e que os precatórios não pagos nos orçamentos em que estiveram incluídos, devam fazer parte da dívida consolidada⁵.

O art. 31 da LRF trata da recondução da dívida ao seu limite e estabelece que o ente que extrapolar os limites, fixados em Resolução do Senado Federal, ao final de um quadrimestre, deverá ser a ele reconduzida até o término dos três subsequentes, reduzindo o excedente em pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) no primeiro quadrimestre subsequente.

Estabelece, também, sanções institucionais semelhantes às impostas ao ente que desrespeita os limites de despesas com pessoal⁶ e atribui ao Ministério da Fazenda o papel de elaborar e divulgar mensalmente a relação dos entes que tenham ultrapassado os limites das dívidas consolidada e mobiliária.

A parte do processo de contratação da dívida interna e externa, que são temas dos arts. 32 e 33 da LRF, será objeto de capítulo específico. Nas demais subseções das ope-

mente sobre: XIV – moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal.”

³ “Art. 30. § 3º Os limites de que tratam os incisos I e II do caput serão fixados em percentual da receita corrente líquida para cada esfera de governo e aplicados igualmente a todos os entes da Federação que a integrem, constituindo, para cada um deles, limites máximos.”

⁴ “§ 4º Para fins de verificação do atendimento do limite, a apuração do montante da dívida consolidada será efetuada ao final de cada quadrimestre.”

⁵ “§ 7º Os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a dívida consolidada, para fins de aplicação dos limites.”

⁶ “I – estará proibido de realizar operação de crédito interna ou externa, inclusive por antecipação de receita, ressalvado o refinanciamento do principal atualizado da dívida mobiliária; II – obterá resultado primário necessário à recondução da dívida ao limite, promovendo, entre outras medidas, limitação de empenho, na forma do art. 9º. § 2º Vencido o prazo para retorno da dívida ao limite, e enquanto perdurar o excesso, o ente ficará também impedido de receber transferências voluntárias da União ou do Estado.”

rações de crédito tratamos de limitações a operações de crédito específicas e tratamos de: vedações, operações de antecipação de receitas orçamentárias e operações com o Banco Central.

2.2. Operações de crédito

Os arts. 35 e 36 e o inciso II do art. 37 tinham por objetivo evitar que os fundos, autarquias, fundações e empresas públicas (principalmente dependentes) e os entes que os controlem se financiassem de forma a não preservar o princípio da entidade contábil e a situação financeira do ente federado e das entidades da administração indireta. O fantasma que rondava à época era a relação quase incestuosa que levou à falência de boa parte dos bancos estaduais.

O art. 36 veda expressamente a operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo.

O art. 37 é especialmente interessante, no sentido de que faz equiparações a operações de crédito, e, por conseguinte, ao endividamento irregular a operações realizadas com fornecedores ou antecipações de receitas. Isso traz uma inovação interessante ao aproximar o conceito jurídico ao econômico de operação de crédito:

“I – captação de recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, sem prejuízo do disposto no § 7º do art. 150 da Constituição;

II – recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma da legislação;

III – assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de título de

crédito, não se aplicando essa vedação a empresas estatais dependentes; IV – assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento *a posteriori* de bens e serviços.”

É importante destacar que os itens III e IV do art. 37 possibilitam, inclusive, o enquadramento penal de uma prática irregular, a longo tempo utilizada na gestão financeira dos entes federados: a execução de despesa sem prévio empenho.

2.3. Operações de crédito por antecipação de receitas e restos a pagar

A operação de crédito por antecipação de receitas orçamentárias (ARO) é uma modalidade de empréstimo com precedentes de mais de um século. No século XIX a garantia dos empréstimos mais comuns eram as receitas alfandegárias.

A LRF inova ao vedar a realização da antecipação da receita orçamentária no último ano de mandato do Presidente, Governador ou Prefeito Municipal e o papel dado ao Banco Central de promover leilões eletrônicos junto às instituições financeiras para concessão de antecipações para Estados e Municípios, bem como a manutenção pelo Bacen de sistema de acompanhamento e controle do saldo do crédito aberto e, no caso de inobservância dos limites, aplicará as sanções cabíveis à instituição credora.

A LRF, no seu art. 42, estabelece uma restrição para o final do mandato dos chefes de poder: “nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito”.

É importante destacar que não há uniformidade de interpretação desse artigo da LRF entre os vários tribunais de contas. Os Tribunais de Contas do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Rio de Janeiro, entre outros, adotam a interpretação literal do

prazo dos dois últimos quadrimestres. O Tribunal de Contas da União e alguns Tribunais de Contas estaduais interpretam esse artigo em conjunto e em confronto com os dispositivos da Lei nº 4320/64, que estabelecem a ordem de pagamento dos títulos como a ordem de apresentação em tesouraria, o que impede o pagamento de um título dos dois últimos quadrimestres sem o pagamento de um título do primeiro quadrimestre. Nesse sentido, o TCU defende que todos os recursos inscritos em restos a pagar devam ser transferidos com disponibilidade de caixa.

Outro aspecto que devemos destacar é o que realmente vem a ser disponibilidade de caixa. O que no caso da União é extremamente relevante, pois os valores colocados como disponibilidades financeiras englobam títulos sob posse do Tesouro, que por razões estruturais e conjunturais, na maioria das vezes, não podem retornar ao mercado sem algum custo macroeconômico.

2.4. Operações com o Banco Central

As limitações às operações do Banco Central tiveram dois objetivos: tornar transparente os resultados da política monetária e evitar que o Banco Central financie o tesouro, com impactos inflacionários óbvios no resultado da política monetária.

A limitação de operação com títulos da dívida está especialmente consignada nos arts. 34 e 39. O Banco Central ficou proibido de emitir títulos da dívida a partir de 2002 e foram estabelecidas sérias vedações para o Bacen operar, principalmente na compra primária de títulos do tesouro e na vedação de compra de títulos estaduais.

A partir dessa lógica de que o Banco Central se tornaria cada vez mais apartado das necessidades de financiamento do setor público e, por conseguinte, mais afastado da política fiscal e tornando-se mais próximo da política monetária, a titularidade da gestão da dívida externa foi transferida para o Tesouro Nacional em 2004.

2.5. Garantias e contragarantias

A concessão de garantias e contragarantias em operações de crédito, por vezes, é obrigatória para a obtenção dos empréstimos, porém, ela representa um risco real para quem as concede.

Nesse sentido, a LRF estabeleceu um regramento geral para minimizar riscos e garantir o pagamento das garantias e das contragarantias, no seu art. 40, do qual alguns dispositivos destacamos:

a) A garantia estará condicionada ao oferecimento de contragarantia, em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida, e à adimplência da entidade que a pleitear relativamente a suas obrigações junto ao garantidor e às entidades por este controladas.

b) A contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida.

c) É vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos.

d) Quando honrarem dívida de outro ente, em razão de garantia prestada, a União e os Estados poderão condicionar as transferências constitucionais ao ressarcimento daquele pagamento.

e) O ente da Federação cuja dívida tiver sido honrada pela União ou por Estado, em decorrência de garantia prestada em operação de crédito, terá suspenso o acesso a novos créditos ou financiamentos até a total liquidação da mencionada dívida.

É importante consignar que após esse aparato a União só teve de honrar as garantias de nove anos seguidos em 2004, que foram cobertas com as contragarantias oferecidas.

2.6. Avanços na transparência na dívida

A Lei de Responsabilidade Fiscal consolidou uma série de procedimentos que aumentam a transparência no endividamento, tais como:

a) O refinanciamento da dívida pública constará separadamente na lei orçamentária e nas de crédito adicional.

b) Todas as despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual, e as receitas que as atenderão, constarão da lei orçamentária anual.

c) A atualização monetária do principal da dívida mobiliária refinanciada não poderá superar a variação do índice de preços previsto na lei de diretrizes orçamentárias, ou em legislação específica.

2.7. Limites de endividamento estabelecidos para os estados e municípios

2.7.1. Regra de ouro

O cumprimento do limite a que se refere o inciso III do art. 167 da Constituição Federal deverá ser comprovado mediante apuração das operações de crédito e das despesas de capital conforme os critérios definidos no § 3º do art. 32 da Lei Complementar nº 101, de 2000 (art. 6º da Resolução nº 43/2001-SF):

a) Para fins de cálculo desse limite, verificar-se-ão, separadamente, o exercício anterior e o exercício corrente, tomando-se por base:

“i. No exercício anterior, as receitas de operações de crédito nele realizadas e as despesas de capital nele executadas; e

ii. No exercício corrente, as receitas de operação de crédito e as despesas de capital constantes da lei orçamentária.”

b) Não serão computadas como despesas de capital, para os fins do art. 6º da RSF nº 43/01:

“i. O montante referente às despesas realizadas, ou constantes da lei orçamentária, conforme o caso, em cumprimento da devolução a que se

refere o art. 33 da Lei Complementar nº 101, de 2000;

ii. As despesas realizadas e as previstas que representem empréstimo ou financiamento a contribuinte, com o intuito de promover incentivo fiscal, tendo por base tributo de competência do Ente da Federação, se resultar a diminuição, direta ou indireta, do ônus deste; e

iii. As despesas realizadas e as previstas que representem inversões financeiras na forma de participação acionária em empresas que não sejam controladas, direta ou indiretamente, pelos Entes da Federação ou pela União.”

c) O empréstimo ou financiamento a que se refere o inciso ii da alínea b, se concedido por instituição financeira controlada pelo Ente da Federação, terá seu valor deduzido das despesas de capital;

d) As operações de antecipação de receitas orçamentárias não serão computadas para os fins desse limite, desde que liquidadas no mesmo exercício em que forem contratadas;

e) Para efeito do disposto neste artigo, entende-se por operação de crédito realizada em um exercício o montante de liberação contratualmente previsto para o mesmo exercício; e

f) Nas operações de crédito com liberação prevista para mais de um exercício financeiro, o limite computado a cada ano levará em consideração apenas a parcela a ser nele liberada.

2.7.2. Limite das operações de crédito – fluxo

O montante global das operações realizadas em um exercício financeiro não poderá ser superior a 16% (dezesseis por cento) da receita corrente líquida – RCL (inciso I do art. 7º da Resolução nº 43/2001-SF):

Para o caso de operações de crédito com liberação prevista para mais de um exercício, esse limite será calculado levando em

consideração o cronograma anual de ingresso, projetando-se a receita corrente líquida de acordo com os critérios estabelecidos no § 6º do art. 7º da Resolução nº 43/2001-SF (§ 1º do art. 7º da Resolução nº 43/2001-SF);

2.7.3. Limite das operações de crédito – dispêndio

O comprometimento anual com amortizações, juros e demais encargos da dívida consolidada, inclusive relativos a valores a desembolsar de operações de crédito já contratadas e a contratar, não poderá exceder a 11,5% (onze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida (inciso II do art. 7º da Resolução nº 43/2001-SF).

O cálculo do comprometimento anual será feito pela média anual de todos os exercícios financeiros em que houver pagamentos previstos da operação pretendida da relação entre o comprometimento previsto e a receita corrente líquida projetada ano a ano (§ 4º do art. 7º da Resolução nº 43/2001-SF e suas alterações).

2.7.4. Limite das operações de crédito – estoque

A dívida consolidada líquida dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao final do décimo quinto exercício financeiro contado a partir do encerramento do ano de 2001, não poderá exceder, respectivamente, a (inciso III do art. 7º da Resolução nº 43/2001-SF, combinado com art. 3º da Resolução nº 40, de 2001- SF):

a) No caso dos Estados e do Distrito Federal: 2 (duas) vezes a receita corrente líquida;

b) No caso dos Municípios: 1,2 (um inteiro e dois décimos) vezes a receita corrente líquida;

c) No período compreendido entre 31 de dezembro de 2001 e o final do exercício de 2016, serão observadas as seguintes condições:

i. O excedente em relação aos limites previstos para Estados, Distrito Federal e Municípios apurado ao final do exercício

de 2001 deverá ser reduzido, no mínimo, à proporção de 1/15 (um quinze avos) a cada exercício financeiro;

ii. Para fins de acompanhamento da trajetória de ajuste dos limites de que se trata, a relação entre o montante da dívida consolidada líquida e a receita corrente líquida será apurada a cada quadrimestre civil e consignada no Relatório de Gestão Fiscal a que se refere o art. 54 da Lei Complementar nº 101, de 2000;

iii. O limite apurado anualmente após a aplicação da redução de 1/15 (um quinze avos) estabelecido neste item será registrado no Relatório de Gestão Fiscal a que se refere o art. 54 da Lei Complementar nº 101, de 2000;

iv. Durante o período de ajuste de 15 (quinze) exercícios financeiros já referidos, aplicar-se-ão os limites previstos de 2 (duas) vezes e 1,2 (um inteiro e dois décimos) vezes a receita corrente líquida para o Estado, o Distrito Federal ou o Município que:

Apresente relação entre o montante da dívida consolidada líquida e a receita corrente líquida inferior a esses limites, no final do exercício de 2001; e atinja o limite previsto (2 ou 1,2 vezes a RCL) antes do final do período de ajuste de 15 (quinze) exercícios financeiros.

2.7.5. Limite das operações por ARO – estoque

O saldo devedor das operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (ARO) em um exercício financeiro não poderá ser superior a 7% (sete por cento) da receita corrente líquida – RCL (art. 10 da Resolução nº 43/2001-SF).

2.7.6. Limite das garantias

O saldo global das garantias concedidas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios não poderá exceder a 22% (vinte e dois por cento) da RCL (art. 9º da Resolução do SF nº 43, de 2001).

O limite acima poderá ser elevado para 32% (trinta e dois por cento) da receita cor-

rente líquida, desde que, cumulativamente, quando aplicável, o garantidor:

a) Não tenha sido chamado a honrar, nos últimos 24 (vinte e quatro) meses, a contar da análise, quaisquer garantias anteriormente prestadas;

b) Esteja atendendo o limite da dívida consolidada líquida, estabelecido na Resolução nº 40, de 2001, do Senado Federal;

c) Esteja cumprindo os limites de despesa com pessoal previstos na Lei Complementar nº 101, de 2000; e

d) Esteja cumprindo o Programa de Ajuste Fiscal acordado com a União, nos termos da Lei nº 9.496, de 1997.

2.7.2.1. Critério de projeção da RCL

A receita corrente líquida (RCL) é projetada mediante a aplicação de fator de atualização sobre a receita corrente líquida do período de 12 (doze) meses findos no mês de referência (§ 6º do art. 7º da Resolução nº 43/2001-SF).

A partir de 2009, e considerando revisões pelo IBGE, o fator de atualização a ser utilizado é de 3,38%, e foi obtido a partir da média geométrica das taxas de crescimento real do PIB nacional nos últimos oito anos (art. 8º da Portaria do STN nº 396, de 2 de julho de 2009).

2.7.2.2. Condições

O não atendimento de algum dos requisitos mínimos definidos pela Resolução do Senado Federal nº 43/2001 impede a continuidade do processo de análise e, por conseguinte, a conclusão da verificação de limites e condições da operação pleiteada. De acordo com a legislação, é vedada a contratação de operação de Crédito Interno:

a) Se as despesas com pessoal não estiverem enquadradas nos limites previstos no art. 20 da Lei Complementar nº 101, de 2000, com ressalva prevista no inciso III do § 3º do art. 23 da mesma Lei;

b) Se o ente houver contratado alguma operação que se equipare a operação de crédito cujos limites e condições não tenham

sido objeto de análise e Parecer favorável pela STN;

c) Se os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não publicarem o Relatório Resumido da Execução Orçamentária até trinta dias após o encerramento de cada bimestre. Tal vedação persistirá até a regularização dessa pendência (§ 2º do art. 52 da Lei Complementar nº 101, de 2000);

d) Se os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não publicarem o Relatório de Gestão Fiscal até trinta dias após o encerramento de cada quadrimestre. Tal vedação persistirá até a regularização dessa pendência (§ 3º do art. 55 da Lei Complementar nº 101, de 2000, com ressalva prevista na letra "b" do art. 63 da mesma Lei);

e) Se os Estados (considerado o Distrito Federal) e os Municípios não encaminharem suas contas ao Poder Executivo da União até 31 de maio e 30 de abril, respectivamente.

Aos Municípios cabe, também, encaminhar cópia de suas contas ao Poder Executivo do respectivo Estado (inciso I do § 1º do art. 51 da LRF). A vedação persistirá até a regularização dessa pendência (§ 2º do art. 51 da Lei Complementar nº 101, de 2000);

f) Se houver violação dos acordos de refinanciamento firmados com a União (inciso IV do art. 5º da Resolução nº 43/2001-SF);

g) Se houver garantia ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município por instituição financeira por ele controlada (art. 17 da Resolução nº 43/2001-SF); e

h) Se o ente da federação tiver dívida honrada pela União ou pelo Estado, em decorrência de garantia prestada em operação de crédito. Tal vedação persistirá até a total liquidação da mencionada dívida (§ 10 do art. 40 da Lei Complementar nº 101, de 2000, e § 4º do art. 18 da Resolução nº 43/2001-SF).

É vedada, ainda, a contratação de operação por ARO:

a) Antes do dia dez de janeiro de cada ano (inciso I do art. 38 da Lei Complemen-

tar nº 101, de 2000; inciso I do art. 14 da Resolução nº 43/2001-SF);

b) Enquanto existir operação anterior da mesma natureza não integralmente resgatada (inciso IV-a do art. 38, da Lei Complementar nº 101, de 2000; e inciso IV do art. 14 da Resolução nº 43/2001-SF);

c) No último ano do mandato do Chefe do Poder Executivo (inciso IV-b do art. 38 da Lei Complementar nº 101, de 2000; e § 2º do art. 15 da Resolução nº 43/2001-SF);

d) Se forem cobrados outros encargos que não a taxa de juros prefixada ou indexada à Taxa Básica Financeira – TBF (inciso III do art. 38 da Lei Complementar nº 101, de 2000; e inciso III do art. 14 da Resolução nº 43/2001-SF);

Encontram-se ainda definidas as seguintes condições para a contratação de operação por ARO:

a) O valor da operação pretendida não poderá exceder o limite fixado na lei autorizadora (inciso I do art. 22 da Resolução nº 43/2001-SF);

b) A taxa de juros das operações por ARO não poderá ser superior a uma vez e meia a TBF (1,5xTBF) vigente no dia do encaminhamento da proposta firme (§ 4º do art. 37 da Resolução nº 43/2001-SF); e

c) A operação deverá ser liquidada, com juros e outros encargos incidentes, até o dia dez de dezembro de cada ano de contratação (inciso II do art. 38 da Lei Complementar nº 101, de 2000, e inciso II do art. 14 da Resolução nº 43/2001-SF).

2.8. Limites de endividamento estabelecidos para a União

As questões gerais do endividamento previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal aplicam-se à União em condições semelhantes às aplicadas aos Estados e Municípios. A questão que não está regulada (ou pelo menos totalmente regulada) envolve os limites de endividamento.

O limite de endividamento para este que pese tenha sido encaminhado pelo menos duas vezes pelo

Poder Executivo, nunca foi efetivamente aprovado (em parte, por pressão do próprio Poder Executivo).

A questão atual é que existe uma forte ligação entre a política fiscal e monetária/cambial por meio das operações com os títulos da dívida pública, quer pelas operações compromissadas quer pela manutenção das reservas e coberturas dos *swaps* cambiais. Essa situação explica a defesa do Ministro da Fazenda na não fixação de um limite de endividamento da União, que ao fim e ao cabo estipularia de forma indireta um limite para a política monetária.

A proposta apresentada pelo líder do governo à época, o Senador Romero Jucá, no Projeto de Resolução nº 84/2007, prevê um limite de estoque de endividamento de 3,5 vezes a Receita Corrente Líquida (RCL) da União, que é inferior ao seu máximo histórico atingido no segundo quadrimestre do ano 2001 que foi de 3,4 vezes a RCL.

3. Efeitos dos controles estabelecidos

Um conjunto de controles estabelecidos sobre as metas de resultado primário da União, que se viram razoavelmente respeitados no período entre 2000 a 2008, e o forte controle sobre o estoque da dívida de Estados e Municípios (com a vedação de renegociação de parcelas e principal da dívida contraída com a União) fez com que a relação entre a dívida líquida do Setor Público Consolidado e o Produto Interno Bruto caísse de 60,4% para 39,9% em menos de uma década.

Há uma tendência de regularização e alongamento dos prazos de rolagem da dívida pública federal que, há uma década, era inferior a um ano e, hoje, chega próximo de três anos.

Com relação à dívida dos Estados, destacamos que hoje todos estão rumando para a adequação nos limites previstos pelas resoluções do Senado. O Rio Grande do Sul, último a se adequar, acaba de ser incluído no Plano de Ajuste Fiscal da União

de 2011 (PAF-2011), com o aval de contrair nova dívida.

4. O que não está controlado

Quando falamos do que não está controlado, estamos falando daquilo que, em princípio, fere ou pode vir a ferir o disposto no § 1º do art. 1º da LC nº 101/2000, ou seja, as condições necessárias para prever e equilibrar as contas públicas. Estabelecendo as condições de que o financeiro e o orçamentário andem juntos.

4.1. Restos a pagar

Inicialmente, devemos entender a natureza dos restos a pagar, principalmente dos restos a pagar processados e dos que, mesmo não processados, tenham as despesas efetivamente realizadas. Sua natureza está relacionada com dívida, uma dívida não contraída com instituições financeiras, mas contraída com fornecedores e prestadores de serviço do Estado. Logo, os restos a pagar, representam obrigação do ente federado e devem ser honrados, sob pena de que sejam passados com o orçamento financeiro equivalente, concorrendo com o orçamento financeiro gerado no exercício seguinte.

A LRF estabelece, como regra de fim de mandato em relação a restos a pagar, que é vedado ao gestor público, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para esse efeito. Cabe assinalar que, no projeto original, tal proibição se estendia a todo o exercício financeiro referente ao último ano do mandato.

Nos tribunais de contas há divergência de interpretação desse dispositivo. O TCU entende que deva ser interpretado em consonância com a Lei nº 4.320/64 no que se refere à liquidação dos débitos em tesouraria, obrigando a ter disponibilidade suficiente para quitar os débitos. Vários

Tribunais de Contas Estaduais fazem a interpretação literal da LRF, o que permite a situação esdrúxula de despesas anteriores aos dois quadrimestres finais poderem ser inscritas sem cobertura financeira e onerar a disponibilidade financeira da execução do orçamento anual seguinte.

Quanto à União, a questão relaciona-se com o que efetivamente está classificado, com as disponibilidades transferidas de um exercício financeiro para o outro e com a forma de cálculo do superávit primário.

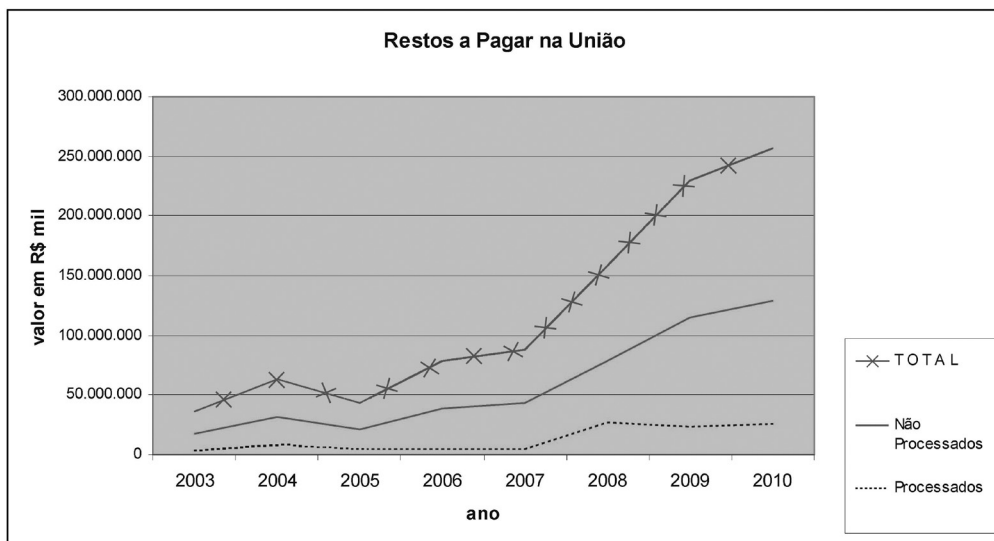
O superávit primário é calculado pelo fluxo de desembolso financeiro (metodologia abaixo da linha) e os restos a pagar acabam tendo o efeito de uma despesa, ou quase isso, e só são contabilizados quando são pagos, impactando nos exercícios seguintes.

Em relação às disponibilidades, contabilizam-se os superávits financeiros de exercícios anteriores levados a resultado primário e os títulos públicos em posse do Tesouro. Na primeira situação, caso seja utilizada, tem efeito de endividamento novo; no segundo, caso seja colocado no mercado, tem efeito na base monetária. Assim, ambas não são neutras.

O fato é que esse “orçamento paralelo” de restos a pagar saiu de um patamar de R\$ 18 bilhões em 2003, para um patamar de R\$ 128 bilhões em 2010. Em 2003, poder-se-ia dizer que as disponibilidades reais da União os cobririam (ou chegariam muito próximo a isso). Em 2010, certamente isso não é possível. O ponto de inflexão desse movimento foram os anos de 2007/2008, onde se passou de um patamar de R\$ 43 bilhões para R\$ 78 bilhões. Na verdade isso inaugurou uma plurianualidade nas autorizações orçamentárias que não estava na estrutura constitucional das nossas finanças públicas.

4.2. Efeitos da política monetária e cambial sobre a política fiscal

Em sentido estrito, a política monetária e cambial e o resultado do Bacen não deveriam



	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Processados	3.589.250	7.925.682	4.337.736	4.846.506	5.235.625	26.925.058	22.906.682	25.381.944
Não Processados	14.501.257	23.754.861	17.304.756	34.133.754	38.694.069	51.912.330	92.088.667	103.221.907
TOTAL	18.090.507	31.680.543	21.642.492	38.980.260	43.929.694	78.837.388	114.995.349	128.603.851

Fonte: SIGA Brasil

ser interpretados como dívida, mas a LC nº 101/00 determinou que o resultado da política monetária fosse levado contra o Tesouro. Além disso, o art. 6º da Lei nº 11.803/2008 autoriza a transferência ao Tesouro, com o resultado do Bacen, do saldo da equalização do resultado financeiro das operações com reservas cambiais e das operações com derivativos realizadas pelo Bacen. Essa mesma lei autorizou a União a emitir títulos da dívida para suprir os possíveis déficits existentes.

Em dezembro de 2008, esse saldo positivo foi de R\$ 171,4 bilhões, resultando, após atualização monetária, em transferência de R\$ 175 bilhões do Bacen para o Tesouro. Entretanto, em dezembro de 2009, o saldo foi negativo em R\$ 147,7 bilhões. Em vista de sua atualização monetária, alcançou R\$ 151,1 bilhões, da qual se deduz o recebimento, em 2009, de R\$ 97,1 bilhões, resultando num saldo final de R\$ 53,9 bilhões a receber do Tesouro Nacional. Em dezembro de 2010, foi registrado saldo negativo de R\$

48,6 bilhões, com sua atualização monetária chegamos a um montante de R\$ 50,5 bilhões. No acumulado dos três anos temos um recebimento líquido do Banco Central, contra o Tesouro, de R\$ 25 bilhões de reais.

A partir do mês de maio de 2002, por força da LRF, o Bacen deixou de emitir títulos de sua responsabilidade para a operacionalização da política monetária. Para tanto, passou a contratar as chamadas operações compromissadas, lastreadas e limitadas pelo montante dos títulos do Tesouro Nacional registrados no ativo da autoridade monetária.

O percentual da dívida mobiliária na carteira do Bacen, vinculado a contratos de operações compromissadas, tem trajetória ascendente desde o mês de janeiro de 2006, conforme revelado na linha de tendência pontilhada do gráfico acima. Em dezembro de 2008, atingiu a marca de 64,5% e, em janeiro de 2009, de mais de 80%. Isso decorre do aumento no montante dessas operações

em função da necessidade de reduzir o excesso de liquidez da economia. Esse movimento já havia sido comentado no Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas de 2007, inclusive prevendo a necessidade de aumento da carteira de títulos do Bacen para diminuir a liquidez da economia.

A principal função das operações compromissadas realizadas pelo Bacen é possibilitar o ajuste fino de liquidez da economia (dinheiro em circulação), mas elas podem cumprir outras duas serventias, quais sejam, contribuir para a construção de uma estrutura a termo da taxa de juros e enxugar a liquidez provocada por uma recusa do Tesouro de rolar dívida vencida, cujas propostas não se coadunem com as expectativas de custo do dinheiro. Em dezembro de 2009, o saldo dos contratos de operações compromissadas alcançou R\$ 427,9 bilhões. Esse volume substancial de recursos demonstra o impacto da política fiscal sobre as operações da autoridade monetária, ao tempo que reforça a importância da Lei nº 11.803/2008 ao adequar a carteira de títulos do Bacen às flutuações da liquidez bancária decorrentes inclusive dos depósitos à ordem do Governo Federal.

O percentual da dívida mobiliária na carteira do Bacen comprometido com contratos de operações compromissadas permaneceu elevado ao longo de 2009 conforme se mostra no gráfico da página anterior. Após esse percentual atingir um pico em setembro de 2009 (90%), verificou-se uma diminuição nos três últimos meses, encerrando o exercício em patamares próximos a 80%. O importante é tentar definir uma tendência em que as operações compromissadas saíram de um patamar próximo aos 30% em dezembro de 2003 e atingiram patamares superiores a 80% em dezembro de 2009.

4.2.1. Utilização sistemática do endividamento como instrumento da política monetária

Tradicionalmente os manuais falam da dívida pública como uma forma de atender

as necessidades de financiamento do setor público para entregar bens ou serviços públicos. Porém, desde o avanço do processo de estabilização da economia do país, pós-Plano Real, o uso da dívida pública tem sido utilizado como forma de aumentar ou enxugar a liquidez monetária, sem necessariamente utilizar os instrumentos tradicionais de taxas básicas de juros ou encaixe bancário. É importante ressaltar que esse procedimento não é neutro em termos de custo fiscal e esses valores não ficam claros para a sociedade.

O argumento tradicionalmente utilizado é o do “Estado gastador”, o que não é necessariamente correto, uma vez que faz mais de uma década que a relação dívida líquida/PIB está declinante e o perfil da dívida tem melhorado substancialmente. O que sistematicamente tem acontecido é que, ao invés de utilizar os instrumentos tradicionais de política monetária, a política fiscal tem sido usada para enxugar liquidez do mercado. Como nosso sistema tributário é excessivamente vinculado ao consumo, isso tem um efeito muito rápido. Isso pode ser visto ao analisarmos os detentores dos títulos da dívida pública e vemos que quase um terço está na mão do Bacen, e cerca de dez por cento está na mão do Tesouro, esterilizando a conta de produção de resultado primário.

4.3. O enfraquecimento das metas fiscais na União

Nos últimos anos, uma série de medidas que tornam menos transparentes e críveis os resultados primários obtidos pelo Setor Público tem sido tomadas, em geral e em particular, pela União.

A retirada das obras do Programa de Aceleração do Crescimento da Base do Resultado Primário, verdadeiros exercícios contábeis para produzir resultado primário como a capitalização da Petrobrás e a utilização do Fundo Soberano e do BNDES, conforme descrevemos abaixo como exemplo, representa perigosos precedentes e compromete os resultados declarados.

4.3.1. *Capitalização da Petrobrás e a produção de superávit primário para o Tesouro Nacional*

Como a atual administração federal não desejava reduzir a participação do Estado no capital da empresa, foi necessário mobilizar recursos públicos para efetuar essa capitalização. No entanto, a metodologia contábil atualmente vigente reconheceria, na simples capitalização em dinheiro ou títulos, uma despesa primária – opção indesejável em um ano de grande elevação de despesas públicas e dificuldade de cumprimento das metas fiscais.

A solução encontrada foi capitalizar a empresa por meio da outorga do direito de exploração de reservas petrolíferas, em substituição à simples entrega de recursos orçamentários ou títulos públicos. Em troca, a União receberia ações da empresa. A rigor, a transação seria realizada em duas etapas, com o uso de títulos públicos federais, que seriam posteriormente cancelados, mas essa etapa intermediária não tem maior importância. Essa concessão foi realizada, sem licitação, ao amparo da Lei 12.276/10, que autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás – o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências.

É claro que, se o valor da capitalização coincidissem com o valor dos campos concedidos onerosamente à empresa, o impacto sobre o resultado primário seria nulo. A receita da cessão onerosa dos campos – considerada primária – seria equivalente à despesa representada pela absorção das ações da empresa pelo Tesouro. A operação se reduziria à troca de ações pela concessão de campos petrolíferos.

Uma vez levantada essa alternativa, que evitaria o impacto negativo nas contas públicas da capitalização, é fácil perceber que essa estratégia poderia ser levada mais longe. Seria possível fixar o valor da concessão

acima do valor da capitalização; nesse caso, a receita do Tesouro seria maior do que a despesa, o que ajudaria a melhorar os indicadores fiscais. Mas essa via deixaria a Petrobrás sujeita à necessidade imediata de levantar mais capital, para obter recursos com os quais poderia complementar o pagamento de parte do direito de exploração do petróleo, já que nem todo o valor da concessão seria coberto pela entrega de ações da empresa.

Por outro lado, se o valor da concessão ficasse abaixo do valor da capitalização, a Petrobrás teria uma sobra de caixa para investir, mas os indicadores fiscais sofreriam uma indesejável deterioração.

A solução encontrada para esse dilema foi dividir essa operação em duas partes⁷:

a) uma de capitalização da Petrobrás, no valor de R\$ 43 bilhões, integralizada em petróleo do Pré-Sal – neutra, portanto, do ponto de vista do superávit primário;

b) outra de venda de barris adicionais do Pré-Sal à Petrobrás, no valor de R\$ 31,8 bilhões – valor que, com a capitalização, resultou no total divulgado de R\$ 74,8 bilhões.

Note-se que a Petrobrás recebeu direito de exploração do petróleo, em parte como integralização de capital, pagando em ações e aumentando a participação da União, e em parte a título de compra, pagando em dinheiro ou títulos do Tesouro. Foi essa segunda parte que resultou na elevação do superávit primário.

Até aqui, a solução adotada parece similar à alternativa de fixar o valor da capitalização abaixo do valor da concessão do petróleo. Mas há uma diferença marcante, relativa à origem dos recursos que a Petrobrás usou para pagar o petróleo enterrado que recebeu na etapa “b”. Em vez de obtê-los pela entrega de ações ao Tesouro, a empresa levantou esse montante no BNDES e no FSB, que adquiriram, também, ações da companhia. Isto é, a forma de fazer com que o montante

⁷ Essa exposição busca maior clareza e não corresponde exatamente à forma assumida pela operação, mas equivale a ela em valores e resultados.

de recursos do Tesouro comprometidos com a capitalização da Petrobrás fosse inferior ao valor recebido pela cessão onerosa dos campos petrolíferos foi tornar o BNDES e o FSB sócios da Petrobrás, que, ao fim e ao cabo, pagou tudo em ações à União – embora não diretamente ao Tesouro Nacional.

Como as operações realizadas por intermédio do BNDES não são consideradas despesas primárias, o impacto da operação sobre as receitas de concessão seria superior ao impacto da capitalização da Petrobrás. No entanto, para que essa operação se concretizasse, seria necessário que o BNDES tivesse recursos para capitalizar a Petrobrás. Como o Banco não dispunha desse montante – e nisto reside o ponto crucial da operação –, o próprio Tesouro Nacional emprestou ao Banco os recursos com que o BNDES pagou as ações que adquiriu da Petrobrás.

A associação da operação entre o Tesouro Nacional, o BNDES e a Petrobrás à geração de um superávit primário traz em si alguns perigos. O primeiro é criar a ilusão de que o superávit primário, no sentido em que o conceito foi criado, está crescendo e atende as metas da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Além disso, a contabilização da operação, da forma como foi realizada, equivale a uma licença para elevar os gastos correntes. Como a triangulação de recursos por meio do BNDES evita a contabilização de parte da capitalização da Petrobrás como despesa primária, abre-se, no orçamento, uma lacuna para a elevação das despesas.

Em suma, a capitalização da Petrobrás descaracterizou os indicadores fiscais e abriu espaço para o aumento dos gastos correntes, sob a aparência de que o superávit primário foi preservado e até ampliado.

4.4. Procedimentos que geram desequilíbrios entre o financeiro e orçamentário – reaberturas de crédito, carry over, créditos extraordinários, reestimativas de receitas e “excessos de arrecadação”

Existem vários procedimentos no processo orçamentário que afetam o equilíbrio

orçamentário e acabam por impactar nas finanças, e causam o endividamento, de forma indireta.

A possibilidade aberta pela Lei nº 4.320/64 de proporcionar reabertura dos créditos especiais e extraordinários, abertos no último quadrimestre do ano, até o limite dos seus saldos não utilizados, sem vinculá-los a uma limitação ou equivalência com o financeiro transferido, gera um desequilíbrio na origem de sua reabertura.

Os créditos extraordinários, sem indicação de fonte, eram um problema seriíssimo até que, em 2008, o STF deu a limitação interpretando a constituição que, além dos quesitos necessários para a medida provisória (urgência e relevância), o crédito extraordinário deveria obedecer também aos quesitos de imprevisibilidade.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2010 inovou criando a possibilidade de transferir os créditos não utilizados nas áreas de Ciência e Tecnologia e em relação às obras da Copa do Mundo de 2014. A questão de criar um crédito plurianual não é tecnicamente um problema em que pese haja previsão em Lei Complementar e menção na Constituição sobre a anualidade. Vários países trabalham com orçamentos ou parte de orçamentos plurianuais. O problema é não condicionar a passagem desses créditos a um financeiro equivalente ou às reservas no orçamento seguinte, de forma a não produzir desequilíbrios entre o financeiro e orçamentário. Da forma que estamos tratando atualmente a matéria, o *carry over* de créditos orçamentários sem dotação financeira representa um *carry off* sobre a programação financeira.

A estimativa e reestimativa de receita foi colocada como um dos procedimentos prioritários pela Lei de Responsabilidade Fiscal e foi criado o gatilho que, caso o planejamento não seja bem feito, o financeiro e o orçamentário previstos devam ser verificados bimestralmente, sendo procedidos automaticamente os ajustes necessários. Porém, a não utilização de critérios técnicos

para estimativa e reestimativa de receitas exerce uma pressão política sobre as fontes de financiamento.

A utilização de excessos de arrecadação por fontes para abertura de créditos especiais ou suplementares, se por um lado pode ter uma razão técnica no sentido de que várias fontes são vinculadas, por outro pode fazer o movimento de expandir as autorizações sem fazer as restrições nas fontes em que haja frustração de receitas, gerando o mesmo problema de pressões sobre as fontes de financiamento do Estado.

5. Conclusões

A Lei de Responsabilidade Fiscal representou um indubitável avanço em um processo lento e gradual de ajuste do endividamento e melhoria do perfil da dívida pública. Sem dúvida, após uma década de vigência, o perfil de endividamento tem melhorado muito, já que em menos de uma década a relação dívida/PIB passou de mais de 60% para valores próximos a 40%.

Não obstante o franco progresso, há uma série de aspectos da dívida que ainda não são controlados como: os restos a pagar; o afrouxamento da disciplina fiscal da União; pouca transparência na relação entre política fiscal e monetária e pressões sobre o equilíbrio entre as autorizações orçamentárias e o fluxo financeiro que ainda representam dúvidas e problemas que devem ser acompanhados e discutidos, principalmente no que se refere ao orçamento federal.

Referências

- BANCO MUNDIAL. *Dívida pública: a experiência brasileira*. Secretaria do Tesouro Nacional e Banco Mundial: Brasília, 2009.
- BRASIL. *Relatório de contas do Presidente da República*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2010.
- BRASIL. *Relatório e demonstrações financeiras do Banco Central do Brasil*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2011.
- BRASIL. *Relatório e Demonstrações Financeiras do Banco Central do Brasil*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2010.
- BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. rev. atual. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- IMA FILHO, José Batista de. O processamento da despesa pública com ênfase em programas de trabalho. *Classe Contábil*, Fortaleza, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.classecontabil.com.br/trabalhos.php>>. Acesso em 2 jul. 2004.
- MACHADO JÚNIOR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A lei 4.320 comentada*. 31. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade fiscal: lei complementar n. 101 de 4/5/2000*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Responsabilidade fiscal*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SERRA, José. A Constituição e o gasto público. *Federativo/BNDES*, Brasília, jun. 1989. Disponível em: <<http://www.federativo.bndes.gov.br>>. Acesso em 6 jun. 2004.
- TOLEDO JÚNIOR, Flávio de; ROSSI, Sérgio Ciquera. O processo orçamentário municipal à vista da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Portal Interlegis*, Brasília. Disponível em: <<http://www.interlegis.gov.br/fiscalizacao/20040317105351>>. Acesso em 2 jul. 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 5 v.

A democracia nos estados islâmicos

Variáveis determinantes da compleição no limiar do século XXI

Urbano Carvelli

Sumário

1. Introdução. 2. A terminologia dissimulante no limiar do século XXI. 3. Variáveis determinantes da democracia nos Estados islâmicos. 3.1. Perspectiva normativa da democracia nos Estados islâmicos. 3.2. Tendências dogmáticas da democracia nos Estados islâmicos. 3.3. A situação empírica da democracia nos Estados islâmicos. 4. Considerações finais.

1. Introdução

O *Anno Domini* 2011 certamente será retratado na história da humanidade como um ano de revoluções e protestos em todo o mundo, marcado por um clamor unísono pela democracia e seus valores contíguos. Para um observador neutro, a situação não poderia ser mais ambígua. No mundo ocidental e no oriental, o clamor pela democracia advém da necessidade de novos impulsos e novas essências diante dos problemas estruturais e do sentimento da perda da equidade desses sistemas (BEN JELLOUN, 2011, p. 13; CROUCH, 2003, p. 133; LÜBBEN, 2006, p. 164; RODRIK, 2011, p. 9; SANDCHNEIDER, 2011, p. 13). Contudo, apesar da ambivalência evidente em que vivenciamos a democracia, dos desafios sistêmicos com os quais somos confrontados e o notório desconhecimento aonde isso irá nos levar, a paráfrase democrática da aspiração dos povos orientais islâmicos compreenderia certamente a existência de

Urbano Carvelli é professor encarregado para Direito Público Luso-Brasileiro na Faculdade de Direito da Universität zu Köln (República Federal da Alemanha). Bacharel em direito (LL.B.) pela Universidade do Vale do Paraíba (República Federativa do Brasil); especialista em direito alemão pela Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; mestre (LL.M.) e doutorando em direito pela Universität zu Köln.

Direitos Fundamentais, do Estado de Direito, do Pluralismo e do Sufrágio Universal; afinal, “l’homme est condamné à être libre” (SARTRE, 1970, p. 36) e tais valores, como inerentes a condição humana, não são exclusivamente ocidentais (ALBRECHT, 2011; DEUTSCHE..., 2011a; KUHN, 2011; MERKEL A.; NETANYAHU, 2011; NEW..., 2011; PORTAL..., 2011; SHLAIM, 2011). Dessa forma, se a liberdade é um axioma inato do ser humano e a democracia é notoriamente a forma de gestão política que oferece as melhores condições para a realização da liberdade, o entendimento do que perfaz a democracia não é necessariamente uniforme (BODEMER; KRUMWIEDE; NOLTE, 1999, p. 9-32; HELD, 2006; LAUGA, 1999; MERKEL W., 2010; SCHMIDT, 2000). E, nesse sentido, num primeiro momento, se as aspirações são as mesmas, nada poderia garantir que os povos islâmicos compreendem a democracia assim como nós a entendemos ou vice-versa (DEUTSCHE..., 2011b). Aqui, porém, é evidente que se a acepção da palavra é disjuntiva, o valor representado pelo conceito na percepção do termo nos Estados islâmicos não o é: cidadãos que clamam pela democracia nas ruas de seus Estados de cunho islâmicos evidenciam que a questão não é se os povos fundados explicitamente no islã seriam aptos a viver numa democracia – e sim, qual a compleição de uma democracia fundada explicitamente no Estado de cunho islâmico (FUKUYAMA, 1992; HUNTINGTON, 1991; KRÄMER, 2011; LACHMAN, 2011; STEIN, 2011). Assim, este artigo pretende tratar da problemática intrínseca e das variáveis determinantes que dão compleição ao fenômeno da democracia dos Estados islâmicos orientais no limiar do século XXI.

2. A terminologia dissimulante no limiar do século XXI

As discussões sobre a democracia são uma variável constante na história da civilização há mais de dois milênios

(BERGSDORF, 1978, p. 17; CIFTCI, 2010, p. 1442; NUSCHELER, 1992, p. 67; SCHMITZ, 2000). Contudo, dentro do nosso contexto temporal, as discussões praticamente dominaram os séculos XIX e XX (KELSEN, 1920, p. 1) e retomaram a sua posição de atualidade na realidade da “Weltstunde des Verfassungsstaates” (HÄBERLE, 1997, p. 279) por meio do renascimento e da globalização do Estado Constitucional (WEIDENFELD, 1996, p. 15). No entanto, ao se contemplarem as discussões atuais, torna-se evidente que a utilização inflacionária do atributo “democracia” nos últimos anos conduziu a uma universalidade terminológica dissimulante do termo (STERN, 1984, p. 440). Na esfera internacional, a utilização inflacionária pelos Estados da comunidade internacional pode ser facilmente constatada por meio da simples análise dos diversos instrumentos jurídicos dos últimos anos (CARIBBEAN..., 2000; COMUNIDAD..., 2000; COMMUNITY..., 2000, 2002, 2005, 2007, 2009; FREE..., 2001, 2004; INTERNATIONAL..., 2003; INTER-PARLIAMENTARY..., 1997, 2009; MERCOSUR, 2001; ORGANIZATION..., 2001, 2003, 2004, 2005). Na esfera nacional, a universalidade terminológica dissimulante repousa na utilização inflacionária do atributo “democracia” pelos Estados nas suas esferas jurídicas internas (como, por exemplo, na própria Constituição), o que propicia a formação de uma biosfera com entendimento sistêmico próprio. Assim, a deformação do termo possibilita uma especificação terminológica com a consolidação de uma base conceitual de autolegitimação própria. Consequentemente, tornou-se comum encontrar Estados que se denominem democracias, nos quais inexistem variáveis democráticas determinantes básicas como, por exemplo, Direitos Fundamentais, Estado de Direito, Pluralismo e Sufrágio Universal (WALKER, 2009, p. 1). Em resumo, a globalização da utilização inflacionária do atributo “democracia” e a erosão causada pela universalidade terminológica dissimu-

lante vigente tanto no plano internacional quanto nacional devem permanecer no foco da ciência diante dos atuais acontecimentos democráticos nos Estados islâmicos (BIRLE et al, 2002, p. 7; HORNUNG, 1993, p. 353).

3. Variáveis determinantes da democracia nos Estados islâmicos

Enquanto o *novum* das revoluções democráticas nos Estados islâmicos é noticiado pela literatura jornalística, as discussões acadêmicas procuram acurar o conhecimento dos denominadores comuns. Assim a literatura científica pertinente dos últimos anos comporta vários estudos que, em suma, analisam partes constitutivas de um problema: a democracia nos Estados islâmicos (METZGER, 2007, p. 7). Uma parte da literatura segue uma *perspectiva normativa da democracia nos Estados islâmicos*. Outra linha de trabalho trata das *tendências dogmáticas da democracia nos Estados islâmicos*. Por fim, tem-se ainda uma linha de trabalho que trata da *situação empírica da democracia nos Estados islâmicos*. Outro aspecto importante das discussões é a quantificação das democracias nos Estados islâmicos como objeto de estudo. Aqui, os países membros e associados da *Organização da Conferência Islâmica (OCI)* compõem certamente uma lista referencial importante. Contudo, a existência de uma população com uma “maioria islâmica” é o fator decisivo para o estudo de uma democracia islâmica (GHOLAMASAD, 2002, p. 16; MERKEL, 2003). Esses são os 48 Estados com maiorias islâmicas: Afeganistão (99%), Albânia (70%), Arábia Saudita (100%), Argélia (99%), Azerbaijão (93,4%), Barém (81,2%), Bangladesh (89,5%), Brunei (67%), Burquina Fasso (50%), Cazaquistão (47%), Chade (53,1%), Comores (98%), Djibouti (94%), Egito (90%), Emirados Árabes (96%), Gâmbia (90%), Guiné (85%), Guiné-Bissau (50%), Iêmen (97%), Indonésia (86,1%), Irã (98%), Iraque (97%), Jordânia (92%), Kosovo (90%), Kuwait (85%), Líbano (59,7%),

Líbia (97%), Malásia (60,4%), Maldivas (100%), Mali (90%), Marrocos (98,7%), Mauritânia (100%), Níger (80%), Nigéria (50%), Omã (75%), Paquistão (95%), Qatar (77,5%), Quirguistão (75%), Senegal (94%), Serra Leoa (60%), Síria (74%), Somália (100%), Sudão (70%), Tajiquistão (90%), Tunísia (98%), Turquemenistão (89%), Turquia (99,8%) e Uzbequistão (88%) (PULSFORT, 2010).

3.1. Perspectiva normativa da democracia nos Estados islâmicos

A análise das variáveis determinantes da democracia nos Estados islâmicos permanece um tema da atualidade com uma dinâmica própria vinculada a realidade normativa e a práxis dos respectivos Estados. O termo Estado advém da Modernidade; surge na *Renaissance* e se espalha como termo jurídico por toda a Europa no século XIX, como na Alemanha “Staat”, na Itália “Stato” e na França “État” (ISENSEE, 1985, p. 133). Porém, uma definição do termo Estado que adquira uma validade atemporal e universal é impossível, pois a sua essência abrange um contexto científico com diversas perspectivas normativas e empíricas assim como posições antagônicas no tempo e no espaço que não se deixam resumir numa definição escolar primária ou ginásial. No entanto, a experiência metodológica e a prática consuetudinária dos Estados modernos sugere aqui uma distinção funcional entre as variáveis determinantes mínimas que perfazem a compleição da substancialidade democrática nos Estados islâmicos.

3.1.1. O Estado islâmico

O entendimento do Estado na Modernidade abrange duas dimensões distintas: uma dimensão supranacional e outra nacional. A dimensão supranacional comporta uma visão consuetudinária do Estado com elementos legitimados sobretudo na ordem das Nações Unidas adotada após a última guerra mundial (HOBE, 2008, p. 51). Como sujeito do direito internacional, a definição do Estado nesse patamar é imprescindível

para a sua inclusão num sistema supranacional de direitos e obrigações.

Na prática supranacional, a doutrina adota uma definição mínima para o reconhecimento do Estado, a qual prevê a existência de três elementos básicos: território (*Staatsgebiet*), poder constituído (*Staatsgewalt*) e povo (*Staatsvolk*) (SCHWEITZER, 2010, p. 231; VERDROSS; SIMMA, 1984, p. 599). Dentro desse contexto supranacional, todos os Estados islâmicos citados possuem um determinado território, apresentam um poder constituído, possuem uma população politicamente organizada e são reconhecidos, como tal, pela comunidade internacional. Dessa forma, as três condições básicas para o reconhecimento de uma estrutura estatal mandamental já são uma realidade na práxis consuetudinária desses Estados islâmicos, alinhada ao entendimento jurídico de uma filosofia do Estado internacional que não pode ser ignorada (CONZE; BOLDT, 2004, p. 1). Essa realidade perante a comunidade internacional dos Estados forma a condição determinante da soberania externa, internacional, reforçando, no raciocínio inverso, a existência de uma soberania interna, ou melhor, nacional, legitimadora daqueles elementos constitutivos básicos também nos Estados islâmicos. Na dimensão nacional, as características do poder constituído (*Staatsgewalt*) são os coeficientes que formam a chave para compreensão de quase todos os problemas relacionados com o Estado e a democracia (KRIELE, 2009, p. 29). A soberania é materializada dentro do Estado, delimitando e especificando o soberano e fundamentando a legitimidade no e do Estado. Assim, a questão da legitimidade perfaz a parte interna da questão da soberania (KRIELE, 2009, p. 29).

3.1.2. A legitimidade do soberano

A questão da legitimidade do soberano nos Estados islâmicos está diretamente relacionada a um entendimento e desenvolvimento histórico-teológico sempiterno.

O Tratado de Medina, firmado (por volta de 620 d.C.) entre Maomé e os líderes dos diversos clãs, serve de base para a constituição do primeiro Estado islâmico e a definição da legitimidade do soberano naquela comunidade política (KHAN, 2007, p. 21). A posição de Maomé como chefe de Estado e líder espiritual por dez anos embaça, já nos primeiros momentos, um entendimento duplo da legitimidade do soberano com aspectos terrenos e religiosos e o monismo entre o Estado e a religião. A evidência do problema da legitimidade no islã surge, pela primeira vez, na ocasião do falecimento do profeta Maomé no ano de 632 d.C. perante a necessidade da nomeação de um sucessor terreno. Seguindo o direito consuetudinário sunita vigente, a comunidade elege *Abu Bakr* como sucessor legítimo – a minoria xiita, no entanto, reconhecia apenas *Ali Ibn Abu Talib*, o qual além de ter parentesco com Maomé era casado com a sua filha Fátima¹ (TRAUB, 2011, p. 45). Tem-se aqui uma primeira disparidade no entendimento da legitimidade do soberano na comunidade política islâmica: no califado (acepção sunita), o califa assume uma posição política representativa com uma pretensão religiosa; enquanto no imanato (acepção xiita), o imã assume uma posição religiosa representativa com uma pretensão política. Assim, nos dois modelos há uma coexistência e interdependência entre representação e religião.

Em suma, a legitimação aqui é teocrática de menor ou maior intensidade, resultando num ou noutro soberano. Contudo, enquanto o imã sempre usufruiu de uma função primordialmente religiosa sendo considerado sábio e indefectível, o califa muitas vezes era considerado pedante e

¹ Dentro desse contexto, é importante distinguir primeiramente entre a acepção dos povos muçulmanos sunitas e xiitas. Os sunitas formam a maior facção religiosa dentro do islã comportando cerca de 85% da população muçulmana enquanto os xiitas perfazem apenas 15% dos muçulmanos em todo o mundo e estão localizados sobretudo no Iraque, Irã, Barém, Omã e Líbano.

presunçoso na sua função primordialmente terrena (KRAWIETZ; REIFELD, 2008, p. 21). Essa dicotomia da legitimidade marca o início do Estado islâmico, no qual *Abu Bakr* submete os povos islâmicos ao seu califado, consolida a legitimidade do terreno para si e impõe um marco para o reconhecimento da legitimidade terrena do soberano em detrimento e na concomitância do divino. Um novo patamar da legitimidade do soberano ocorre já em 661 d.C., quando a ascensão da dinastia dos Omíadas revoga a tradição democrática da eleição do califa e a transforma em hereditária. Com as conquistas militares do califa, a concepção da legitimidade do soberano no Estado islâmico começa a se consolidar na crença da supremacia de uma Nação “Dar al Islam” e a expandir sua área de influência político-social. Uma nova fase da legitimidade do soberano dentro do Estado islâmico surge apenas a partir de 1683. Com o fracasso das tentativas de tomar Viena, a derrota nas estepes russas e a consequente assinatura do Tratado de Paz de *Kuchuk Kainarji* em 1774, fica evidente que a tradição do sistema e dos mandamentos político-sociais do islã necessitava de mudanças profundas (GHADBAN, 2011). Impulsionadas pelo pensamento reformador do movimento “Nahda” (*Renaissance*) orientado à modernidade ocidental, as transformações começam pela modernização da técnica, depois da organização militar e, já no século XIX, da política e da economia.

Exatamente aqui – na modernização da política – surge o novo patamar da legitimidade do soberano no Estado islâmico. Abandonou-se a ideia de uma Nação “Dar al Islam” e passou-se, então, a aceitar a ideia do Estado nacional autônomo com elementos nacionalistas, surgindo assim o primeiro impulso no sentido de uma separação entre Estado e religião segundo a visão secular do egípcio *Ali Abdel-Razeq* e seu livro “Islã e os fundamentos do Poder” de 1925 (ABDEL-RAZEQ, 1925). Contudo, a *Renaissance Islâmica “Nahda”* não conse-

guiu sobreviver aos interesses geopolíticos, à realidade colonial e à repulsa interna nos respectivos Estados à ideia da ocidentalização. O resultado foi, em regra, a transformação dos Estados islâmicos em regimes totalitários, nos quais a legitimidade do soberano repousa em dinastias sempiternas (soberano é o ente monárquico) ou em regimes de cunho ditatorial instituídos a partir de convulsões internas com caráter radical militar (soberano é o usurpador) ou religioso (soberano é o líder clerical). Assim, a ressonância da democracia nos Estados islâmicos, vivenciada nos últimos meses, pode significar uma retomada daquele momento de transformação político malfadado da história institucional dos Estados islâmicos e o desenvolvimento de uma estrutura normativa condizente com os desafios no limiar do século XXI, em que o povo figure como o verdadeiro soberano.

3.1.3. *Fundamento do poder constituído*

O movimento de renascença islâmico “Nahda” apresenta um ponto de partida importante para o entendimento da fundamentação do poder constituído nos Estados islâmicos a partir da Idade Moderna. Com o seu malogro precoce, falta no mundo islâmico a introdução de um conceito antropocentrista fundamentador da autonomia humana que seja comparável ao pensamento de *Machiavelli*, em que a ordem terrena da pessoa humana é defendida em detrimento de uma ordem divina (LHOTTA, 2006, p. 1.796; SCHWAN, 1985, p. 429; STEFFANI, 1980, p. 33). Faltou também uma tradição teológico-filosófica que fundamentasse uma realidade pluralista e o poder na extensão de uma teoria contratual político-pluralista como em *Hobbes*, *Locke* e *Rousseau* (BRÄUER, 2003, p. 541; KERBER, 2007, p. 988; LEISNER-EGENSPERGER, 2004, p. 33; SCHMIDT H., 1982, p. 544). Por fim, não houve um Iluminismo no sentido de *Kant*, no qual as linhas limítrofes entre religião e razão também fossem aclaradas (MERKEL, 2003). Contudo, essa ausência de elementos

históricos que conduziram aos pressupostos da democracia no mundo ocidental a partir da Idade Moderna não é totalmente estranha à Antiguidade islâmica e poderia até ser considerada, tendo-se em vista os acontecimentos presentes com um certo otimismo, como um *intermezzo*. O Tratado de Medina (acima citado) não apenas definiu a legitimidade e o soberano naquela comunidade política, ele também serviu como um primeiro modelo de “Contrato Social” na história da civilização (islâmica) (KHAN, 2007, p. 21). Assim, o Tratado de Medina fundamenta o poder constituído por todos os habitantes residentes naquela região e apresenta características de um contrato ideal entre pessoas em um “Estado Natural” que leva à formação de um Estado – ideia desenvolvida mais tarde por *Hobbes*, *Locke* e *Rousseau* (BULAC, 1998; HAYKAL, 1988, p. 180). Por fim, o Tratado de Medina também apresenta as características de uma constituição política, pois regula o contrato social e define, ao mesmo tempo, onde e com que base o poder constituído está fundamentado. Importante no estudo do Tratado de Medina é, portanto, a aceitação do fato de que as pessoas no Estado Natural eram livres e soberanas, que tinham diversas religiões (multiculturalismo) e que fundamentavam o poder constituído mediante um contrato social. Isso demonstra que o islã, em termos gerais, já oferecia na Antiguidade as primeiras linhas estruturais de um sistema político que surgiria no ocidente apenas séculos mais tarde (KRÄMER, 2011, p. 53). A ideia de uma constituição como instrumento de fundamento do poder também faz parte presente da história moderna do islã. Em 1861, a Tunísia, na época uma província autônoma do Império Otomano, introduziu uma constituição política. Ao mesmo tempo um grupo de intelectuais também preparava um projeto de constituição para o Império Otomano, a qual foi introduzida em 1876, revogada pelo sultão dois anos mais tarde e novamente promulgada em 1908. Porém, tais instrumentos apresentavam ca-

racterísticas da hegemonia colonial: tinham respaldo político das elites locais, mas não eram aceitos pela maioria da população. Em resumo, permanece o conhecimento de que a ideia da fundamentação do poder constituído por uma constituição não é estranha ao islã, tendo sido implementada na Antiguidade, mas pouco desenvolvida na Idade Moderna. Assim as transformações ocorridas nos Estados islâmicos nos últimos meses e o clamar pela democracia podem chegar a impulsionar o desenvolvimento de uma constitucionalidade moderna congruente com as aspirações daqueles povos no século XXI.

3.1.4. *Fundamento do Direito*

O fundamento estrutural do Direito na Modernidade repousa nas diversas fontes reconhecidas pela culturalidade do Estado, nas quais as particularidades microscópicas formam as famílias jurídicas e as macroscópicas dão contorno aos sistemas jurídicos existentes hoje no mundo (CARVELLI; SCHOLL, 2011, p. 711; CONSTANTINESCO, 1983, p. 74; GRASMANN, 1988, p. 46; ZWEIGERT; KÖTZ, 1996, p. 62). Na literatura internacional pertinente, os Estados islâmicos perfazem um sistema jurídico próprio com diversas famílias jurídicas (*Madh-hābib*), as quais se formaram após a divisão da religião islâmica em uma linha de interpretação sunita e outra xiita (ROHE, 2001, p. 21). A linha sunita é composta pela família Hanafista², Malikista³, Schafiista⁴ e Hanbalista⁵. A família jurídica Jafarista⁶ per-

² Fundada por *Abu Hanifa* e fartamente presente no Egito, Afeganistão, subcontinente indico e parcialmente na Turquia.

³ Fundada por *Malik Ibn Anas* e fartamente presente no noroeste, leste e porção central da África.

⁴ Fundada por *Mohammed Ibn Idris Al Schafi'i* e fartamente presente no oeste da África e parcialmente no sul da Arábia e sudeste asiático.

⁵ Fundada por *Ibn Hanbal* e fartamente presente na Arábia Saudita.

⁶ Fundada por *Abū 'Abd Allāh Dscha'far ibn Muhammad as-Sādiq* e fartamente presente entre os sunitas ortodoxos da península arábica.

tence a linha xiita (SERAUKY, 2003, p. 130; WATT; WELCH, 1980, p. 247). Para todas essas famílias jurídicas islâmicas existem duas fontes do Direito (*Fiqh*): a *Schari'a* como direito canônico primordial e a *Qānūn* como direito terreno promulgado pelo soberano com importância subsidiária (ERMACORA, 1983, p. 365). As fontes primárias são o *Qur'an* como a palavra divina e a *Sunna* como os ensinamentos provenientes da vida de Maomé (SALEM, 2009, p. 34). As fontes secundárias são a *ijmā* como o consenso, *urf* e *ādāt* como os usos e costumes reconhecidos e *istihsān* como o interesse comum.

Ademais também temos a *qiyās* como a analogia e a *ra'i* como a própria opinião convergente com o islã. Por fim, surge o *Qānūn* como fonte terciária de importância subsidiária (EBERT, 1989, p. 199). Em geral, o *Qur'an* e a *Sunna* são as principais fontes do Direito para todas as famílias jurídicas e a intensidade da inclusão das demais fontes varia no tempo e no espaço durante o desenvolvimento dessas famílias jurídicas. A escola Hanafista é a mais liberal da linha sunita, na qual *ra'i*, *qiyās* e *istihsān* também assumem uma função primordial – com a ressalva de que apenas as passagens consideradas autênticas são reconhecidas (KHOURY, 2006, p. 261). Uma linha mais tradicional de interpretação do *Qur'an* e da *Sunna* e uma restrita aplicação da *urf* e *ādāt* são praticadas pela escola Hambalista. Tal escola é característica na Arábia Saudita e a sua proliferação mundial com uma visão mais restrita da religião é fartamente financiada pelo governo daquele Estado (KHOURY, 2006, p. 261). Uma visão interessante é praticada pela escola Malikista, na qual as fontes secundárias do direito, a *urf* e *ādāt*, estão num primeiro plano. A *ra'i*, no entanto, só é válida quando a *urf* e *ādāt* não forem capazes de conduzir a um resultado coerente. O objetivo da escola Schafiista era a unificação do islã por meio do fomento da sua jurisprudência. A característica dessa escola é uma negação da *istihsān* e a utilização da *qiyās* e *ijmā* dentro de uma linha tradicional

de interpretação em que o *Qur'an* e a *Sunna* têm uma função primordial (GARTNER, 2006, p. 20). Em resumo, permanece o conhecimento de que os fundamentos do Direito nas democracias islâmicas são diretamente orientados a uma aceção religiosa da pessoa humana, da sociedade e do Estado, na qual o Direito está diretamente vinculado à interpretação da palavra de Alá no *Qur'an*, que assume uma posição “constitucional” no Estado, fazendo do Estado islâmico uma garantia para a religião e a vida islâmicas⁷.

3.1.5. Representação e pluralismo

Em contraposição, a vida nos países cristãos é caracterizada pela ortodoxia, ou seja, pela simples orientação humana a um ensinamento religioso correto; a vida humana nos países islâmicos é caracterizada pela ortopraxia, ou seja, pela orientação humana à prática religiosa correta (AKASOY, 2007, p. 12). Assim, para os povos muçulmanos a vivência religiosa prática é muito mais importante do que para os povos cristãos. Esse fato coloca a dimensão teológica da existência humana não apenas no centro da vida espiritual, mas também da vida social e, conseqüentemente, no centro da questão da representação política no islã (SCHÄFER, 2000, p. 135). Esse fato evidencia a interdependência entre representação e religião no islã, em que fica evidente que o heterogêneo é dissonante nas aceções seculares e islâmicas da representação na democracia (LADEUR, 2011, p. 17). Nas democracias seculares, a presença do heterogêneo sempre foi uma variável constante; apenas sua interpretação e trato comportam diversas aceções na filosofia do Estado⁸.

⁷ Um aspecto importante nesse sentido é o fato da língua do Alcorão ainda ser a língua árabe original, o que dá ao texto um grau de autenticidade muito maior do que a Bíblia, pois aquele não passou por inúmeras traduções e adaptações linguísticas.

⁸ Sobre a problemática do pluralismo, as diversas aceções e fases: (BIRKE, 1978, p. 222; KREMENTDAHL, 1977, p. 108; QUARITSCH, 1980, p. 37; SCHMIDT, 2000, p. 103; SCHMITZ, 2000, p. 224; SEPT, 2000, p. 123; STEFFANI, 1980, p. 72; VON BEYME; HELMS, 2004, p. 198).

A posição do heterogêneo no Estado democrático secular moderno do pós-guerra é marcada pelo *Pluralismo*. Característica do Pluralismo é a existência de um setor controverso e outro não controverso na estrutura do Estado (FRAENKEL, 1982, p. 161; SCHMIDT, 2010, p. 220). Aqui, enquanto a constituição define a parte não controversa do Estado, o setor político é necessariamente controverso, e, portanto, dinâmico, mudando constantemente por meio da interação política dos interesses existentes na sociedade. Por sua vez, o Estado secular democrático moderno desconhece o resultado final dessa dinâmica, afinal o Estado não conhece nenhuma religião, mundividência e opinião (KRÜGER, 1966, p. 179). Essa abertura dinâmica permite uma constante adaptação *a priori* do setor político, uma nova formação da vontade no Estado e uma mutação do objetivo *a posteriori*, pois conteúdo e objetivo permanecem abertos à dinâmica heterogênea dos intérpretes da constituição (HÄBERLE, 1975, p. 297). Na democracia islâmica, por sua vez, também é possível encontrar um setor não controverso e um setor controverso dentro do Estado. Contudo, o setor não controverso abrange aqui uma religião, mundividência e opinião adotada pelo Estado. Isso limita uma abertura dinâmica no setor controverso, pois o espectro da pluralidade temática disponível para a interação e o desenvolvimento da comunidade política é limitado ou até mesmo inexistente. Característica da democracia islâmica é assim uma redução temática e humana da representação dentro do político a um mínimo ínfimo, pois o Estado conhece os objetivos *a priori* e *a posteriori* dessa comunidade política e não deixa uma abertura para o heterogêneo temático e humano entre os intérpretes da constituição.

3.1.6. Direitos da pessoa humana

Na sua evolução histórica, o fundamento dos direitos da pessoa humana apresenta critérios materiais e formais. Na sua dimensão material, a fundamentação pode

repousar na vontade divina, na natureza ou na própria razão humana (CARVELLI; SCHOLL, 2011, p. 167; RIEDEL, 2004, p. 546). Na sua dimensão formal, sua fundamentação pode estar alocada no âmbito supranacional ou nacional, apresentando características sistêmicas específicas. No âmbito internacional, segue-se a nomenclatura implementada pelas Nações Unidas para os *Direitos Humanos*. A titularidade dos Direitos Humanos é inerente à condição de pessoa humana e a existência de um perímetro estatal é irrelevante para o seu reconhecimento. No âmbito nacional, os direitos da pessoa humana estão diretamente acoplados ao sistema jurídico proveniente da carta política de um determinado Estado e, portanto, interligados aos elementos constitutivos do Estado – na práxis luso-brasileira fala-se de *Direitos Fundamentais*. Os Direitos Fundamentais são restritos no espaço do *território* (*Staatsgebiet*) do Estado e vinculam apenas o poder constituído (*Staatsgewalt*) pela carta política. Contudo, as constituições modernas costumam diferenciar ainda entre direitos do cidadão (*Staatsvolk*) e direitos da pessoa humana de modo a estender a proteção constitucional aos residentes não nacionais e transeuntes do perímetro estatal, o que gera uma certa dificuldade entre a diferença classificatória de Direitos Fundamentais da pessoa humana e Direitos Fundamentais do cidadão, os quais estão ancorados dentro da constituição e não perfazem Direitos Humanos no sentido clássico do termo.

3.1.6.1. Direitos Humanos

Uma das características básicas da segunda metade do século XX na história da humanidade foi a grande importância temática dos Direitos Humanos na comunidade internacional. No perímetro ocidental, tal importância impulsionou a implementação de tratados, sistemas supranacionais e estruturas de justiciabilidade daqueles direitos inerentes à condição humana. Contudo, o reconhecimento desses instru-

mentos pelos Estados islâmicos no decorrer do século XX foi marcado, em regra, por posições que vão desde indiferença, passando por reconhecimento parcial e chegando até posições de elevadas ressalvas (FISCHER; DIAB, 2007, p. 2972). Nos últimos anos do século XX, a temática encontrou uma ressonância própria dentro das organizações islâmicas internacionais, a qual culminou na promulgação de alguns instrumentos de Direitos Humanos eminentemente islâmicos.

Entre tais instrumentos podemos encontrar a *Universal Islamic Declaration of Human Rights* de 1981 (RIEDEL, 2004, p. 546); *The Cairo Declaration of Human Rights in Islam* de 1990 (RIEDEL, 2004, p. 562) e *The Arab Charter on Human Rights* nas versões de 1994 (RIEDEL, 2004, p. 568) e 2004 (LEAGUE..., 1994). Porém, tendo em vista a universalidade dos Direitos Humanos conferida aos e pelos instrumentos das Nações Unidas no Direito internacional, o paralelismo daquelas declarações islâmicas gera uma maior necessidade de esclarecimento das implicações imanentes. A *Universal Islamic Declaration of Human Rights* foi proclamada em 1981 e possui um caráter tradicional, em que a *Schari'a* define a interpretação de seu conteúdo (vide como exemplo: Art. 1 a) (BOGDANDY; WEILERT; WOLFRUM, 2009, p. 329). Contudo, a referida declaração foi promulgada pelo *Islamic Council of Europe*, uma organização privada sem competência de caráter vinculante, a qual não representa a maioria dos muçulmanos (WÜRTH, 2003, p. 37). *The Cairo Declaration of Human Rights in Islam* foi proclamada em 1990 pela *Organização da Conferência Islâmica* (OCI) e também coloca a *Schari'a* no centro da interpretação de seu conteúdo (vide como exemplo: Art. 2 und 25).

Contudo tal declaração não tem caráter vinculativo, servindo apenas de inspiração aos Estados-Membros daquela organização que comporta quase todos os países islâmicos existentes e tem fins meramente culturais (WÜRTH, 2003, p. 39). Por fim, te-

mos ainda as versões de 1994 e 2004 da *The Arab Charter on Human Rights*. Tal carta foi adotada pela *Liga Árabe* mediante resolução e promulgada primeiramente em 1994. Contudo, devido a um insatisfatório processo de ratificação por parte dos Estados islâmicos membros daquela organização, tal documento não pôde entrar em vigor. O trabalho conjunto daquela organização com as Nações Unidas possibilitou uma segunda versão daquela carta em 2004 (LEAGUE..., 2006, p. 147). Ao contrário dos demais instrumentos islâmicos, essa carta aparenta implementar um novo entendimento dos Direitos Humanos dentro do islã, como podemos perceber já em algumas passagens da introdução:

“Given the Arab nation’s belief in human dignity since God honoured it by making the Arab World the cradle of religions and the birthplace of civilizations which confirms its right to a life of dignity, based on freedom, justice and equality, Pursuant to the eternal principles of brotherhood, equality and tolerance among all human beings which were firmly established by the Islamic Shari’a and other divinely-revealed religions, (...)” (LEAGUE..., 2006, p. 149).

Entre os principais aspectos dessa carta, tem-se o reconhecimento de diversas religiões, a igualdade entre o homem e a mulher e o fato de a interpretação desse documento não estar vinculada à mundividência da *Schari'a* (BOGDANDY; WEILERT; WOLFRUM, 2009, p. 329). Ademais, fica evidente que a pessoa humana deixa de receber a sua dignidade humana apenas dentro da religião e passa a ter uma dignidade humana universal congruente com as demais declarações pertinentes. Assim fica evidente na leitura do documento que a carta pretende reforçar a vigência da ideia dos Direitos Humanos estabelecidos pelos instrumentos das Nações Unidas (FISCHER; DIAB, 2007, p. 2972). Na prática jurídica, é inegável que

esses instrumentos internacionais acabam proporcionando uma operacionalidade e canalização das linhas dogmáticas sobre os Direitos Humanos nas democracias islâmicas. Contudo, tais linhas são antagônicas. Um entendimento vê os Direitos Humanos como uma invenção da filosofia ocidental, os quais refletem, portanto, as posições imperialistas e colonialistas daqueles países. Dessa forma, a única opção do oriente seria rejeitar tal conhecimento veementemente⁹. Uma outra acepção entende os Direitos Humanos como uma parte integrante da *Schari'a*, pois tais direitos teriam sua origem em Alá e, portanto, sempre fizeram parte do *Qur'na* (BIELEFELDT, 2003, p. 30; FRITZSCHE, 2004, p. 88). Em resumo, permanece o conhecimento de que *The Arab Charter on Human Rights* na sua versão de 2004 representa um marco milenar para uma nova acepção universal dos Direitos Humanos dentro das democracias nos Estados islâmicos, cujo desenvolvimento no limiar do século XXI deve permanecer no foco da ciência jurídica.

3.1.6.2. Direitos Fundamentais

Na sua acepção moderna, o Estado surge como expressão do consenso político normativo da comunidade pela paz e da pessoa humana pela liberdade (KRIELE, 2009, p. 67). Sua força normativa garante a paz, a vigência do Direito, institucionaliza a liberdade e proporciona a eficiência da liberdade inata com maior ou menor efetividade normativa dentro da comunidade política e dentro do Estado. A pessoa humana é assim o coeficiente exponencial na estrutura normativa do Estado moderno e a vigência, a eficiência e a efetividade de suas liberdades e igualdades inatas delineiam, em raciocínio inverso, a silhueta do Estado moderno conforme prediz a máxima "Zeig mir Dein Staatsrecht, und ich sage Dir,

⁹ Essa posição é defendida, por exemplo, pelos seguintes autores: *Mohammed Imara, Mohammed al-Ghazali* e também por *Ruhollah Musavi Khomeini* (TIBI, 1996, p. 21,42,248).

welchen Staat Du hast"¹⁰. Dessa forma, os Direitos Fundamentais perfazem a essência nuclear do Estado democrático constitucional ocidental secular moderno e são um critério constitutivo das democracias na globalização do Estado constitucional. Neste sentido, hoje em dia, a maioria dos Estados islâmicos possui uma carta política ou um documento equivalente como fundamento da estrutura e da organização do Estado e como base da relação entre Estado e pessoa humana. Na sua concepção teórica, o Estado islâmico é parcial: ele conhece uma religião, uma mundividência e uma opinião. Essa acepção indica a posição da religião islâmica dentro do Estado, a qual toma diversas conotações dentro da carta política pertinente.

Com a globalização constitucional, tais cartas políticas possuem, em regra, uma lista de Direitos Fundamentais equivalentes aos garantidos nos Estados ocidentais. Contudo, tais acepções dos Direitos Fundamentais são consideradas apenas num contexto islâmico, em que as permissões e as proibições da ordem religiosa islâmica perfazem os *guard rail* (*Leitplanken*) que definem e delimitam o fluxo dos direitos de liberdade e igualdade no cotidiano (NA-EEM, 2008, p. 76). Assim, as democracias islâmicas colocam a pessoa humana numa posição, na qual a dignidade só existe na medida da religião. Isso reduz a materialidade dos Direitos Fundamentais, pois o entendimento dogmático da vinculação (*Grundrechtsbindung*) (STERN; SACHS, 1988, p. 1177), da multifuncionalidade (*Multifunktionalität*) (STERN; SACHS, 1988, p. 455) e da ordem de valores (*Wertordnung*) (STERN; SACHS, 1988, p. 899) – se existentes – estão interligados a uma interpretação religiosa estática. O mesmo também acontece com os critérios formais, em que a definição terminológica especial (*sprachliche Sonderstellung*) (STERN; SACHS, 1988, p. 111,328), a codificação (*Ver-*

¹⁰ "Mostre-me o seu Direito do Estado e eu lhe direi qual é o tipo do teu Estado" (STERN, 1984).

briefung) (STERN; SACHS, 1988, p. 220) e a proteção jurídica contra a violação dos Direitos Fundamentais (*gerichtlicher Schutz*) (STERN; SACHS, 1988, p. 1293) também são definidas pela religião – com a ressalva de uma proteção contra a violação de Direito Fundamental pelo divino, pois naquele sistema, o próprio divino define a materialidade jurídica dos Direitos Fundamentais. Em resumo, permanece o conhecimento de que os Direitos Fundamentais dos sistemas jurídicos islâmicos nacionais estão fundamentados, em regra, na vontade divina. Essa característica impede que os Direitos Fundamentais assumam o seu lugar no ápice da ordem jurídica e definam a silhueta do Estado na medida da pessoa humana.

3.1.7. Estrutura da *Öffentlichkeit*¹¹

O conhecimento de que a capacidade dialética da pessoa humana perfaz uma característica imanente e constitutiva da nossa espécie, a qual permite ao *Zoon Politikon* interagir com outras pessoas, tomar decisões e a criar condições para a vida em sociedade, pertence ao rol das máximas elementares da nossa civilização. Na história da humanidade, é possível encontrar vários modelos políticos nos quais essa característica dialética é considerada. O modelo que oferece a melhor concepção dialética no Estado constituído é a democracia (BEIERWALTES, 1999, p. 34; GUGGENBERGER, 1998, p. 89; WIESENDAHL, 1981, p. 124). No Estado constitucional democrático moderno, a dialética da pessoa humana tem caráter supraestatal, fundamenta a soberania interna, usufrui de imunidade e obriga o Estado à neutralidade. Característica básica dessa estrutura dialética no Estado constitucional

democrático é a concomitância da abertura sistêmica e do dinamismo temático resultando na inexistência de uma verdade objetiva (OBERREUTER, 1980, p. 20). Tal característica representa a base histórica na qual todas as democracias estão embasadas. Já em Atena (462 – 429 a.C.) era direito de todos os cidadãos (HANSEN, 1984, p. 17) participar das sessões na *Agora* e tomar parte dos debates da *Eclésia* (BLEICKEN, 1986, p. 128; STÜWE; WEBER, 2004, p. 24; TARKIAINEN, 1966, p. 224). A identidade entre representantes e representados naquela democracia permitia que todos os cidadãos participassem ativamente na formação da vontade do Estado (*Staatswillensbildung*) e que tomassem ciência das diversas opiniões existentes sobre os vários temas políticos (*Meinungs-und Willensbildung des Bürgers*) (FINLEY; PACK, 1980, p. 22).

Porém, essa concepção da *Öffentlichkeit* muda com o advento do Estado Nacional moderno (em contraposição à minúscula territorialidade da Cidade-Estado) (FRANKENKEL, 2011, p. 165; VORLÄNDER, 2003, p. 49; STERN, 1992, p. 1.027). A introdução desse novo tipo de Estado trouxe o elemento da representação a nível organizacional e uma separação da formação da vontade do Estado (*Staatswillensbildung*) e da formação da opinião e vontade políticas do cidadão (*Meinungs-und Willensbildung des Bürgers*). Nas democracias modernas, o soberano elege os seus representantes por meio de eleições, os quais exercem a soberania e dão forma à vontade do Estado em nome do povo (*Staatswillensbildung*) (STERN, 1984, p. 615). O controle da comunidade política ocorre na sociedade com a formação da opinião e vontade políticas do cidadão (*Meinungs-und Willensbildung des Bürgers*). Porém, na prática do cotidiano, sua consecução depende exclusivamente da estrutura da *Öffentlichkeit* delineada pela concepção dialética definida na constituição, a qual reflete, em geral, posições garantidas pelos Direitos Fundamentais. Nas democracias dos Estados islâmicos,

¹¹ As dimensões e as variáveis que o termo *Öffentlichkeit* usado dentro da Filosofia do Estado alemão emana não se deixam resumir numa expressão equivalente da língua portuguesa, o que torna imperativo o uso da grafia idiomático original. Sobre o termo na filosofia do Estado ver Habermas (1962) e Häberle (2000).

a estrutura da *Öffentlichkeit* também é influenciada por fatores sistêmicos próprios. Contudo, em linhas gerais, a dialética humana não apresenta uma condição supraestatal no Estado islâmico, pois existe somente em função do divino e do Estado como guardião da religião. Ademais, a dialética humana não conduz necessariamente a uma fundamentação da soberania interna. Consequentemente, a ausência do caráter soberano na dialética humana tolhe a perspectiva de imunidade desta dentro do Estado islâmico – e tal ausência também não obriga o Estado à neutralidade. Característica básica dessa estrutura dialética nas democracias dos Estados islâmicos é a concomitância do monoteísmo sistêmico e temático resultando na existência de uma verdade estatal objetiva (HÄBERLE, 2008, p. 105).

Como apresentado acima, o Estado islâmico é, na sua concepção, parcial: ele conhece uma religião, uma mundividência e uma opinião. Ademais, ele também conhece os objetivos *a priori* e *a posteriori* da comunidade política e não permite uma abertura para o heterogêneo temático e humano entre os intérpretes da constituição. Em resumo, permanece o conhecimento de que a relação do Estado com a tríade das liberdades de opinião, informação e imprensa permanece um problema central das democracias nos Estados islâmicos que merece uma atenção especial no decorrer do século XXI.

3.2. Tendências dogmáticas da democracia nos Estados islâmicos

Ponto de partida do estudo das tendências dogmáticas modernas da democracia nos Estados islâmicos são as transformações no início da década de 80 decorrentes da Revolução Islâmica no Irã e a consequente politização e polarização do Fundamentalismo e do Secularismo islâmicos (KRAMER, 1997, p. 102).

Aspecto central do Fundamentalismo é a mundividência teológica de que apenas

a retomada dos valores e das estruturas tradicionais proporciona soluções para os problemas da atualidade. Assim, os fundamentalistas pregam a derrocada da modernidade pela retomada estrita dos valores e conceitos contidos na palavra divina (da Bíblia na fé cristã, da Torá na fé judaica ou do *Qur'an* para a fé islâmica) – o que também implica numa crítica ao individualismo e ao pluralismo em sociedades secularistas (MARTY; APPEBLY; MÜNZ, 1996, p. 197; NOHLEN, 1998, p. 199; PRUTSCH, 2008, p. 59). Da mundividência teológica surge, frequentemente, uma dimensão política, a qual objetiva a implementação daquelas premissas teológicas no campo político e requer a adoção de posições conservadoras, podendo conduzir ao “radicalismo” ou ao “extremismo”. No caso do islã, o fundamentalismo teológico prega a retomada do ideal do século VII pelo respeito à *Schari'a*, da permissibilidade de penas dracônicas e de uma rigorosa proibição do contato entre homens e mulheres em todas as esferas da vida humana – a qual implica num tratamento desigual e numa desequiparação social e legal da mulher perante aquele. Em sua dimensão política, o Fundamentalismo dentro do islã é comumente simbolizado pelo termo Islamismo (TARTSCH, 2008, p. 26; WIMMER, 2009, p. 432); o qual dá forma à busca pela concretização política¹² da pretensão teológica como único caminho para o retorno à idealidade da pessoa

¹² O *modus operandi* para a concretização política das pretensões religiosas *fundamentalistas* pode ser reduzido a duas linhas distintas: a *facção legalista* age por meio de entidades de representação com amplos programas sociais e procura criar as condições necessárias para a expansão de um pensamento político condicente com aquelas pretensões religiosas fundamentalistas. A *facção militante*, por sua vez, procura impor sua política por meio da força. Entre seus representantes temos, por exemplo: *Al-Qaeda* (com a utilização do terrorismo a nível internacional); *Ansar al-Islam* (com a utilização de terrorismo a nível nacional no Iraque) e as instituições *Hamas*, *HizbAllah*, *Izzadin al-Qassam-Brigaden* (as quais atuam em seus respectivos territórios e possuem poderio bélico para ações militares/terroristas) (BUNDESAMT..., 2008).

humana, da sociedade e do Estado (AHMAD, 1963; ECCEL, 1984; FIGIL, 2004, p. 33; RIESEBRODT, 1998, p. 67). Por sua vez, a característica básica do Secularismo, na sua dimensão teológica, repousa na emancipação e na conseqüente autonomia dos indivíduos, dos grupos sociais e do Estado dos valores e normas consagrados pelas instituições canônicas. Como termo da filosofia política, o Secularismo é comumente utilizado para materializar o constante processo de emancipação da sociedade civil burguesa desde a Idade Média e a conseqüente modernização por meio da transição de valores do indivíduo, da sociedade e do Estado (EVERHARD, 2000, p. 6.150; FIGL, 1992, p. 87). Como resultado da supressão dos valores e das estruturas tradicionais e da convicção de domínio do mundo terreno pela ciência e pela técnica, surgem aqueles elementos que perfazem o *Kernbereich* da nossa sociedade ocidental, como um novo entendimento do Estado (*res publica*); do governo (“government of the people, by the people, for the people” – na inigualável expressão de Abraham Lincoln); da sociedade (pluralismo); do indivíduo (liberdade e igualdade) e de domínio e compreensão do mundo mediante verdade científica (liberdade da ciência). Em resumo, a dialética da mundividência dessas posições desembocou, no âmbito dos Estados islâmicos, em diversas posições políticas (AMIRPUR; AMMANN, 2006; BIELEFELDT, 2003; DURÁN, 1984, p. 560; ENDE; FLORES, 2005, p. 620; STEINBACH, 2005; GERHARD, 2003; NÖKEL, 2002; PRENNER, 2003, p. 436; RIESEBRODT, 2000; RUMPF; SYNEK, 2003, p. 786). Entrementes, o espectro de posições nas discussões sobre a democracia nos Estados islâmicos pode ser reduzida, *grosso modo*, a três posições básicas: uma posição argumenta a *impossibilidade de coexistência* entre o islã e a democracia; outra posição defende a *compatibilidade* entre o islã e a democracia e uma terceira posição defende a *possibilidade de coexistência* entre o islã e a democracia.

3.2.1. *Impossibilidade de coexistência entre o islã e a democracia*

A posição de que o islã e a democracia não podem coexistir é típica dos fundamentalistas islâmicos, os quais defendem a impossibilidade baseados em diversas linhas argumentativas¹³. Para uma primeira linha de argumentação, a impossibilidade advém do princípio *hakimiyat allah*, ou seja, “Poder de Alá”, pois como única autoridade universal, somente Alá é capaz de formular leis verdadeiras. Para uma segunda linha de argumentação, Alá transmite as suas leis para o mundo terreno por meio das revelações aos seus profetas. Ainda nessa linha de argumentação, o último profeta enviado por Alá foi Maomé, o qual entregou à humanidade o *Qur’an* – uma compilação dos mandamentos divinos transmitidos diretamente por Alá. O *Qur’an* assume assim a posição de um instrumento divino normativo da vida e do direito islâmico que regula a religião, a sociedade e o Estado. Dessa forma, não cabe ao ser humano legislar, mas somente assumir a função passiva de empreendedor dos mandamentos de Alá¹⁴. Para uma terceira linha de

¹³ Entre os defensores dessa posição do mundo ocidental (FUKUYAMA, 1992; HUNTINGTON, 1991).

¹⁴ O egípcio Sayyid Qutb (1906-1966) pertence ao rol dos mais importantes pensadores do islã da segunda metade do século XX. Ele atuou como escritor e crítico literário. Após uma viagem aos EUA nos anos 50, tornou-se um forte crítico da vida e da ordem ocidental iniciando o desenvolvimento de um sistema oposto com base numa visão radical do islã. Como membro da “Irmandade Muçulmana”, foi preso e torturado várias vezes pelo Estado Egípcio – o que provocou uma radicalização ainda maior da sua visão do Islã. Suas obras descrevem a estrutura de uma sociedade em um estado de “ignorância” (*jahiliyya*), a qual se afastou completamente dos ensinamentos do Islã. A resistência dos muçulmanos deve, portanto, dirigir-se não apenas contra os colonialistas ocidentais, mas também contra os regimes hipócritas do mundo islâmico. Objetivo dessa luta deveria ser a instauração de um governo legitimado por Alá. Todos os muçulmanos e seus governos que pactuassem com o mundo ocidental deveriam ser declarados infiéis e combatidos. Até hoje, as obras de Qutb servem de legitimação ideológica para as lutas militares contra os sistemas infiéis e formam a base do pensamento radical do Islã (BUNDESAMT..., 2006).

argumentação, a impossibilidade também advém do princípio *Tawhid*¹⁵. Segundo esse princípio, Alá não detém apenas a posição de legislador, mas também a de soberano (ESPOSITO; VOLL, 1996, p. 23). Assim, a máxima de que “só existe um Deus e este Deus é Alá” comporta a certeza de que a coexistência de outro soberano (no caso, o povo) é profana e estaria em desacordo com a onipotência de Alá, pois o que não está escrito no *Qur’an* não é a sua vontade (RADOS, 2005, p. 129; SALAMÉ, 1994, p. 3). Em resumo, permanece a visão de que a democracia é incompatível com essa posição, sobretudo, devido ao monismo existente entre o divino e o terreno – e a prevalência daquele sobre este, em que, por fim, o divino representa uma Teoria do Estado e o *Qur’na*, sua Constituição, não sendo possível a existência de um *pouvoir constituant* e/ou de um *pouvoir constitué*, pois tudo que não advém do divino não é apenas profano, mas também ilícito (JUNG,

¹⁵ Abul Ala al-Maududi (1903-1979) foi o fundador, em 1941, da organização paquistanesa *Jamaat-e Islami* e pertence ao rol dos pensadores islâmicos mais importantes do século XX, cujas obras ainda tem uma ressonância exponencial. Conforme seu pensamento, a força central de sociedades islâmicas é a luta contra os infiéis (*kufir*), o que conduz, em última análise, a formação de um Estado com base na ordem islâmica. Condição *sine qua non* da ordem islâmica é a implementação da *Schari’a* em todos os perímetros da vida. Em seu pensamento figura o termo “Teo-Democracia”, a qual ele pretendia erigir e aonde somente aqueles que realmente entendessem e concretizassem a vontade divina deveriam governar. No entanto, a silhueta do seu Estado varia de autoritário a totalitário. O chefe do Estado islâmico deve ser eleito por um grêmio e governar até seu falecimento. Pessoas com outras fés só poderiam coexistir como “protegidos” com um *status* inferior. As mulheres devem permanecer distantes da política e se dedicar aos afazeres domésticos e a família. Em seus pensamentos, al-Maududi cria conceitos como “revolução islâmica”, “Estado islâmico” e “ideologia islâmica”. Ademais, ele defende que na luta contra o “Mal”, até mesmo os princípios do Islã podem ser feridos. Com os seus conceitos e ideias al-Maududi politiza a religião de uma forma excepcional. Para ele, o Islã deveria ser limpo das influências negativas acumuladas durante os séculos – o que torna sua visão atrativa, sobretudo, para os radicais islâmicos que tratavam das influências ocidentais (BUNDESAMT..., 2006).

2002, p. 33). Um exemplo prático desse entendimento teológico do Estado pode ser encontrado no Afeganistão, onde a comunidade internacional enfrenta enormes dificuldades para implementar as mais simples estruturas constitutivas e cognitivas do Estado Democrático de Direito (MAHMOUDI, 2004, p. 867).

3.2.2. Islã e democracia são compatíveis

A compatibilidade do islã com a democracia é assegurada tanto pelos fundamentalistas quanto pelos secularistas mediante diferentes argumentações. Segundo os fundamentalistas, o princípio *shūrā* (consultação) é uma figura constante da tradição islâmica que comporta o pluralismo de opinião, de interesses, de grupos sociais e a participação política pela consultação em todos os perímetros da vida (MELZER, 2008, p. 5). Para demonstrar que esses elementos democráticos fazem parte da vida islâmica, os fundamentalistas apontam ao exemplo da República Islâmica do Irã. Eles chamam a atenção, sobretudo, para a Constituição da República Islâmica do Irã, que foi desenvolvida conforme o pluralismo político, ou seja, com a participação das forças liberais e de outros líderes políticos e religiosos, sendo aprovada pelo povo por meio de plebiscito. Ademais, eles também argumentam que a Constituição do Irã prescreve uma série de eleições para os cargos políticos do país: o parlamento e o presidente são eleitos pelos cidadãos maiores de 16 anos a cada 4 anos conforme os Artigos 62, 63 e 114 daquela Constituição. Por fim, ainda existem Direitos Fundamentais na Constituição iraniana, os quais, numa visão geral, completariam a silhueta de um Estado Democrático de Direito e reforçam a ideia de que o islã e a democracia são compatíveis.

Para os secularistas, a dissonância dessa argumentação está nas entrelinhas, pois objetiva chegar a uma aprovação tácita da Teoria do Estado instaurada pelo conceito *Velayat-e faqih*, ou melhor, do governo do

jurisconsulto canônico superior desenvolvido pelo *Aiatolá Ruhollah Musavi Khomeini* (GÖBEL, 1984, p. 142; HOEPPNER, 1980, p. 183; KHOMEINI, 1983, p. 34; MOIN, 1999; NAUMANN; JOFFE, 1980, p. 214; TAHERI, 1985, p. 3). Característica desse conceito é a admissão da existência do canônico e do terreno como duas áreas distintas do todo divino; em que o clero tem a obrigação de fomentar a espiritualidade das pessoas e a permissão de interagir na gestão da vida terrena da comunidade até a retomada do divino com o retorno de Alá¹⁶. Assim, diferentemente das linhas mais fundamentalistas do islã, o *Aiatolá Khomeini* cria uma Teoria do Estado que permite tanto a existência de elementos democráticos (por meio do *pouvoir constituant* e do *pouvoir constitué* e seus desdobramentos participativos de caráter representativo) quanto a existência de elementos teocráticos (por meio do *jurisconsulto canônico superior*) em um sistema político cujo objetivo da *Staatsräson* é constituir uma estrutura de transição até o retorno do divino¹⁷. Contudo, na prática, tal sistema desemboca numa anulação dos elementos democráticos, pois todas as decisões, independente do trâmite, são tomadas, de fato, no patamar teocrático. Assim, os secularistas criticam aqui exatamente que tanto o presidente quanto o parlamento não têm poder de veto às decisões do *jurisconsulto canônico superior*. Como agravante, todos os interessados no exercício do direito eleitoral passivo passam pelo crivo selecionador do *jurisconsulto canônico superior* e seus assistentes antes de figurarem nas listas eleitorais como candidatos oficiais – o que praticamente elimina a oposição indesejada. Dessa forma, a afirmação de que o islã e a democracia são compatíveis não é errônea, porém incompleta, pois elevar a insti-

tucionalização constitucional do princípio *shūrā* por meio de estruturas formais com função deliberativa mas sem função decisiva material como uma prova da referida compatibilidade é ignorar, dolosamente, o problema da substancialidade democrática no islã¹⁸. Em resumo, permanece a certeza de que enquanto a máxima da *Rule of Law* na práxis dos Estados Democráticos de Direito ocidentais prediz pelo Princípio da Proporcionalidade que “o fim não justifica o meio”, o observador ocidental obtém aqui facilmente a lamentável impressão de que, na práxis do Estado iraniano, a máxima da *Rule of Law* prediz que “o fim justifica o meio” – o que nos remete a acepções totalitárias do Estado, em que a figura da pessoa humana é degradada à condição de um simples objeto (veja aqui a *Objektformell* do *Bundesverfassungsgericht* alemão) em relação a sua utilidade para a consecução do objetivo do Estado e a consequente ineficiência sistêmica dos poucos Direitos Fundamentais existentes só protege a pessoa humana da coerção, do abuso estatal e da plena erradicação indubitável de sua condição humana na medida em que a totalidade de sua existência esteja orientada àquelas pretensões, necessidades e objetivos estatais. Assim, mesmo perante a existência de elementos democráticos materiais na Constituição, sua efetividade é anulada por elementos formais derivados da hegemonia teocrática implícita na *Staatsräson*, eliminando também o equilíbrio institucional natural (veja aqui a jurisprudência da *Supreme Court* americana sobre os *checks and balances*) entre as entidades derivadas do *pouvoir constitué*.

¹⁶ Veja exemplarmente o enunciado do artigo 5º da Constituição do Irã, em que está explicitamente definido que a Constituição só vale até o momento do retorno de Alá.

¹⁷ Artigo 5º da Constituição do Irã.

¹⁸ Os *Conselhos de Consultação* encontrados na Arábia Saudita, em Omã e no Irã (na forma de um modelo parlamentar) também não levaram a um florescimento da substancialidade democrática. O problema dos conselhos *shūrā* é que a sua posição na ordem estatal é muito fraca para chegar a ter uma influência sobre o governo. O Poder remanesce, em Omã, no *Sultão*; na Arábia Saudita, no *Rei* e no Irã, no *Jurisconsulto Canônico Superior* (MELZER, 2008, p. 9).

3.2.3. Islã e democracia podem coexistir

Característica básica dessa posição é a mundivisão secularista de que o islã e a democracia podem coexistir, a qual é sustentada por uma parte (crescente) da literatura científica (EL FADL ABOU; COHEN; CHASMAN, 2004; KHAN, 2007, p. 17). Ponto de partida dessa posição é a realocação da religião dentro do Estado para a concretização da coexistência (KALLSCHEUER, 2002, p. 3). Consequentemente, a primeira questão dessa posição é relativamente simples e tem o seguinte teor: seria possível realocar a religião dentro do Estado e da sociedade sem perder a identidade religiosa característica do islã? A resposta dessa questão é delineada primeiramente com base na experiência prática da Turquia como um exemplo bem-sucedido de reconhecimento internacional da coexistência do islã e da democracia (ETZIONI, 2008, p. 11; GÖLE, 2008; KÁLNOKY, 2009, p. 12; NASR, 2005, p. 13; SPIEGEL, 2011). A realocação da religião dentro do Estado turco está ancorada no laicismo do Estado fixado no art. 2º da Constituição (GÖZLER, 2010). Além disso, o referido mandamento é inalterável, pois faz parte das Cláusulas Pétreas (*Ewigkeitsklauseln*) conforme as disposições do art. 4º daquele documento. Assim, a posição da Constituição no ordenamento jurídico turco é claramente definida e o Direito Constitucional forma a porção central do Direito do Estado em que figuram todos os aspectos principais daquele Estado (STERN, 1984, p. 11). Também é interessante notar que a interpretação da Constituição, de acordo com o art. 146, assume uma posição importante naquela comunidade política como parte central da realidade jurídica da sociedade e do Estado turcos por meio do Tribunal Constitucional e conforme os ditames da literatura específica sobre o constitucionalismo moderno (STERN, 1992, p. 120). Por fim, a legitimação popular desse documento político respalda a substancialidade democrática da

Constituição da Turquia, a qual foi adotada por referendo popular em 1982, após uma aprovação de 97% da população. Contudo, no processo de contemplação da atual coexistência entre o islã e a democracia na Turquia, é impossível ignorar a dimensão histórica despótica que possibilitou essa realidade. A base ideológica para a atual coexistência do islã e da democracia na Turquia advém do processo de transformação introduzido pelo *General Mustafa Kemal Atatürk* em 1923. O Kemalismo representa assim, em primeiro plano, um movimento de alinhamento forçoso da Turquia ao ocidente por uma profunda transformação do Estado segundo as disposições de seis princípios básicos: *Republicano, Populista, Revolucionário, Nacionalista, Estadista e Laicista*¹⁹.

Tal processo forçoso também comporta em segundo plano uma transformação da sociedade por meio de diversas reformas sociais como a abolição do califado, a unificação do sistema escolar, a proibição da poligamia (com a adoção do direito civil

¹⁹ O *Princípio Republicano* determina a forma do Estado turco e está ancorado no art. 1º da Constituição Turca. Entre os efeitos desse princípio, tem-se a eliminação da Monarquia na forma dos Sultanos, dos Califados e do sistema *Millet* otomano. O *Princípio Populista* segue uma acepção própria do termo no idioma original e trata de uma pretensão de cooperação entre todas as classes para um bem comum, com a consequente mobilização de todas as classes na construção de um Estado novo. O *Princípio Revolucionário* prediz, na linguagem marcial utilizada nas reformas da sociedade turca dos anos 20, que o processo de transformação deveria ser dinâmico e continuar a ser implementado pelas gerações futuras. O termo também comporta a transformação institucional revolucionária das instituições tradicionais por instituições modernas. O *Princípio Nacionalista* enfatiza a necessidade de formar uma nação a partir dos diversos povos existentes dentro do Império Otomano, os que possuem uma história e uma língua comum (o que também independe de um conceito de raça). O *Princípio Estadista* prediz que o Estado tem o dever de promover o desenvolvimento e o progresso do país e se necessário atuar aonde o engajamento privado não esteja presente. O *Princípio Laicista*, na Turquia, determina a separação dos assuntos estatais e dos religiosos, a qual compreende a proibição de partidos religiosos.

helvético e a consequente equiparação jurídica do homem e da mulher), a suspensão da *Schari'a*, a proibição do véu islâmico, a introdução das vestimentas europeias, introdução do alfabeto latino, introdução do calendário gregoriano e a proibição de partidos religiosos.

Uma segunda linha explanativa também defende a coexistência entre o islã e a democracia tomando a existência de outros Estados democráticos como base para o corolário das suas argumentações. Os adeptos dessa posição veem uma prova de que o islã e a democracia não se excluem ou anulam mutuamente na incontestabilidade de que vários daqueles Estados, considerados eminentemente democráticos, possuem uma expressiva minoria islâmica, que vive perfeitamente integrada nas respectivas realidades políticas e oferece uma contribuição constitutiva para a substancialidade democrática (AYDIN; HALM; ŞEN, 2003, p. 3; GOLZ, 2005, p. 3). Afinal, a história ensina que, em quase todos os países do mundo, islâmicos ou não, já ocorreram tentativas de implementar a democracia – e, enquanto umas malograram, outras frutificaram. Dessa realidade não se pode, contudo, subsumir uma regra geral de que alguns povos seriam mais aptos à democracia que outros (HÖTTINGER, 1991, p. 279). O parco desenvolvimento da democracia nos Estados islâmicos não seria, assim, uma consequência direta apenas do islã e sim, primeiramente, das cobiças e intrigas de alguns déspotas e usurpadores, os quais não estavam dispostos a permitir a emancipação política e a consecução da democracia (HÖTTINGER, 2000, p. 419).

Aliás, a culturalidade democrática ocidental não tem como ignorar essa realidade, pois também advém de um processo histórico semelhante, em que a democracia surge somente após um longo processo de desenvolvimento político-filosófico e da luta contra o conceito do soberano que recebia todo seu poder de Deus (KELSEN, 1970, p. 164). Por fim, a literatura pertinente

também vê na infrutibilidade da democracia nos países islâmicos nos últimos decênios o resultado do interesse geopolítico e sobretudo econômico de outras nações apontando para a sustentabilidade artificial de regimes não democráticos por potências democráticas ocidentais como, por exemplo, do absolutismo monárquico na Arábia Saudita ou do absolutismo republicano vigente no Egito até poucos meses (EL-MAHDI, 2009, p. 1023; ROß; ULRICH, 2011). A difícil aceção da teoria e da práxis da democracia ocidental também é influenciada pelo passado colonial extremamente explorador em muitos desses Estados islâmicos e impulsiona fartamente o já existente ceticismo histórico em relação à dogmática ocidental e a uma concepção da democracia orientada somente a variáveis eminentemente ocidentais (FRANKENBERGER, 2006, p. 1; KRÄMER, G., 2007). Em resumo, permanece contudo a visão de que o islã e a democracia podem coexistir, mesmo não sendo ainda evidente a composição das variáveis determinantes da democracia desses países na transição e a consequente compleição que irão difundir após a consolidação (KRÄMER, G., 2006).

3.3. A situação empírica da democracia nos Estados islâmicos

Com a globalização do Estado Constitucional e a utilização inflacionária do termo “democracia”, coube à ciência criar uma técnica adequada que fosse capaz de possibilitar o trato das transições e, mais tarde, das consolidações democráticas (COPPEDGE, 2002, p. 35; HELD, 2006; NUSCHELER, 1992, p. 67). A técnica utilizada inicialmente para tratar das transições e/ou das consolidações democráticas visava apenas a uma classificação primária de algumas variáveis democráticas (DIAMOND, 1996, p. 20; HUMAN..., 1995; KARATNYCKY et al, 1995). Contudo, essa metodologia permitia apenas uma parca caracterização, não distinguindo, porém, de antemão, entre democracias e não democracias (CROIS-

SANT; THIERY, 2000, p. 9; KRENNERICH et al, 2003, p. 8; KRENNERICH, 2002, p. 55).

Dessa forma, mediante a constatação de que diversas daquelas cristalizações apresentavam algumas anomalias, passou-se a ordenar os regimes conforme suas características imperativas, e a especificação linguística do modelo sempre ocorria por meio de adjetivos melhores ou piores para especificar uma determinada disposição das variáveis democráticas determinantes e, conseqüentemente, a determinação de um tipo específico de democracia (COLLIER; LEVITSKY, 1997, p. 430). Assim, ainda é comum encontrar na literatura uma farta referência terminológica àqueles primeiros modelos referenciais que se utilizam de jargões como, por exemplo, democracia “eleitoral”, “restrita”, “controlada”, “de baixa intensidade”, “delegada”, “não liberal” ou “defeituosa” (MERKEL, 1999, p. 361). No entanto, a problemática da universalidade terminológica dissimulante já é tratada, há algum tempo, de uma forma diferente pela ciência, por meio de um prisma qualitativo com critérios quantitativos das variáveis democráticas determinantes (ALTMANN; PÉREZ-LIÑÁN, 2002, p. 85; BERG-SCHLOSSER, 2004, p. 248; BÜHLMANN et al., 2008, p. 114). Assim, a classificação democrática contemporânea não ocorre simplesmente através da análise da existência de algumas variáveis democráticas determinantes, mas, sim, pela medida da eficiência de cada uma dessas diversas variáveis dentro de um sistema político estabelecido, as quais fornecem, analisadas em suas dimensões conjunturais, uma base de conhecimento referencial para a definição da substancialidade democrática do sistema político em estudo. Entre os diversos índices existentes, tomar-se-ão aqui apenas três como referência para uma análise das democracias nos Estados islâmicos²⁰.

²⁰ Entre os índices não considerados temos: *Human Development Index* das *United Nations*; *Democracy-Index* do professor Tatu Vanhanen; *Nations in Transit* da *Freedom House*; *World Governance Assessment* do *British Overseas Department*; *Polity IV Project* da *Principal Investigators Societal-Systems Research Inc.* and *Colorado State University*; *Transition Report* do *European Bank for Reconstruction and Development*; *Country Policy and Institutional Assessment* do *World Bank*; *Corruption Perception Index* da *Transparency International*; *Transformationsindex* da *Bertelsmann Stiftung*.

3.3.1. Critério unidimensional

A análise da substancialidade democrática pode ocorrer, primeiramente, por um critério unidimensional. Característica da posição minimalista é a concentração da análise qualitativa apenas nas variáveis da dimensão vertical de uma democracia, ou seja, todos os aspectos do acesso às posições de poder estatais como: o instituto do Sufrágio Universal, os Direitos Eleitorais ativos e passivos, a existência de Partidos Políticos e a regularidade e condições das Eleições (DAHL, 1956, 1971; FRAENKEL, 1962, 1991; LOCKE, 1974; MONTESQUIEU, 1965; MILL, 1991; SCHUMPETER, 1950; TOCQUEVILLE, 1997; TRUMAN, 1971; WEBER, 1988). Contudo, os críticos dessa avaliação argumentam – corretamente – que a utilização de um critério qualitativo unidimensional, por considerar apenas a dimensão vertical e negligenciar toda a dimensão constitucional da democracia pela ignorância consciente de uma série de outros aspectos qualitativos fundamentais, não é adequada (GASTIL, 1990, p. 25; JAGGERS; GURR, 1995, p. 469; MÜLLER; PICKEL, 2007, p. 511; VANHANEN, 2003). No entanto, permanece o entendimento de que um critério unidimensional é capaz de oferecer resultados mínimos palpáveis para o estudo das democracias – e neste caso, também das democracias nos Estados islâmicos. Em seu estudo sobre as democracias publicado no ano de 2010, a NGO americana *Freedom House* adotou uma visão unidimensional, a qual é frequentemente assinalada pela definição “democracia eleitoral” (PUDDINGTON, 2009). Das 194 democracias estudadas, 116 receberam a denominação de “democracias eleitorais”, ou seja, uma porcentagem de apenas 59,8%.

ish Overseas Department; *Polity IV Project* da *Principal Investigators Societal-Systems Research Inc.* and *Colorado State University*; *Transition Report* do *European Bank for Reconstruction and Development*; *Country Policy and Institutional Assessment* do *World Bank*; *Corruption Perception Index* da *Transparency International*; *Transformationsindex* da *Bertelsmann Stiftung*.

Das 116 “democracias eleitorais” apenas 10 eram islâmicas²¹ contra 106 não islâmicas, o que corresponde a uma percentagem de 8,6% para as islâmicas e 92,4% para as não islâmicas. Ademais, a representatividade da “democracia eleitoral” entre os países islâmicos é precária: entre os 48 países de maioria islâmica (KRAWIETZ; REIFELD, 2008, p. 21), a representação da democracia eleitoral é de apenas 20,8%. Contudo, cabe lembrar que o estudo acima considera apenas uma visão unidimensional da democracia, ou seja, parte de condições minimalistas da dimensão vertical²².

3.3.2. Critério bidimensional

Uma análise da substancialidade democrática também é possível pela utilização de um critério bidimensional. Característica dessa posição participativa é uma extensão da análise unidimensional à dimensão horizontal da democracia, ou seja, dos elementos constitutivos do Estado de Direito: Direitos Fundamentais, Separação de Poderes, Supremacia do Direito, proteção jurídica contra o Poder Público, acesso aos Tribunais e vigência do Princípio do Juiz Natural (BOS, 1996, p. 81). No entanto, alguns autores argumentam que existe uma diferença na dimensão horizontal entre as democracias na fase de transição e de consolidação. Segundo esses autores, enquanto a dimensão horizontal é encontrada nas democracias em fase de consolidação, ela praticamente inexistente na fase da transição democrática, tomando a América Latina como exemplo. Assim, os autores propõem, sobretudo, a consideração de especialidades regionais para os Estados em transição, como, por exemplo, no caso da América Latina, o que também se deixa

transportar facilmente para as especialidades atuais dos Estados islâmicos²³. Em resumo, permanece o entendimento de que um critério bidimensional para a análise qualitativa da democracia pode gerar bons resultados para o estudo das democracias – e nesse caso, também das democracias nos Estados islâmicos. Em seu estudo *Failed States Index* de 2010 (THE FUND..., 2010), a ONG americana *The Fund for Peace* adotou uma visão bidimensional e analisa 177 democracias²⁴. Das 37 democracias alocadas no menor índice qualitativo denominado “democracias em alerta”, 17 são democracias islâmicas²⁵. Isso perfaz um índice de 45,9% para as democracias islâmicas contra 54,1% para as democracias não islâmicas. Ao considerarmos as democracias islâmicas alocadas em relação à totalidade de democracias islâmicas existentes, temos um índice de 35,4% (KRAWIETZ; REIFELD, 2008, p. 21). Entre as 92 democracias alocadas no segundo menor índice qualitativo denominado “democracias em perigo”, temos 27 democracias islâmicas, o que em percentuais corresponde a 29,3% contra 70,7% para democracias não islâmicas²⁶. Ao considerarmos a presença em relação à totalidade de democracias islâmicas temos

²³ Os críticos argumentam, sobretudo, que os elementos da dimensão do Estado de Direito na fase de transição da América Latina praticamente inexistem ou apresentam formas mínimas, sugerindo a adoção de um critério diferencial regional para análise daquelas democracias: a dimensão do controle civil sobre as forças policiais e militares poderia fornecer o grau de desenvolvimento do Estado de Direito e proporcionar uma visão da estrutura institucional daquelas democracias (KRENNERICH, 2003, p. 8).

²⁴ O *Index of State Weakness in the Developing World* da organização americana *Brookings Institution* é muito semelhante e será ignorado aqui neste ensaio.

²⁵ Afeganistão, Bangladesh, Burquina Fasso, Chade, Guiné, Guiné-Bissau, Iran, Iraque, Líbano, Níger, Nigéria, Paquistão, Serra Leoa, Somália, Sudão, Uzbequistão e Iêmen.

²⁶ Albânia, Arábia Saudita, Argélia, Azerbaijão, Brunei, Cazaquistão, Comores, Djibouti, Egito, Gâmbia, Indonésia, Jordânia, Kuwait, Kosovo, Líbia, Malásia, Maldivas, Mali, Marrocos, Mauritânia, Quirguistão, Senegal, Síria, Tajiquistão, Tunísia, Turquemenistão e Turquia.

²¹ Albânia, Bangladesh, Comores, Guiné-Bissau, Indonésia, Maldivas, Mali, Senegal, Serra Leoa e Turquia.

²² Para uma quantificação dos problemas dos 10 países islâmicos categorizados como “democracias eleitorais” veja os respectivos relatórios no estudo: *Freedom in the World 2010: Erosion of Freedom Intensifies* (PUDDINGTON, 2009).

um índice de 56,3%. Contudo, a situação diverge um pouco no segundo critério qualitativo mais elevado denominado “democracias moderadas”. Das 35 democracias alocadas nesse nível, apenas 4 são islâmicas²⁷. Isso significa, em percentuais, apenas 11,4% contra 88,6% para democracias não islâmicas. Ao considerarmos a presença em relação à totalidade de democracias islâmicas temos um índice de apenas 8,3%. Por fim, no mais alto patamar qualitativo denominado “democracias sustentáveis”, temos 13 democracias, das quais nenhuma é islâmica²⁸.

3.3.3. Critério multidimensional

Uma análise da substancialidade democrática também é possível por meio de um critério multidimensional. Característica dessa posição maximalista é uma extensão da análise bidimensional à dimensão transversal da democracia mediante a inclusão de pressupostos de bem-estar social como a redução das diferenças sociais e a qualidade de vida. Como um critério qualitativo mais complexo, o critério multidimensional é ideal para analisar a qualidade do comportamento, da estrutura e da estabilidade da democracia de países que se encontrem em pontos avançados da transição democrática e do desenvolvimento econômico e social (BARRIOS, 1999, p. 9; SCHEDLER, 1998, p. 91; WEIHRAUCH, 1996, p. 7). Os críticos dessa posição afirmam, no entanto, que uma análise qualitativa da democracia a partir de pressupostos sociais não deve ser rejeitada apenas por motivos pragmáticos, mas também por razões teórico-democráticas, pois a democracia compreende uma igualdade em liberdade que se cristaliza na igualdade de chances na participação política, na formação da opinião pública, no exercício do governo e no exercício da oposição; o que não valeria, porém, para

outras áreas da vida humana e também não perfaria um elemento constitutivo da democracia (HABERMAS, 1973, p. 33; LUHMANN, 1981a, 1981b, p. 287). Contudo, permanece o entendimento de que um critério multidimensional comporta elementos inerentes à sustentabilidade da democracia que podem gerar excelentes resultados para o estudo da qualidade socioeconômica das democracias – e neste caso, também das democracias nos Estados islâmicos (MEYER, 2005, p. 20; MILLER et al., 1967, p. 16; RAWLS, 1971, p. 120; SEN, 1996, p. 394). Em seu estudo *Worldwide Governance Indicators*, o Banco Mundial adota uma visão multidimensional analisando dimensões do Estado de Direito, da efetividade do Governo e da estabilidade política a partir de 6 dimensões em 213 democracias (THE WORLDWILD...; THE WORLD...; KAUFMANN; KRAAY; MASTRUZZI, 2007). De acordo com as bases estatísticas de 2009, das 105 democracias alocadas nas posições negativas do critério *Voice and Accountability*²⁹, 45 são democracias islâmicas³⁰. Isso corresponde a um percentual de 42,9% contra 57,1% de países não islâmicos. Ao considerarmos a presença em relação à totalidade de democracias islâmicas, temos um índice de 93,6%. Nas posições positivas dessa variável, temos 107 democracias das quais apenas 2 possuem uma maioria islâmica³¹, o que corresponde a 1,9% contra 98,1% para democracias não islâmicas. Ao considerarmos a presença em relação à tota-

²⁹ “Voice and accountability captures perceptions of the extent to which a country’s citizens are able to participate in selecting their government, as well as freedom of expression, freedom of association, and a free media” (THE WORLD...).

³⁰ Afeganistão, Arábia Saudita, Argélia, Azerbaijão, Barém, Bangladesh, Brunei, Burquina Fasso, Cazaquistão, Chade, Comoro, Djibouti, Egito, Emirados Árabes, Gâmbia, Guiné, Guiné-Bissau, Iêmen, Irã, Iraque, Jordânia, Kosovo, Kuwait, Líbano, Líbia, Malásia, Maldivas, Marrocos, Mauritânia, Níger, Nigéria, Omã, Paquistão, Qatar, Quirguistão, Senegal, Serra Leoa, Síria, Somália, Sudão, Tadjiquistão, Tunísia, Turquemenistão, Turquia e Uzbequistão.

³¹ Albânia e Mali.

²⁷ Barém, Emirados Árabes, Omã e Qatar.

²⁸ Áustria, Austrália, Canadá, Dinamarca, Finlândia, Holanda, Irlanda, Islândia, Luxemburgo, Noruega, Nova Zelândia, Suécia e Suíça.

lidade de democracias islâmicas, temos um índice de 4,2%. No critério *Political Stability and Absence of Violence*³², das 94 democracias alocadas nas posições negativas, 35 são islâmicas³³. Isso corresponde a um índice de 37,2% contra 62,8% para democracias não islâmicas. Ao considerarmos a presença em relação à totalidade de democracias islâmicas, temos um índice de 72,9%. Nas posições positivas dessa variável, temos 119 democracias, das quais apenas 13 possuem uma maioria islâmica³⁴. Isso corresponde a 10,9% contra 89,1% para não islâmicas.

Ao considerarmos a presença em relação à totalidade de democracias islâmicas, temos um índice de 26,5%. No critério *Government effectiveness*³⁵, das 116 democracias alocadas nas posições negativas, 38 são democracias islâmicas³⁶. Isso corresponde a um percentual de 32,6% contra 67,4% para não islâmicas. Ao considerarmos a presença em relação à totalidade de democracias islâmicas, temos um índice de 79,1%. Nas posições positivas dessa variável, temos 95 democracias das quais 10 possuem uma

maioria islâmica³⁷, o que corresponde a 10,5% contra 89,5% de democracias não islâmicas. Ao considerarmos a presença em relação à totalidade de democracias islâmicas, temos um índice de 20,8%. No critério *Regulatory Quality*³⁸, das 110 democracias alocadas nas posições negativas, 35 são islâmicas³⁹, o que corresponde a um percentual de 31,8% contra 66,2% para não islâmicas. Ao considerarmos a presença em relação à totalidade de democracias islâmicas, temos um índice de 72,9%. Nas posições positivas dessa variável, temos 101 democracias das quais 13 possuem uma maioria islâmica⁴⁰. Isso corresponde a 12,9% contra 87,1% para democracias não islâmicas. Ao considerarmos a presença em relação à totalidade de democracias islâmicas, temos um índice de 27,1%. No critério *Rule of Law*⁴¹, das 117 democracias alocadas nas posições negativas, 38 são islâmicas⁴². Isso corresponde a um índice de 32,5% contra 67,5% para democracias não islâmicas. Ao

³² "Political stability and absence of violence measures the perceptions of the likelihood that the government will be destabilized or overthrown by unconstitutional or violent means, including domestic violence and terrorism" (THE WORLD...).

³³ Afeganistão, Albânia, Arábia Saudita, Argélia, Azerbaijão, Barém, Bangladesh, Burquina Fasso, Chade, Comoro, Egito, Guiné, Guiné-Bissau, Iêmen, Indonésia, Irã, Iraque, Jordânia, Kosovo, Líbano, Maldivas, Mali, Marrocos, Mauritânia, Níger, Nigéria, Omã, Paquistão, Quirguistão, Senegal, Serra Leoa, Síria, Sudão, Tajiquistão e Turquia.

³⁴ Albânia e Mali.

³⁵ "Government effectiveness captures perceptions of the quality of public services, the quality of the civil service and the degree of its independence from political pressures, the quality of policy formulation and implementation, and the credibility of the government's commitment to such policies" (THE WORLD...).

³⁶ Afeganistão, Albânia, Arábia Saudita, Argélia, Azerbaijão, Bangladesh, Burquina Fasso, Cazaquistão, Chade, Comoro, Djibouti, Egito, Gâmbia, Guiné, Guiné-Bissau, Iêmen, Indonésia, Irã, Iraque, Kosovo, Líbano, Líbia, Maldivas, Mali, Marrocos, Mauritânia, Níger, Nigéria, Paquistão, Quirguistão, Senegal, Serra Leoa, Síria, Somália, Sudão, Tajiquistão, Turquemenistão e Uzbequistão.

³⁷ Barém, Brunei, Emirados Árabes, Kuwait, Malásia, Mauritânia, Omã, Qatar, Tunísia e Turquia.

³⁸ "Regulatory quality captures perceptions of the ability of the government to formulate and implement sound policies and regulations that permit and promote private sector development" (THE WORLD...).

³⁹ Afeganistão, Argélia, Azerbaijão, Bangladesh, Burquina Fasso, Cazaquistão, Chade, Cômoros, Djibouti, Egito, Gâmbia, Guiné, Guiné-Bissau, Iêmen, Indonésia, Irã, Iraque, Líbano, Líbia, Maldivas, Mali, Mauritânia, Marrocos, Níger, Nigéria, Paquistão, Quirguistão, Senegal, Serra Leoa, Síria, Somália, Sudão, Tajiquistão, Turquemenistão e Uzbequistão.

⁴⁰ Albânia, Arábia Saudita, Barém, Brunei, Emirados Árabes, Jordânia, Kosovo, Kuwait, Malásia, Omã, Qatar, Tunísia e Turquia.

⁴¹ "Rule of law captures perceptions of the extent to which agents have confidence in and abide by the rules of society, and in particular the quality of contract enforcement, property rights, the police, and the courts, as well as the likelihood of crime and violence" (THE WORLD...).

⁴² Afeganistão, Albânia, Arábia Saudita, Argélia, Azerbaijão, Bangladesh, Burquina Fasso, Cazaquistão, Chade, Comoro, Djibouti, Egito, Gâmbia, Guiné, Guiné-Bissau, Iêmen, Indonésia, Irã, Iraque, Kosovo, Líbano, Líbia, Maldivas, Mali, Marrocos, Mauritânia, Níger, Nigéria, Paquistão, Quirguistão, Senegal, Serra Leoa, Síria, Somália, Sudão, Tajiquistão, Turquemenistão e Uzbequistão.

considerarmos a presença em relação à totalidade de democracias islâmicas, temos um índice de 79,2%. Nas posições positivas dessa variável, temos 96 democracias das quais 10 possuem uma maioria islâmica⁴³. Isso corresponde a 10,4% contra 89,6% para democracias não islâmicas. Ao considerarmos a presença em relação à totalidade de democracias islâmicas, temos um índice de 20,8%. No critério *Controll of Corruption*⁴⁴, das 121 democracias alocadas nas posições negativas, 36 são democracias islâmicas⁴⁵. Isso corresponde a um percentual de 29,8% contra 70,2% de democracias não islâmicas. Ao considerarmos a presença em relação à totalidade de democracias islâmicas, temos um índice de 75%. Nas posições positivas dessa variável, temos 90 países dos quais 10 possuem uma maioria islâmica⁴⁶, o que corresponde a 11,1% contra 88,9% de países não islâmicos. Ao considerarmos a presença em relação à totalidade de democracias islâmicas, temos um índice de 20,8%.

4. Conclusões finais

A democracia e os seus valores contíguos têm, como nós os conhecemos, pouco mais de 200 anos (NEVES, 1992, p. 1). Nesse relativamente curto espaço de tempo, essa ideia política conquistou uma aceção clara com grande ressonância. Que a universalidade terminológica dissimulante e os desafios do paradoxo democrático no limiar do

⁴³ Arábia Saudita, Barém, Brunei, Jordânia, Kuwait, Malásia, Omã, Qatar, Tunísia e Turquia.

⁴⁴ "Control of corruption captures perceptions of the extent to which public power is exercised for private gain, including both petty and grand forms of corruption, as well as 'capture' of the state by elites and private interests" (THE WORLD...).

⁴⁵ Afeganistão, Albânia, Argélia, Azerbaijão, Bangladesh, Burquina Fasso, Cazaquistão, Chade, Cómoros, Djibouti, Egito, Gâmbia, Guiné, Guiné-Bissau, Iêmen, Indonésia, Irã, Iraque, Kosovo, Líbano, Líbia, Maldivas, Mali, Marrocos, Mauritânia, Níger, Nigéria, Paquistão, Quirguistão, Serra Leoa, Síria, Somália, Sudão, Tajiquistão, Turquemenistão e Uzbequistão.

⁴⁶ Arábia Saudita, Barém, Brunei, Emirados Árabes, Jordânia, Malásia, Omã, Qatar e Turquia.

século XXI irão conduzir a humanidade a novos patamares democráticos é inegável. Os acontecimentos nos Estados islâmicos provam que a democracia é interessante, tem validade universal e pode contribuir à tradição milenar daqueles povos.

Contudo, enquanto a sociedade ocidental no limiar do século XXI discute as linhas gerais de um esboço com um novo semblante para a democracia, o croqui nos Estados islâmicos ainda não apresenta os traços gerais de uma fisionomia democrática. Sobre a democracia, existem, desde a terceira onda de democratização mundial, vários entendimentos sistêmicos, e o estudo científico de suas variáveis determinantes tem mobilizado a ciência com intensidade crescente. O especial interesse em operacionalizar o conhecimento sobre as democracias dos Estados islâmicos surge exatamente no início do século XXI diante da necessidade de um trato científico mais intenso dos valores e preceitos evidentes em 11 de Setembro de 2001 (BECKER; ZIMMERLING, 2006, p. 416).

Hoje, os caminhos percorridos pela ciência evidenciam três perspectivas das democracias nos Estados islâmicos. A *perspectiva normativa* mostra que a situação da democracia nos Estados islâmicos ainda necessita de grandes avanços. No decorrer do século XXI, o grande desafio das democracias islâmicas será o repensar e a reconstrução dogmática da figura do soberano e de sua fundamentação dentro do Estado islâmico moderno. A história islâmica comprova que o molde de um contrato social já foi possível muito antes de os Estados ocidentais chegarem a (e aperfeiçoarem) modelos semelhantes de comunidades políticas. Essa fase da construção do pensamento democrático falta aos Estados islâmicos e seu desenvolvimento ainda terá de ser recuperado nos próximos anos. Nesse sentido, o fundamento do direito nos Estados islâmicos também é um aspecto que deverá ser retrabalhado pelas democracias islâmicas no decorrer do sécu-

lo XXI. Aqui os Estados islâmicos terão que encontrar um caminho para desenvolver um novo balanço entre Direito e Religião, no qual o Direito contenha vários valores religiosos e não que uma Religião contenha o Direito. Assim, a neutralidade do Estado islâmico também será um tema importante para a consecução de uma nova visão do Estado e da sociedade nas democracias islâmicas no século XXI, a fim de que: o Estado não conheça de antemão uma religião, uma mundividência e uma opinião; a flexibilidade na definição dos objetivos *a priori* e *a posteriori* da comunidade política não seja reduzida a um ínfimo mínimo e exista uma abertura humana e temática para o heterogêneo entre os intérpretes de uma constituição aberta e dinâmica. Por fim, a posição da pessoa humana dentro do Estado islâmico no decorrer do século XXI é a chave para o desenvolvimento democrático e para a frutificação das aspirações e anseios existentes hoje naqueles Estados. Nesse sentido, os últimos desenvolvimentos alcançados a nível internacional em relação aos direitos da pessoa humana já indicam um avanço muito grande da acepção islâmica regente no século XX. Contudo, a prática dos Direitos Humanos mostra que existe uma lacuna entre declarações universais de direitos benevolentes e a realidade de sistemas políticos imaturos ou em transição. Assim, no decorrer do século XXI, a ciência deverá dar uma atenção toda especial a vigência, eficiência e vinculação dos direitos da pessoa humana não somente como Direitos Humanos, mas também como Direitos Fundamentais, para que o Estado islâmico possa ser moldado na silhueta e na culturalidade da pessoa humana. Aqui a comunidade científica deverá monitorar sobretudo o desenvolvimento da tríade das liberdades de opinião, de informação e de imprensa no decorrer do século XXI, as quais espelham de maneira exemplar o pluralismo da sociedade, a neutralidade do Estado, a flexibilidade da política, a posição do soberano e a efici-

ência dos Direitos Fundamentais em uma comunidade política construída na verdade da democracia. A *perspectiva dogmática* da democracia nos Estados islâmicos no início do século XXI torna evidente que o leque teórico comporta acepções que vão desde posições fundamentalistas, passando por democracias eminentemente teocráticas e chegando até posições de democracias em transição. Nas posições islâmicas, o divino representa uma Teoria do Estado e o *Qur'an* é a sua Constituição, não sendo possível a existência de um *pouvoir constituant* e/ou de um *pouvoir constitué*, pois o que não está escrito no *Qur'an* não representa a vontade de Alá e não é apenas profano, mas também ilícito. As democracias teocráticas, por sua vez, permitem a existência do *pouvoir constituant*, do *pouvoir constitué* e de vários elementos institucionais no Estado. Contudo, a democracia teocrática também conhece de antemão uma religião, uma mundividência e uma opinião. O resultado dessa interação é uma negação humana e temática do heterogêneo, em que a pessoa humana é degradada à condição de um simples objeto em relação a sua utilidade para a consecução do objetivo (da religião por meio) do Estado e os instrumentos da coerção, do abuso estatal e da erradicação ocorrem na medida proporcional inversa em que a totalidade da dignidade humana esteja fora daquelas pretensões, necessidades e objetivos estatais. Um grande potencial de desenvolvimento no decorrer do século XXI pode ser encontrado entre as democracias islâmicas em transição. No entanto, a realidade das características que irão perdurar nos próximos anos ainda é insípida e necessita de um monitoramento da ciência internacional.

Além das perspectivas normativa e dogmática da democracia nos Estados islâmicos, também é possível ter uma visão da realidade naqueles Estados no início do século XXI a partir de uma *perspectiva empírica* tomando vários estudos internacionais como referência. A partir da análise de

uma perspectiva unidimensional, torna-se evidente que 79,2% das democracias nos Estados islâmicos apresentam grandes déficits na dimensão vertical. Essa situação agrava-se ainda mais por meio da perspectiva bidimensional, na qual é possível verificar que 56,3% das democracias nos Estados islâmicos estão em perigo devido aos enormes problemas na dimensão horizontal. Por fim, a análise sistêmica da perspectiva multidimensional proporciona uma setorização dos problemas nas democracias nos Estados islâmicos. Assim, é possível evidenciar um déficit exorbitante na eficiência da participação dos cidadãos na seleção de seu governo e da liberdade de expressão, associação e imprensa em 93,6% (!) das democracias islâmicas. Ademais também existe um alto déficit na eficiência institucional do Direito, da polícia e dos tribunais em 79,2% e na eficiência institucional da gestão do governo em 79,1% das democracias islâmicas. Um acentuado déficit no controle da corrupção também é a realidade de 75% das democracias islâmicas enquanto 72,9% apresentam acentuados déficits na estabilidade política e violência.

Tendo em vista todos os fatos, tendências e dados apresentados, fica evidente que, ao clamar pela democracia nas ruas de seus Estados islâmicos, aqueles cidadãos buscam claramente por novos impulsos e novas essências para solução dos problemas existentes em seus Estados. A doutrina e a culturalidade europeias podem oferecer, apesar dos problemas atuais evidentes (SCHÜMER, 2012, p. 25), uma excelente base de conhecimento para o desenvolvimento democrático naqueles Estados islâmicos. Aos Estados e a ciência na Europa cabem, porém, tarefas distintas no decorrer do século XXI: os Estados europeus devem procurar oferecer o maior suporte possível para o desenvolvimento de uma culturalidade democrática institucional. Já a ciência, a qual é primordialmente vinculada à verdade, deverá monitorar os acontecimentos, promover o diálogo e fomentar o

intercâmbio científico para implementar o desenvolvimento da democracia na culturalidade da pessoa humana daqueles Estados islâmicos: *multiplex doctrina, veritas una*⁴⁷ – e a essa verdade nós, europeus, não somos apenas historicamente vinculados, mas também moralmente obrigados como o diferencial fundamental da nossa culturalidade democrática.

Referências

- AHMAD, Abdelhamid Muhammad. *Die Auseinandersetzung zwischen Al-Azhar und der modernistischen Bewegung in Ägypten von Muhammad Abduh bis zur Gegenwart*. Hamburg: [s.n.], 1963.
- AKASOY, Anna. *Glaube und Vernunft im Islam. Bundeszentrale für politische Bildung*, Bonn, Juni 2007.
- ALBRECHT, Holger. *Ägyptens zukunft zwischen junta und demokratie*. *Ziet Online*, Berlin, März 2011.
- ALTMANN, David; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Assessing the quality of democracy: freedom, competitiveness and participation in eighteen latin american countries*. *Democratization*, Warwick, v. 9, n. 2, p. 85-100, Summer 2002.
- AMIRPUR, Katajun; AMMANN, Ludwig. *Der Islam am Wendepunkt: liberale und konservative Reformen einer Weltreligion*. Freiburg: Herder, 2006.
- AYDIN, Hayrettin; HALM, Dirk; ŞEN, Faruk. *Euro-Islam: das neue Islamverständnis der Muslime in der Migration*. Renner-Institut: Essen, 2003.
- BARRIOS, Harald. *Konsolidierung der Demokratie: Zur Substanz eines strapazierten Konzeptes*. In: BODEMER, Klaus; KRUMWIEDE, Heinrich-Wilhelm; NOLTE, Detlef (Ed.). *Lateinamerika Jahrbuch*: 1999. Hamburg: Institut für Iberoamerika-Kunde, 1999.
- BECKER, Michael; ZIMMERLING, Ruth (Org.). *Politik und recht*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.
- BEIERWALTES, Adreas. *Demokratie und Medien: der Begriff der Öffentlichkeit und seine Bedeutung für die Demokratie in Europa*. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 1999.
- BEN JELLOUN, Tahar. *Arabischer Frühling: Vom Wiedererlangen der arabischen Würde*. Berlin: Berlin Verlag, 2011.

⁴⁷ Vide a inscrição sobre a entrada da Universidade de Rostock (1419) na Alemanha.

- BERGSDORF, Wolfgang. *Politik und sprache*. München: G. Olzog, 1978.
- BERG-SCHLOSSER, Dirk. Indicators of democracy and good governance as measures of the quality of democracy in Africa: a critical appraisal. *Acta Politica*, International Journal of Political Science, Houndmills, v. 39, n. 3, p. 248-278, Sept. 2004.
- BIELEFELDT, Heiner. *Muslime im säkularen Rechtsstaat: Integrationschancen durch Religionsfreiheit*. Bielefeld: Transcript, 2003.
- BIRKE, Adolf. *Pluralismus und Gewerkschaftsautonomie in England: Entstehungsgeschichte e polit Theorie*. Stuttgart: Klett-Cotta, 1978.
- BIRLE, Peter et al. *Globalisierung und regionalismus: Bewährungsproben für Staat und Demokratie in Asien und Lateinamerika*. Opladen: Leske & Budrich, 2002.
- BLEICKEN, Jochen. *Die athenische Demokratie*. Paderborn: Schöningh, 1986. 1 v.
- BODEMER, Klaus; KRUMWIEDE, Heinrich-Wilhelm; NOLTE, Detlef (Ed.). *Lateinamerika Jahrbuch: 1999*. Hamburg: Institut für Iberoamerika-Kunde, 1999.
- BOGDANDY, Armin; WEILERT, Anja Katarina; WOLFRUM, Rüdiger. *Grundlagen und Grenzen des Folterverbotes in verschiedenen Rechtskreisen*. Heidelberg: Springer, 2009.
- BOS, Ellen. Die Rolle von Eliten und kollektiven Akteuren in Transitionsprozessen. In: MERKEL, Wolfgang (Org.). *Systemwechsel 1: Theorien, Ansätze und Konzepte der Transitionsforschung*. 2. ed. Opladen: Leske & Budrich, 1996.
- BRÄUER, Holm. Pluralismus. In: REHFUS, Wulf (Org.). *Handwörterbuch Philosophie*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2003.
- BUNDESAMT FÜR VERFASSUNGSSCHUTZ. *Islamismus aus der Perspektive des Verfassungsschutzes*. Köln: BfV – Themenreihe, 2008.
- _____. *Islamismus: entstehung und aktuelle erscheinungsformen*. Köln: BfV – Themenreihe, 2006.
- BÜHLMANN, Marc et al. Wie lässt sich Demokratie am besten messen?: Zum Forumsbeitrag von Thomas Müller und Susanne Pickel. *Politische Vierteljahresschrift*, Köln, v. 49, n. 1, p. 114-122, 2008.
- BULAC, Ali. The medina document. In: KURZMAN, Charles (Org.). *Liberal Islam: a source book*. New York: Oxford University, 1998.
- CARIBBEAN COMMUNITY. *The kingston declaration*. Kingston: CARICOM, 1990.
- CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Direito público comparado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 107, n. 413, p. 711-730, jan./jun. 2011.
- _____; _____. Evolução histórica dos direitos fundamentais: da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 191, p. 167-189, jul./set. 2011.
- CIFTCI, Sabri. Modernization, Islam, or social capital: what explains attitudes toward democracy in the muslim world? *Comparative Political Studies*, Washington, v. 43, n. 11, p. 1442-1470, Nov. 2010.
- COLLIER, David; LEVITSKY, Steven. Democracy with adjectives: conceptual innovation in comparative research. *World Politics*, Washington, v. 49, n. 3, p. 430-451, Apr. 1997.
- COMUNIDAD ANDINA. *Protocolo adicional al acuerdo de cartagena: compromiso de la comunidad andina por la democracia*. San Isidro: [s.n.], 2000.
- COMMUNITY OF DEMOCRACIES. *Warsaw declaration*. Warsaw: [s.n.], 2000.
- _____. *Seoul plan of action*. Seoul: [s.n.], 2002.
- _____. *Santiago commitment*. Santiago: [s.n.], 2005.
- _____. *Bamako consensus*. Bamako: [s.n.], 2007.
- _____. *Lisbon declaration*. Lisbon: [s.n.], 2009.
- CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Rechtsvergleichung: Einführung in die Rechtsvergleichung*. Köln: C. Heymann, 1983. 1 v.
- CONZE, Werner; BOLDT, Hand. Staat und Souveränität. In: BRUNNER, Otto; CONZE, Werner; KOSELLECK, Rheinhardt. *Geschichtliche Grundbegriffe: historisches lexikon zur politisch-sozialen sprache in Deutschland*. Stuttgart: E. Klett, 2004.
- COPPEDGE, Michael. Democracy and dimensions: comments on Munck and Verkuilen. *Comparative Political Studies*, Washington, v. 35. n. 1, p. 35-39, Feb. 2002.
- CROISSANT, Aurel; THIERY, Peter. Von defekten und anderen Demokratien. In: KRÄMER, Raimund et al. *Die autoritäre Herausforderung*. Berlin: Berliner Debatte Wissenschaftsverlag, 2000. 29 v.
- CROUCH, Colin. *Postdemokratie*. Frankfurt: Suhrkamp, 2003.
- DAHL, Robert Alan. A preface to democratic theory. Chicago: University of Chicago, 1956.
- _____. *Polyarchy: participation and opposition*. New Haven: Yale University, 1971.
- DEUTSCHE PRESSE-AGENTUR. *Arabische welt im umbruch: arabiens brennpunkte*. Stern, Hamburg, März 2011a.
- _____. Obama fordert, echte demokratie in Ägypten. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Frankfurt, Feb. 2011b.

- DIAMOND, Larry Jay. Is the third wave over? *Journal of Democracy*, Washington, v. 7, n. 3, p. 20-37, July 1996.
- DURÁN, Khálid. Der Islam in der diaspora: Europa und Amerika. In: ENDE, Werner; STEINBACH, Udo (Org.). *Der Islam in der Gegenwart*. München: Beck, 1984.
- EBERT, Hans-Georg. Tendenzen der Rechtsentwicklung. In: ENDE, Werner; STEINBACH, Udo (Org.). *Der Islam in der Gegenwart*. 2. ed. Frankfurt am Main: Büchergilde Gutenberg, 1989.
- ECCEL, A. Chris. *Egypt, Islam, and social change: Al-Azhar in conflict and accommodation*. Berlin: K. Schwarz, 1984. 81 v.
- EL FADL ABOU, Khaled; COHEN, Joshua; CHASMAN, Deborah. *Islam and the challenge of democracy*. Princeton: Princeton University, 2004.
- EL-MAHDI, Rabab. Enough!: Egypt's quest for democracy. *Comparative Political Studies*, Washington, v. 42, n. 8, p. 1011-1039, Feb. 2009.
- ENDE, Werner; STEINBACH, Udo (Org.). *Der Islam in der Gegenwart*. 5. ed. München: Beck, 2005.
- ERMACORA, Felix. *Menschenrechte in der sich wandelnden Welt*: Band II: Theorie und Praxis der Verwirklichung der Menschenrechte in Afrika und im Nahen Osten. Wien: Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1983.
- ESPOSITO, John L.; VOLL, John O. *Islam and democracy*. New York: Oxford University, 1996.
- ETZIONI, Amitai. Die Türkei: Nagelprobe für den Westen. *Internationale Politik und Gesellschaft*, Bonn, 2008.
- EVERHARD, Holtmann. *Politik-Lexikon*. 3. ed. München: Oldenbourg, 2000.
- FIGIL, Johann. Säkularisierung und Fundamentalismus. In: SIX, Clemens (Org.). *Religiöser Fundamentalismus: vom Kolonialismus zur Globalisierung*. Innsbruck: StudienVerlag, 2004.
- _____. Säkularisierung. In: BROCKHAUS Enzyklopädie. 19. ed. Mannheim: F. A. Brockhaus, 1992. 19 v.
- FINLEY, Moses I.; PACK, Edgar. *Antike und moderne Demokratie*. Stuttgart: Reclam, 1980.
- FISCHER, Mattias; DIAB, Amal. Islam und Menschenrechte. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt am Main, n. 41, p. 2972-2975, 2007.
- FLORES, Alexander. Die innerislamische Diskussion zu Säkularismus, Demokratie und Menschenrechten. In: ENDE, Werner; STEINBACH, Udo (Org.). *Der Islam in der Gegenwart*. 5. ed. München: Beck 2005.
- FRAENKEL, Ernst. Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie. In: NUSCHELER, Franz; STEFFANI, Winfried (Org.). *Pluralismus: Konzeptionen und Kontroversen*. München: R. Piper, 1982.
- _____. *Deutschland und die westlichen Demokratien*. 9. ed. Stuttgart: UTB, 2001.
- _____; BRACHER, Karl Dietrich (Org.). *Staat und Politik*. Frankfurt am Main: Fischer Bücherei, 1962.
- _____; VON BRÜNNECK, Alexander (Org.). *Deutschland und die westlichen Demokratien*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1991.
- FRANKENBERGER, Klaus-Dieter. Baustein demokratie. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Frankfurt, n. 81, Apr. 2006.
- FREE TRADE AREA OF THE AMERICAS. *Declaration of Quebec city*. Quebec: [s.n.], 2001.
- _____. *Declaration of Nuevo León*. Monterrey: [s.n.], 2004.
- FREEDOM House. Disponível em: <<http://www.freedomhouse.org/>>. Acesso em: 24 maio 2012.
- FRITZSCHE, Karl Peter. *Menschenrechte: eine Einführung mit Dokumenten*. Paderborn: Schöningh, 2004.
- FUKUYAMA, Francis. *Das ende der geschichte: wo stehen wir*. München: Kindler Verlag, 1992.
- GARTNER, Barbara. *Der Islam im religionsneutralen Staat: die Problematik des muslimischen Kopftuchs in der Schule, des koedukativen Sport- und Schwimmunterrichts, des Gebetsrufs des Muezzins, des Schächtens nach islamischem Ritus, des islamischen Religionsunterrichts und des muslimischen Bestattungswesens in Österreich und Deutschland*. Frankfurt am Main: P. Lang, 2006.
- GASTIL, Raymond Duncan. The Comparative Survey of Freedom: Experiences and Suggestions. *Studies in Comparative International Development*, v. 25, n. 1, p. 25-50, 1990.
- GHADBAN, Ralph. Fundamentalismus und Islam. In: _____. *Islam und Islamkritik: Vorträge zur Integrationsfrage*. Berlin: Verlag Schiler, 2011.
- GHOLAMASAD, Dawud. Einige Thesen zum Islamismus als globaler Herausforderung. *Bundeszentrale für politische Bildung*, Bonn, Mai 2002.
- GÖBEL, Karl-Heinrich. *Moderne schiitische Politik und Staatsidee*. Opladen: Leske & Budrich, 1984.
- GÖLE, Nilüfer. Die Türkei kann ein Modell für Europa sein. *Die Tageszeitung*, Berlin, Okt. 2008.

- GOLZ, Hans-Georg (Ed.). *Muslime in Europa. Aus Politik und Zeitgeschichte*, Bonn, Mai. 2005.
- GÖZLER, Kemal (Ed.). *Cumhuriyetin nitelikleri: MADDE 2: Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.* In: _____. *Türkiye cumhuriyeti anayasası*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2010.
- GRASMANN, Günter et al. (Org.). *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*. München: Beck, 1988.
- GUGGENBERGER, Bernd. *Demokratie/Demokratietheorie*. In: NOHLEN, Dieter (Org.). *Wörterbuch Staat und Politik*. München: Piper, 1998.
- HÄBERLE, Peter. *Europäische Rechtskultur: Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.
- _____. *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*. *Juristenzeitung*, Tübingen, p. 297, 1975.
- _____. *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.
- _____. *Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?: Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 15. Dezember 1999*. Berlin: Walter de Gruyter, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1973.
- _____. *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Neuwied: Hermann Luchterhand, 1962.
- HANSEN, Mogens Herman. *Die athenische Volksversammlung im Zeitalter des Demosthenes*. Konstanz: Universitätsverlag Konstanz, 1984.
- HAYKAL, Muhammad Husayn. *The life of Muhammad*. [S.l.]: North American Trust Publications, 1988.
- HELD, David. *Models of democracy*. 3. ed. Stanford: Stanford University, 2006.
- HOBE, Stephan. *Einführung in das völkerrecht*. 9. ed. Tübingen: Basel, 2008.
- HOEPPNER, Rolf-Roger. *Die iranische revolution und die neue iranische Wirtschaftspolitik*. Bonn: Verlag Neue Gesellschaft, 1980.
- HORNUNG, Klaus. *Das totalitäre Zeitalter: Bilanz des 20. Jahrhunderts*. Frankfurt: Propyläen, 1993.
- HOTTINGER, Arnold. *Die Araber vor ihrer Zukunft: Geschichte und Problematik der Verwestlichung*. 2. ed. Paderborn: F. Schöningh, 1991.
- _____. *Gottesstaaten und Machtpyramiden: Demokratie in der islamischen Welt*. Paderborn: Schöningh, 2000.
- HUMAN RIGHTS WATCH (Org.). *Human rights watch world report 1996: events of 1995*. New York: Human Rights Watch, 1995.
- HUNTINGTON, Samuel Phillips. *The third wave: democratization in the late twentieth century*. Norman: University of Oklahoma, 1991.
- ISENSEE, Josef. Staat. In: GÖRRES-GESELLSCHAFT (Org.). *Staatslexikon*. Freiburg: Herder, 1985. 7 v.
- INTERNATIONAL CONFERENCE OF NEW OR RESTORED DEMOCRACIES. *Compilation of documents or texts adopted and used by various intergovernmental, international, regional and subregional organizations aimed at promoting and consolidating democracy*. Ulaanbaatar: OHCHR, 2003.
- INTER-PARLIAMENTARY UNION. *Universal declaration on democracy*. Cairo: [s.n.], 1997.
- _____. *International day of democracy: gaborone declaration*. Gaborone: [s.n.], 2009.
- JAGGERS, Keith; GURR, Teddy Robert. *Tracking democracy's third wave with the polity III data*. *Journal of Peace Research*, Oslo, v. 32, n. 4, p. 469-482, Nov. 1995.
- JUNG, Dietrich. *Religion und Politik in der islamischen Welt*. *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Bonn, n. 42-43, p. 31-38, 2002.
- KALLSCHEUER, Otto. *Die Trennung von Politik und Religion und ihre "Globalisierung" in der Moderne*. *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Bonn, Okt. 2002.
- KÁLNOKY, Boris. *Barack Obama sieht Türkei als "Modell für die Welt"*. *Welt Online*, Berlin, Apr. 2009
- KARATNYCKY, Adrian et al. *Freedom in the world: the annual survey of political rights & civil liberties, 1994-1995*. New York: Freedom House, 1995.
- KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MASTRUZZI, Massimo. *The worldwide governance indicators: methodology and analytical issues*. [s.l.]: World Bank Policy Research Working Papers, 2007.
- KELSEN, Hans. *Vom wesen und wert der demokratie*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1920.
- _____. *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*. In: KURZ, Hanns (Org.). *Volkssouveränität und Staatssouveränität*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1970. 28 v.
- KERBER, Walter. *Pluralismus*. In: RITTER, Joachim et al. (Org.). *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Basel: Schwabe, 2007. 7 v.

- KHAN, Muqtedar. Demokratie und islamische Staatlichkeit. *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Bonn, n. 27, p. 17-24, 2007.
- KHOMEINI, Ruhollah Musavi. *Der islamische Staat*. Berlin: K. Schwarz, 1983. 9 v.
- KHOURY, Adel Théodore. Hanafiten. In: _____; HAGEMANN, Ludwig; HEINE, Peter. *Islam-Lexikon, A-Z: Geschichte, Ideen, Gestalten*. Freiburg: Herder, 2006.
- KRÄMER, Gudrum. Die islamische demokratie: warum die Scharia auch mit dem rechtsstaat vereinbar sein kann. *Zeit Online*, Berlin, n. 9, Feb. 2011.
- _____. *Demokratie im Islam: der Kampf für Toleranz und Freiheit in der arabischen Welt*. München: Beck, 2011.
- _____. Islam, Scharia, Demokratie. *Freie Universität Berlin*, Berlin, Juni 2007.
- _____. Demokratie in arabischen Staaten: Die Scharia ist kein feststehender Kodex. *Frankfurter Rundschau*, Frankfurt am Main, März 2011.
- KRAMER, Martin. The Oracle of Hizbullah: Sayyid Muhammad Husayn Fadlallah. In: APPLEBY, R. Scott. *Spokesmen for the despised: fundamentalist leaders of the Middle East*. Chicago: University of Chicago, 1997.
- KRAWIETZ, Birgit; REIFELD, Helmut. *Islam und Rechtsstaat: zwischen Scharia und Säkularisierung*. Sankt Augustin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.
- KREMENDAHL, Hans. *Pluralismustheorie in Deutschland: Entstehung, Kritik, Perspektiven*. Leverkusen: Hegggen, 1977.
- KRENNERICH, Michael. Demokratie in Lateinamerika: eine Bestandsaufnahme nach der Wiedergeburt vor 25 Jahren. *Bundeszentrale für politische Bildung*, Bonn, v. 25, Sept. 2003.
- _____. Weder Fisch noch Fleisch?: klassifikationsprobleme zwischen Demokratie und Diktatur. In: BENDEL, Petra; CROISSANT, Aurel; RÜB, Friedbert (Org.). *Zwischen Demokratie und Diktatur*. Opladen: Leske & Budrich, 2002.
- KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.
- KRÜGER, Herbert. *Allgemeine Staatslehre*. Stuttgart: Kohlhammer, 1966.
- KUHN, Daniela. Neue Verhältnisse, alte Ängste: in Israel begegnet man der Demokratiebewegung in den arabischen Ländern mit Vorbehalten und Ablehnung. *Neue Zürcher Zeitung*, Zürich, März 2011.
- LACHMANN, Günter. Massenmobilisierung: Die arabische Revolution verwirrt al-Qaida. *Welt Online*, Berlin, März 2011.
- LADEUR, Karl-Heinz. Die Herausforderung des Verfassungsstaats durch den religiösen Fundamentalismus. In: BETTENWORTH, Anja et al. *Herausforderung Islam*. Paderborn: Schöningh, 2011.
- LAUGA, Martín. *Demokratiethorie in Lateinamerika: die Debatte in den Sozialwissenschaften*. Opladen: Leske & Budrich, 1999.
- LEAGUE OF ARAB STATES. Arab Charter on Human Rights. [S.l.]: League of Arab States, 1994.
- _____. Arab Charter on Human Rights. *Boston University International Law Journal*, Boston, v. 24, n. 2, 2006.
- LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Vielfalt: ein Begriff des öffentlichen Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.
- LHOTTA, Roland. Pluralismus. In: HEUN, Werner et al (Org.). *Evangelisches Staatslexikon*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2006.
- LOCKE, John. *Über die Regierung*. Stuttgart: P. Reclam, 1974.
- LÜBBEN, Ivesa. Gamal al-Banna: Gerechtigkeit für alle. In: AMIRPUR, Katajun; AMMANN, Ludwig. *Der Islam am Wendepunkt*. Freiburg: Verlag Herder, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*. München: Olzog, 1981a.
- _____. *Soziologische Aufklärung*. Opladen: Westdt., 1981b.
- MAHMOUDI, Said. The Sharia in the New Afghan Constitution: contradiction or compliment? *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, v. 64, n. 4, p. 867-880, 2004.
- MARTY, Martin E.; APPLEBY, R. Scott; MÜNZ, Christoph. *Herausforderung Fundamentalismus: radikale Christen, Moslems und Juden im Kampf gegen die Moderne*. Frankfurt: Campus, 1996.
- MELZER, Dana. *Eurabia Westliche Einflüsse in islamischen Ländern am Beispiel der Demokratie*. München: GRIN, 2008.
- MERCOSUR. *Declaraciones presidenciales*. Argentina: [s.n.], 2001.
- MERKEL, Angela; NETANYAHU, Benjamin. *Pressekonzferenz*. Bundesrepublik Deutschland: Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, 2011.
- MERKEL, Wolfgang. The clash of civilizations. *Universität Heidelberg*, Heidelberg, Okt. 2003.

- _____. Defekte Demokratien. In: _____; BUSCH, Andreas (Org.). *Demokratie in Ost und West*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.
- _____. *Systemtransformation: eine Einführung in die Theorie und Empirie der Transformationsforschung*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2010.
- MEYER, Thomas. *Theorie der Sozialen Demokratie*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2005.
- METZGER, Albrecht. Die vielen gesichter des islamismus. *Bundeszentrale für politische Bildung*, Bonn, Mai 2007.
- MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*. Buffalo, N.Y.: Prometheus Books, 1991.
- MILLER, S. M. et al. Poverty, inequality, and conflict. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Philadelphia, v. 2, p. 16-52, Sep. 1967.
- MOIN, Baqer. *Khomeini: life of the Ayatollah*. London: I.B. Tauris, 1999.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Vom Geist der Gesetze*. Stuttgart: Reclam, 1965.
- MÜLLER, Thomas; PICKEL, Susanne. Wie lässt sich Demokratie am besten messen? Zur Konzeptqualität von Demokratieindizes. *Politische Vierteljahresschrift*, Köln, p. 511-539, Sept. 2007.
- NAEEM, Naseef. Einflüsse der Religionsklausel auf die Verfassungsgebung in islamisch geprägten Ländern. In: KRAWIETZ, Birgit; REIFELD, Helmut. *Islam und Rechtsstaat: zwischen Scharia und Säkularisierung*. Sankt Augustin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.
- NASR, Vali. The rise of Muslim democracy. *Journal of Democracy*, Washington, v. 16, n. 2, p. 13-27, Apr. 2005.
- NAUMANN, Michael; JOFFE, Josef. *Teheran: eine Revolution wird hingerichtet: Dokumente und Reportagen aus Die Zeit*. München: Heyne, 1980.
- NEVES, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992.
- NEW YORK TIMES. Egypt's unfinished revolution. *New York Times*, New York, A26 p., Nov. 2011.
- NOHLEN, Dieter. *Lexikon der Politik*. München: Beck, 1998. 7 v.
- NÖKEL, Sigrid. *Die Töchter der Gastarbeiter und der Islam: zur Soziologie alltagsweltlicher Anerkennungspolitiken: eine Fallstudie*. Bielefeld: Transcript, 2002.
- NUSCHELER, Franz. *Wiedergeburt der Demokratie?* In: HARTMANN, Jürgen; THAYSEN, Uwe (Org.). *Pluralismus und parlamentarismus in theorie und praxis*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1992.
- OBAMA, Barack. *Remarks by the president on the situation in Egypt*. Washington: Office of the Press Secretary, 2011.
- OBERREUTER, Heinrich. Pluralismus und Antipluralismus: Eine Einführung. In: _____. *Pluralismus: Grundlegung und Diskussion*. Opladen: Leske & Budrich, 1980.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Inter-american democratic charter*. Lima: [s.n.], 2001.
- _____. *Declaration of Santiago on democracy and public trust: a new commitment to good governance for the americas*. Santiago: [s.n.], 2003.
- _____. *Declaration of Managua*. Managua: [s.n.], 2004.
- _____. *Declaration of Recife*. Recife: [s.n.], 2005.
- PORTAL BRASIL. *Embaixador apóia "caminho natural" para a democracia no Egito*. Brasília: Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, 2011.
- PRENNER, Karl. Islam. In: FIGL, Johann. *Handbuch Religionswissenschaft: Religionen und ihre zentralen Themen*. Innsbruck: Vandenhoeck & Ruprecht, 2003.
- PRUTSCH, Markus Josef. *Fundamentalismus: das "Projekt der Moderne" und die Politisierung des Religiösen*. Wien: Passagen, 2008.
- PUDDINGTON, Arch. *Essay: Freedom in the world 2010: erosion of freedom intensifies*. Freedom House, Washington, 2009.
- PULSFORT, Ernst. *Herders neuer Atlas der Religionen*. Freiburg: Herder, 2010.
- RADOS, Antonia. *Gucci gegen Allah: der Kampf um den neuen Nahen Osten*. 3. ed. München: Heyne, 2005.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University, 1971.
- RIEDEL, Eibe. *Menschenrechte: Dokumente und Deklarationen*. 4. ed. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2004.
- RIESEBRODT, Martin. Fundamentalismus, Säkularisierung und die Risiken der Moderne. In: BIELEFELDT, Heiner; HEITMEYER, Wilhelm. *Politisierte Religion: Ursachen und Erscheinungsformen des modernen Fundamentalismus*. Frankfurt: Suhrkamp, 1998.
- _____. *Die Rückkehr der Religionen: Fundamentalismus und der "Kampf der Kulturen"*. München: Beck, 2000.
- ROß, Jan; ULRICH, Bernd. Sie sind so frei: wie die Revolution in Arabien unser Weltbild zum Einsturz bringt. *Zeit Online*, Berlin, Feb. 2011.
- RODRIK, Dani. *Das Globalisierungsparadox: die Demokratie und die Zukunft der Weltwirtschaft*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2011.

- ROHE, Mathias. *Der Islam: Alltagskonflikte und Lösungen*. Freiburg im Breisgau: Herder, 2001.
- RUMPF, Mechthild; GERHARD, Ute; JANSEN, Mechthild M. (Org.). *Facetten islamischer Welten: Geschlechterordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Diskussion*. Bielefeld: Transcript, 2003.
- SALAMÉ, Ghassan. *Democracy without democrats?: the renewal of politics in the Muslim world*. London: I.B. Tauris, 1994.
- SALEM, Isam Kamel. *Islam und Völkerrecht: Das Völkerrecht in der islamischen Weltanschauung*. Berlin: Kai Homilius, 2009.
- SANDSCHNEIDER, Eberhard. *Der erfolgreiche abstieg Europas: heute macht abgeben, um morgen zu gewinnen*. München: Hanser, 2011.
- SARTRE, Jean-Paul. *L'existentialisme est un humanisme*. Paris: Nagel, 1970.
- SCHÄFER, Christian Joachim. Das Gesetz in islamischer sichts. In: KERN, Udo et al (Org.). *Das Verständnis des Gesetzes bei Juden, Christen und im Islam*. Münster: Lit, 2000.
- SCHEDLER, Andreas. What is Democratic Consolidation? *Journal of Democracy*, Washington, v. 9, n. 2, 1998.
- SCHMIDT, Heinrich; SCHISCHKOFF, Georgi. *Philosophisches Wörterbuch*. 21. ed. Stuttgart: Kröner, 1982. 13 v.
- SCHMIDT, Manfred. *Demokratiethorien: eine Einführung*. 3. ed. Opladen: Leske & Budrich, 2000.
- SCHMITZ, Sven-Uwe. *Homo democraticus: demokratische Tugenden in der Ideengeschichte*. Opladen: Leske & Budrich, 2000.
- _____. *Demokratiethorien: eine Einführung*. 5. ed. Opladen: Leske & Budrich, 2010.
- SCHWAN, Alexander. Pluralismus. In: GÖRRES-GESELLSCHAFT (Org.). *Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*. Freiburg: Herder, 1985. 7 v.
- SCHWEITZER, Michael. *Staatsrecht III: staatsrecht, völkerrecht, europarecht*. 10. ed. Heidelberg: Müller, 2010.
- SERAUKY, Eberhard. *Geschichte des Islam: Entstehung, Entwicklung und Wirkung: von den Anfängen bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts*. Berlin: Edition q, 2003.
- SHLAIM, Avi. Frieden nur mit Diktatoren. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Frankfurt, n. 77, p. 9, 2011.
- STEIN, Hannes. Demokratisierungen sind für israel problematisch. *Welt Online*, Berlin, Apr. 2011.
- SEPTH, Rudolf. Jean-Jacques Rousseau. In: MASSING, Peter ; GOTTHARD, Breit (Org.). *Demokratiethorien: von der Antike bis zur Gegenwart*. Schwalbach/Ts.: Wochenschau, 2001.
- STEFFANI, Winfried. *Pluralistische Demokratie: Studien zur Theorie und Praxis*. Opladen: Leske & Budrich, 1980.
- _____. Vom Pluralismus zum Neopluralismus. In: OBERREUTER, Heinrich (Org.). *Pluralismus*. Opladen: Leske & Budrich, 1980.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed. München: C.H. Beck, 1984.
- _____; SACHS, Michael. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: C.H.Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1988. 3 v.
- _____. Ihr Ideal würde zum Vorbild für die welt. In: _____.; SIEKMANN, Helmut (Org.). *Der Staat des Grundgesetzes: ausgewählte Schriften und Vorträge*. Köln: C. Heymann, 1992.
- STÜWE, Klaus; WEBER, Gregor (Org.). *Antike und moderne Demokratie: ausgewählte texte*. Stuttgart: Reclam, 2004.
- SPIEGEL ONLINE. Demokratie und rechtstaat: neues libyen nimmt sich Türkei zum Vorbild. *Spiegel Online*, Hamburg, Sept. 2011.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*. 2. ed. Tübingen: Francke, 1950.
- SEN, Amartya. On the status of equality. *Political Theory*, Cambridge, v. 24, n. 3, p. 394-400, Aug. 1996.
- SCHÜMER, Dirk. Europa schafft sich ab. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Frankfurt, Jan. 2012.
- SYNEK, Eva. Menschenrechte/Religionsfreiheit. In: FIGL, Johann. *Handbuch Religionswissenschaft: Religionen und ihre zentralen Themen*. Innsbruck: Vandenhoeck & Ruprecht, 2003.
- TAHERI, Amir et al. *Chomeini und die islamische Revolution*. Hamburg: Hoffmann und Compe, 1985.
- TARKIAINEN, Tuttu. *Die athenische Demokratie*. Zürich: Artemis, 1966.
- TARTSCH, Thomas. *Da'wa und Jihad: Islamischer Fundamentalismus und Jihadismus : Bedrohung der inneren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland? Eine vertiefende Analyse unter Einbeziehung aktueller und empirischer Daten*. Bochum: Europ. Univ., 2008.
- THE WORLDWIDE Governance Indicators. (WGI) project. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp>>. Acesso em: 21 maio 2012.
- THE WORLD Bank. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/>>. Acesso em: 21 maio 2012.

- TIBI, Bassam. *Im Schatten Allahs: der Islam und die Menschenrechte*. München: Piper, 1996.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Über die Demokratie in Amerika*. Stuttgart: Reclam, 1997.
- TRAUB, Rainer. Die macht der kalifen. In: GROßBONGARDT, Annete; PÖTZL, Norbert F. (Org.). *Die neue arabische Welt: Geschichte und politischer Aufbruch*. München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2011.
- TRUMAN, David B. *The governmental process; political interests and public opinion*. New York: Knopf, 1971.
- VANHANEN, Tatu. *Democratization: a comparative analysis of 170 countries*. London: Routledge, 2003.
- VERDROSS, Alfred; SIMMA, Bruno. *Universelles Völkerrecht: theorie und praxis*. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1984.
- VON BEYME, Klaus; HELMS, Ludger. Interessengruppen. In: HELMS, Ludger; JUN, Uwe (Org.). *Politische Theorie und Regierungslehre: eine Einführung in die politikwissenschaftliche Institutionenforschung*. Frankfurt am Main: Campus, 2004.
- VORLÄNDER, Hans. *Demokratie: Geschichte, Formen, Theorien*. München: Beck, 2003.
- WALKER, Christopher (Org.). *Undermining democracy: 21st century authoritarians*. New York: Freedom House, 2009.
- WALTHER, Wiebke. Die situation von Frauen in islamischen Ländern. In: ENDE, Werner; STEINBACH, Udo (Org.). *Der Islam in der Gegenwart*. 5. ed. München: Beck 2005.
- WATT, William Montgomery; WELCH, Alford. *Der Islam*. Stuttgart: Kohlhammer, 1980. 1 v.
- WEBER, Max. *Gesammelte politische Schriften*. Tübingen: Mohr, 1988.
- WEIDENFELD, Werner. *Demokratie am Wendepunkt: die demokratische Frage als Projekt des 21. Jahrhunderts*. Berlin: Siedler, 1996.
- WEIHRAUCH, Harald. Was heißt demokratische Konsolidierung? *Reihe Politikwissenschaft*, Wien, 1996.
- WIESENDAHL, Elmar. *Moderne Demokratietheorie: eine Einführung in ihre Grundlagen, Spielarten und Kontroversen*. Frankfurt: Moritz Diesterweg, 1981.
- WIMMER, Hannes. *Gewalt und das Gewaltmonopol des Staates*. Wien: Lit, 2009.
- WÜRTH, Anna. *Dialog mit dem Islam als Konfliktprävention?: zur Menschenrechtspolitik gegenüber islamisch geprägten Staaten*. Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte, 2003.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr, 1996.

Coisa julgada e decisões de controle externo terminativas

Wremyr Scliar

Sumário

1. Introdução. 2. Constituição e coisa julgada. 3. Decisões terminativas extrajudiciais. 3.1. Acesso ao Poder Judiciário. 3.2. Similitude do processo administrativo ao processo judicial. 3.3. Decisões administrativas tributárias. 3.4. Decisões administrativas. 3.5. Decisões em julgamento constitucional (conforme Diogo de Figueiredo Neto). 3.6. Atos de governo, atos políticos e atos de política pública. 4. O Tribunal de Contas e a natureza de suas decisões. 4.1. O Tribunal de Contas. 4.2. Tribunal de Contas – natureza – evolução – Constituição de 1988. 5. Conclusões.

1. Introdução

O objeto deste trabalho é o estudo comparativo entre o instituto da coisa julgada e as decisões prolatadas pelo órgão de controle externo da administração pública, notadamente frente aos institutos constitucionais fixados na Carta Federal brasileira que não sofrem o reexame judicial quanto ao seu mérito.

A primeira parte examinará a coisa julgada – manifestação do Poder Judiciário – e a sua relativização por meio da rescisão.

A matéria pode se apresentar polêmica quando examinada pelo ângulo positivista, quando excluída a apreciação dinâmica e contemporânea, que considera a existência de outros centros de poder, manifestações autenticamente republicanas e democráticas, situados além da clássica divisão ilumi-

Wremyr Scliar é professor (PUCRS). Doutorando em Direito Público. Conselheiro Substituto aposentado do Tribunal de Contas do RS.

nista que conceitua e separa os poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário.

A importância de uma compreensão mais ampla, que por um lado tem a qualidade de demonstrar que a realidade não está dogmatizada aos cânones clássicos, mas que, ao contrário, considera-os como os fundamentos de uma evolução civilizatória que comprova que a atividade estatal e a sociedade civil se tornaram e vêm se tornando muito mais complexas do que aquelas previstas pelos teóricos do estado moderno e contemporâneo.

A coisa julgada é um dos valores históricos relevantes da democracia e da república, na mais ampla compreensão histórica e política dos valores que regem e regerão, cada vez mais aperfeiçoados, a civilização.

Mas eles, se não são imutáveis e petrificados em si, também sofrem injunções e pressões, assim como conflitos dialéticos, que os adaptam, transformam e permitem que convivam com novas instituições – algumas das quais somente sonhadas por aqueles que construíram os alicerces do estado e da sociedade contemporâneos.

A coisa julgada, produzida pela ação política do estado no curso de uma das suas três funções de governo, a de dirimir os conflitos segundo um sistema jurídico adotado, é um dos institutos pétreos que se mantém como fenômeno civilizatório adotado pela democracia e pela república.

Mas a sua petrificidade não implica imutabilidade. Ele permanece, e isso é a denominada cláusula pétrea; mas para permanecer ele se adapta constantemente, evolui, relativiza e ganha novos contornos à medida que o estado e a sociedade se tornam mais complexos.

De um lado, e radicalmente, sempre se pode refletir sobre a coisa julgada frente à nova constituição, aos sucessos revolucionários e até mesmo aos retrocessos reacionários.

Pode-se imaginar alguém, que antes de 1888, tivesse sido contemplado com uma sentença judicial atribuindo-lhe a proprieda-

de indiscutível de um determinado objeto. É perfeitamente possível. Agora, acresce-se: o objeto era um escravo. Em 1888, por lei, a escravidão é abolida no Brasil. O conflito que se propõe é entre a coisa julgada e a nova lei.

Ele também poderia ser o conflito entre a coisa julgada e o fato revolucionário. No Haiti, a escravidão foi abolida pela revolução e a declaração de independência do país caribenho.

Demonstra isso que os fatos políticos – sempre legítimos, porque históricos – relativizam a coisa julgada e, de resto, outros institutos.

É um demérito a esses institutos ou a sua adaptação às novas circunstâncias?

De outra parte – esse o aspecto principal a ser abordado neste trabalho – há outros institutos aflorados que guardam uma indeterminada similaridade com a coisa julgada. São notadamente políticos, manifestação da soberania popular. Há outros, que igualmente manifestações da soberania popular, têm uma proteção político-constitucional, mas são essencialmente técnicos e entre eles serão abordadas decisões que se reputam terminativas, no seu âmbito, pertinentes às funções de controle externo da administração pública.

O sistema jurídico é estável – produz segurança – mas não é imutável.

O exemplo de uma sentença que atribui ao demandante a propriedade de um escravo, e que é relativizada (senão extinta), vale também para a amplitude dos fenômenos inumeráveis do direito: a propriedade, a família, a sociedade e, por fim, mais presentemente, os direitos humanos, sociais, econômicos e políticos.

Conclui-se, nesta parte, que a coisa julgada pode ser relativizada, segundo circunstâncias políticas e sociais que são reconhecidas, e, logo, acolhidas, pelo sistema jurídico.

O âmbito deste trabalho é exatamente o confronto entre situações institucionais que não podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário e, portanto, em uma primeira

aproximação, diz-se que estão guarnecidas por parâmetros estabilizadores que, fenomenologicamente, assemelham-se à coisa julgada, sem com ela se confundirem.

2. Constituição e coisa julgada

Dispõe o artigo 5º, XXXVI, da Constituição brasileira, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, inserido no Título II, que abriga os direitos e garantias fundamentais:

“Art. 5º (...)
(...)”

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

De outra parte, o artigo 60, parágrafo 4º, IV, fixa:

“Art. 60. A Constituição poderá emendada mediante proposta:”

E no parágrafo quarto deste artigo:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tende a abolir:

(...)”

IV – os direitos e garantias individuais.”

Caracterizado como princípio, com natureza pétrea, a Constituição veda – em vetor principiológico dirigido aos legisladores constituintes – proposta de emenda tendente a abolir a coisa julgada, entre outros direitos e garantias fundamentais.

Celso Bastos (2001) define a coisa julgada afirmando que

“‘é a decisão judicial transitada em julgado’, ou seja ‘a decisão judicial de que já não caiba mais recurso (LICC, art. 6º, parágrafo 3º) (...). Na coisa julgada, o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial. Daí falar-se em coisa julgada formal e material.”

Coisa julgada formal é aquela que se dá no âmbito do próprio processo. Seus efeitos restringem-se, pois, a este, não o extrapolando.

A coisa julgada material, ou substancial, existe, nas palavras de Couture, quando à condição de inimpugnável no mesmo processo, a sentença reúne a imutabilidade até mesmo em processo posterior (fundamentos do direito processual civil).

Já para Wilson de Campos Batalha, coisa julgada formal significa sentença transitada em julgado, isto é, preclusão de todas as impugnações, e coisa julgada material significa o bem da vida reconhecido ou denegado pela sentença irrecorrível. O problema que se põe, do ângulo constitucional, é o de saber se a proteção assegurada pela Lei maior é atribuída tão somente à coisa julgada material ou também à formal.

O art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não faz qualquer discriminação; a distinção é feita pelos processualistas.

“A nosso ver, a Constituição assegura uma proteção integral das situações de coisa julgada” (MORAES, 2011, p. 225).¹

A “*autoritas rei judicatae*” resulta na imutabilidade da sentença cuja qualidade intrínseca e extrínseca nessas circunstâncias é a coisa julgada.

Uma vez que estejam esgotados os meios de revisão do julgado, diz-se que a sentença passa em julgado, como já afirmara Enrico Tullio Liebman (1945, p. 33-60).

Ovídio A. Baptista da Silva (2005, p. 455-491) define a coisa julgada:

“Dissemos que se pode defini-la como a virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias, impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subsequente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo a ‘lei do caso em concreto’”.

Isso não significa a absoluta irrevisibilidade da sentença transitada em julgado. O Código de Processo Civil estatui as hipóteses em que, confirmadas, a sentença será rescindida.

¹ Para Moraes (2011), a coisa julgada tem importante relevo no catálogo constitucional de 1988, como direito humano fundamental.

Citado por Luiz Guilherme Marinoni (2004)², Pontes de Miranda, no seu Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões, afirmara existirem sentenças nulas e sentenças inexistentes – que dispensariam a rescisão por meio de ação própria.

Nula a sentença, nula é, poderia o juiz desconstituí-la de ofício.

Não é, entretanto, a posição de Marinoni.

Diz o autor que as teorias que vêm se disseminando sobre a relativização da coisa não podem ser aceitas.

De um lado, os relativistas invocam a realidade e o valor justiça; enquanto aqueles que sustentam a imutabilidade prendem-se aos valores da estabilidade e segurança jurídicas.

Reconhece Marinoni que nem todos os processos concluem com a sentença justa, o que é apenas um ideal. Mas também, diz que os relativistas não conceituam justiça. Concluindo com John Rawls (1976 apud MARINONI, 2004), adota a ideia de que é preferível aquiescer de que uma teoria errônea é a carência de uma melhor; uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior³.

² O autor sustena a relativização da coisa julgada, por ser apenas um dos princípios constitucionais e quando frente ao confronto em caso concreto com a dignidade humana. É ela – a dignidade humana – o vetor do sistema do direito e, além disso, quando se afirma que a sentença é justa, não há base disciplinar para determinar a obtenção de um resultado justo. Também pondera o confronto entre a segurança e a estabilidade jurídicas com a realidade, ou, segundo sua expressão, entre a facticidade (“faktizität”) e a validade do direito (“geltung”), explicitado no referido artigo à página 14 (MARINONI, 2004, p. 14-33).

³ A posição de Rawls (1976, p. 4), literalmente no vernáculo: “A única coisa que permite que aquiesçamos com uma teoria errônea é a carência de uma melhor, analogicamente, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior”. Louvado na citação, a opinião é eivada de filosofia calvinista, uma certa dose de pragmatismo liberal e utilitarismo, recordando algo de Mills. A injustiça jamais deve ser aceitável, a História é um repositório de injustiças para as quais aqueles que com ela convivem alegam ser a injustiça sempre melhor do que injustiça mais grave ou pior. O vetor ético da

Concluindo: pode-se afirmar que as relativizações da coisa julgada, atendidos os princípios da proporcionalidade, legalidade e instrumentalidade, demonstram que a sentença não pode afrontar a realidade. Assim, como em sentido mais elevado, também não pode afrontar circunstâncias institucionais extrínsecas à própria sentença, cujo principal fenômeno jurídico é a nova Constituição e uma nova ordem jurídica, além, evidentemente, das situações evolutivas da própria sociedade e do estado que resultem em novo ordenamento.

Afinal, a coisa julgada é um dos princípios constitucionais, proporcional e relativizado como ocorre com os princípios.

Somente a situação concreta submetida à valoração de governo (Legislativo, Executivo, Judiciário, bem como à valoração de instituições dotadas de poder sem serem poder – o controle externo ou a fiscalização da aplicação da lei – e, por que não, o próprio poder direto popular) pode indicar o rumo a seguir, jurídico ou político, no interesse público e que fará parte dos anais da crônica histórica.

3. Decisões terminativas extrajudiciais

3.1. Acesso ao Poder Judiciário

O artigo 5º, XXXV, comanda que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito:

“Art. 5º (...)

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Evidente que a lesão ou a ameaça a direito não deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, conquista notável da Carta de 1988, porque, durante longas décadas, as lesões ou ameaças a direitos políticos, assim como a outros direitos, quando ditadas pelas autoridades que empalmaram o poder

humanidade é a extirpação das injustiças, jamais a convivência (ou a convivência) com elas.

político em 1º de abril de 1964, estavam vedadas de apreciação judicial.

Garantido o direito de apreciação judicial nos casos de lesão ou ameaça, quais seriam, portanto, as decisões terminativas que, sem ofensa ou lesão – e no acolhimento de situações constitucionais ou legais assimiladas ao sistema novo – não se submetem ao julgamento judicial?

Seriam elas de variadas espécies, as quais passam a ser examinadas, concluindo-se pela última, relativa ao controle externo, foco deste trabalho.

Deixa-se consignado que todas as exclusões de apreciação, decorrentes da própria Carta ou de legislação infraconstitucional, não subvertem a apreciação judicial dos demais princípios, exemplificativamente, aqueles que garantem aos administrados direitos fundamentais e as necessárias molduras processuais-administrativas garantidoras de seus direitos.

3.2. Similitude do processo administrativo ao processo judicial

A Constituição de 1988, art. 5º, LV, em notável avanço e marco civilizatório, determina que:

“Art. 5º (...)
(...)”

LV – aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

A consequência é indiscutível: houve de parte do constituinte uma incisiva aproximação entre o processo judicial e, o administrativo, e, em ambos, guardadas as peculiaridades, submetem-se os mais caros dos valores derogadores do processo inquisitorial: o contraditório e a ampla defesa.

Essa similaridade é que permite garantir no curso dos processos administrativos a segurança indispensável aos direitos fundamentais, vetorizando a sua decisão em função do afloramento da verdade e da concretização da justiça.

3.3. Decisões administrativas tributárias

Para o Estado, as decisões dos seus tribunais administrativos tributários, que pendem para os direitos dos contribuintes, são terminativas.

Ao Estado é vedado, nessas circunstâncias, o acesso ao Poder Judiciário, sob a ótima singela de que a decisão, em primeiro plano, é emanada legalmente por órgão integrante da sua própria administração pública tributária.

O Código Tributário Nacional, embora não discipline o processo administrativo tributário, estabelece que a decisão nele proferida, favorável ao contribuinte, extingue a obrigação tributária.

A matéria está minuciosamente regradada no Decreto nº 70.235/1972, emitido com base no Decreto-Lei nº 822/1969 e plenamente em vigor nesse aspecto, embora haja modificações quanto à forma e composição dos órgãos administrativos de julgamento tributário.

A matéria é aplicável à União, Estados, Municípios, Distrito Federal e autarquias que possuem em sua sede legal a arrecadação de tributos, como as contribuições sociais, além de taxas e emolumentos, submetidos em seu universo aos princípios tributários.

Em relação ao contribuinte, apresenta-se impossível o acesso ao Judiciário, porque para ele não há lesão ou ameaça a direito.

3.4. Decisões administrativas

Nesse âmbito de decisões administrativas estão incluídas aquelas decorrentes do processo disciplinar, do processo de fiscalização, assim como outras espécies, nas quais se inclui o poder de polícia.

Também podem ser incluídas as decisões prolatadas por comissão de concurso ou comissão de licitação, amparadas em suas respectivas matrizes constitucionais e legais.

Da mesma forma como demonstrado para as decisões dos tribunais adminis-

trativos tributários, quando contrárias ao Estado, também lhes é vedada a apreciação pelo Poder Judiciário; enquanto que, se favoráveis aos denominados administrados ou servidores públicos, restaria nenhum seu interesse em apreciação judicial.

No processo administrativo disciplinar, concluído com a decisão favorável ao destinatário da norma administrativa (servidor ou administrado), tolhe-se ao Estado propugnar por reexame da sua própria valoração na aplicação da lei ao caso concreto.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário substituir-se à banca examinadora de concursos públicos e substituir o resultado aquilatado segundo determina o artigo 37, II, da Constituição Federal.

Igual critério nos processos de fiscalização, licitação e poder de polícia, quando o órgão julgador estatal prolata decisão que exonera da conduta antes acusada o administrado.

Poder-se-ia agregar a decisão sobre os atos discricionários, cuja conveniência e oportunidade é alheia ao julgamento judicial, segundo dominante entendimento jurisprudencial e doutrinário.

3.5. *Decisões em julgamento constitucional (conforme Diogo de Figueiredo Neto)*⁴

a) o processo e julgamento, pelo Senado Federal, do Presidente da República nos

⁴ A classificação apresentada, com adaptação ao presente ensaio, é de Moreira Neto (2003, p. 226 et seq.). Poucos administrativistas incursionam no tema da relativização do acesso ao Poder Judiciário e das características terminativas de determinadas decisões, sejam políticas, tributárias, administrativas ou de controle externo – mas em qualquer das suas espécies sempre transpostas para um ato administrativo, em que ficam documentalizadas. Assim, a escolha de um Ministro de Estado tem a sua documentabilidade em um ato administrativo, com pura índole política, vez que os ocupantes desses cargos são auxiliares do Presidente da República, e, simetricamente com o princípio federativo, municipais e Distritais, dos Governadores de Estado, Prefeitos Municipais e Governador do Distrito Federal. Desde logo, o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas sobre a prestação de contas que o Presidente da República deve

crimes de responsabilidade, bem como dos Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza, conexos com aqueles (CF, art. 52, I);

b) o processo e julgamento, pelo Senado Federal, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade (CF, art. 49, II);

c) julgamento anual, pelo Congresso Nacional, das contas prestadas pelo Presidente da República (art. 49, IX);

d) parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas da União sobre as contas que o Presidente da República deve prestar anualmente (CF, art. 71, I);

e) processo e julgamento das contas, pelo Tribunal de Contas da União, dos demais administradores federais, da administração pública direta e indireta (CF, art. 71, II).

f) as fixadas às letras *c*, *d* e *e* são aplicáveis, por similaridade federativa constitucional, aos Estados, Municípios e Distrito Federal.

3.6. *Atos de governo, atos políticos e atos de política pública*

Os atos de governo, sem serem atos de administração, são aqueles que variam desde a escolha de Ministros do Poder Executivo até as hipóteses de instituição de normas “interna corpore”. Situam-se na espécie os regimentos legislativos, executivos e judiciários e, ainda, as deliberações de âmbito exclusivo adotadas ao impulso e

apresentar a esta Instituição de Estado anualmente, embora documentado (ou corporificado em uma peça opinativa), é um ato político-administrativo e cujo julgamento cabe ao corpo legislativo respectivo. No seu mérito, o parecer prévio é uma peça institucional com base no dever-poder estatuído na Carta Magna de 1988, e tem uma nítida avaliação auditorial e pericial de valor. Nesse aspecto, seu mérito encontra guarida na relativização do acesso ao Poder Judiciário, excetadas as questões relativas à lesão ou ameaça de lesão a direito (nos quais podem-se incluir, *v.g.*, o devido processo e o cumprimento dos demais princípios e regras constitucionais legais.

sob a guarida da independência e harmonia dos poderes.

Ressalte-se, por fim, os atos relativos à adoção e execução de políticas públicas, todos notadamente sob a égide da conveniência e oportunidade.

4. O Tribunal de Contas e a natureza de suas decisões

A avaliação da exoneração de apreciação – quanto ao mérito – das decisões arroladas do Tribunal de Contas, inscritas na Carta Federal para o Tribunal de Contas da União, mas aplicáveis aos demais tribunais por força do modelo federativo obrigatório estatuído no artigo 75 da Carta, exige algumas observações.

4.1. O Tribunal de Contas

O Tribunal de Contas da União está regrado no artigo 71 e seguintes da Carta de 1988. A Constituição não define sua natureza jurídica.

A sua denominação (Tribunal), a localização constitucional junto ao Poder Legislativo e a qualificação de suas competências (como apoio ou colaboração) são questões tormentosas que não encontram pacífica conceituação na doutrina; no Poder Judiciário as decisões são discrepantes.

Necessário, pois, enfrentar essas questões, salientando-se que, embora o artigo 71 discipline o Tribunal de Contas da União, por força do artigo 75, como já dito anteriormente, é ele modelo obrigatório para os demais Tribunais ou Conselhos de Contas do Brasil, segundo a simetria federativa adotada na Carta de 1988.

A dissertação se concentra, quanto a esse órgão – Tribunal de Contas –, na sua natureza, competência e organização e o referirá no singular, entendido assim que a citação singular também é válida para os demais Tribunais ou Conselhos de Conta.

Como resultado da longa evolução histórica acima assinalada, o controle e seu agente Tribunal de Contas são a mais

afirmativa criação independente e técnica do Estado.

Nenhuma empresa privada ou ente privado, por mais poderoso que possa ser – e muitos o são – possuem a independência de controle que o Estado se auto-constitui.

Não mais do que mil empresas privadas (complexo industrial, militar, química, informática, infraestrutura, aeronáutica, bancos, minérios) detêm o mesmo valor do produto nacional público da soma dos Estados do planeta.

Nenhuma delas, contudo, possui o sistema de controle externo, como realização democrática e dos direitos humanos, que qualquer Estado civilizado dispõe, com a independência política e técnica, mesmo comparadas ao Estado mais empobrecido da África ou da América Latina.

As empresas privadas valem-se, para o controle especializado, de empresas de auditoria, cujos relatórios não têm força de poder de polícia (obrigatórios para os sistemas financeiros e securitários, como nos países europeus, Estados Unidos ou Brasil – Lei nº 4595/64).

As últimas falências (para ficar nas mais recentes) nos Estados Unidos ou nas empresas financeiras no Brasil contavam com pareceres favoráveis de auditoria independente.

Isso permite concluir o grau de aperfeiçoamento e qualificação, fruto da independência da qual está dotado, modernamente, o sistema de controle estatal.

Conclui-se: o controle externo da administração pública é instrumento da democracia, realização da cidadania e dos direitos humanos – indisponível e indelegável, fundado no princípio do interesse público⁵.

4.2. Tribunal de Contas – natureza – evolução – Constituição de 1988

A questão principal a respeito do Tribunal de Contas é o exame e conclusão sobre

⁵ O controle externo se integra no Estado Democrático de Direito, indisponível e indelegável. De resto, não há administração pública evoluída sem o dever-controle independente.

a sua natureza jurídica, que se reflete na sua organização e nas suas competências.

Viu-se antes que a iniciativa de criação do Tribunal de Contas coube a Ruy Barbosa, como Ministro da Fazenda, ao alvorecer da República.

Embora não tenha sido implantado, o Tribunal de Contas previsto no Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, firmado por Manoel Deodoro da Fonseca e Ruy Barbosa, Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, respectivamente, foi o embrião do Tribunal na Carta de 1891.

A peça legal para a primeira abordagem sobre a sua natureza não é exatamente o texto do decreto, de resto singelo, mas a Exposição de Motivos, longa e minuciosa, obra jurídica e literária de Ruy Barbosa.

Dirigindo-se ao Generalíssimo, que firmaria o Decreto, inicia Ruy Barbosa a Exposição de Motivos com a oração de fé na “democracia”, “Constituição livre”, “como base da democracia” e “o julgamento popular”.

Em seguida, Ruy Barbosa afirma que para o Governo Provisório coroar as suas obras (a República) faltava-lhe a mais importante providência, exigência que uma “sociedade política bem constituída pôde exigir de seus representantes”.

Referia-se o então Ministro da Fazenda e autor do texto do Decreto proposto na Exposição de Motivos do Decreto nº 966-A à:

“necessidade de tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana, em sua missão de prover as necessidades públicas mediante o menor sacrifício dos contribuintes, à necessidade urgente de fazer dessa lei das leis uma força da nação, um sistema sábio, econômico, escudado contra todos os desvios, todas as vontades, todos os poderes que ousem perturbar-lhe o curso traçado.

Nenhuma instituição é mais relevante, para o movimento regular do mecanismo administrativo e político de um povo, do que a lei orçamentária.

Mas em nenhum há maior facilidade aos mais graves e perigosos abusos⁶.”

Apontando os requisitos de estabilidade de qualquer forma de governo constitucional, dos quais salienta o orçamento, o qual deixa de ser uma “contribuição formal”, preconiza que se revista do “caráter de uma realidade segura, solene, inacessível a transgressões impunes”.

“Acautelar e vencer esses escusos” que atentam contra a lei, inspirados em oposição ao “interesse geral”. Esse foi sempre, diz Ruy Barbosa, o empenho de todas as nações regularmente organizadas desde que os orçamentos deixaram de ser “l’état du roi”.

Para a instrumentação desse “acautelar e vencer”, para superação do “l’état du roi”, para que a lei das leis (orçamento) se transforme na realidade segura, solene, inacessível a transgressões impunes, Ruy Barbosa propõe a instituição do Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas será apenas a tarefa política da missão de um governo que proclamou a República, propôs ao país uma Constituição livre para firmar as instituições democráticas em bases sólidas – o Tribunal de Contas é o ente (futuramente constitucional) integrante das instituições democráticas que garantem que as mesmas instituições democráticas se firmam em bases sólidas.

Acresce Ruy Barbosa:

“Cumpra à República mostrar, ainda neste assumpto, a sua força regeneradora, fazendo observar escrupulosamente, no regimen constitucional em que vamos entrar, o orçamento federal.

Se não conseguir este *desideratum*: si não pudermos chegar a uma vida orçamentaria perfeitamente equili-

⁶ O documento original do Decreto nº 966-A e sua Exposição de Motivos encontram-se na Casa de Ruy Barbosa, instituição privada criada pelos Tribunais de Contas. O autor teve acesso a uma cópia reprográfica. Dela são as transcrições seguintes.

brada, não nos será dado presumir que hajamos reconstituído a pátria, e organizado o futuro.

É, entre nós, o sistema de contabilidade orçamentaria defeituoso em seu mecanismo e fraco de sua execução. O Governo Provisório reconheceu a urgência inadiável de reorganizá-lo; e a medida que vem propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil.

Só assim o orçamento, passando, em sua execução, por esse cadinho, tornar-se-á verdadeiramente essa verdade, de que se fala entre nós em vão, desde que neste país se inauguraram assembléias parlamentares⁷.”

Melhor sorte teve o projeto de Ruy Barbosa do que os projetos anteriores, ainda que não instalado o Tribunal ali previsto, o que ocorreria com a Carta Republicana de 1891.

Para Ruy Barbosa não se tratava apenas de criar um Tribunal de Contas. Sua ideia política era essencialmente republicana, democrática, moralizadora, um escudo protetor do Tesouro, com força punitiva em caso de transgressão ao seu objeto principal (e único) – acautelar e vencer os atentados contra a lei das leis – o orçamento.

Diz Ruy Barbosa:

“Mas para a edificação republicana esta reforma deve ser uma das pedras fundamentais.

A necessidade de confiar a revisão de todas as operações orçamentarias da receita e despesa a uma corporação com as atribuições que vimos de

expor, está hoje reconhecida em todos os países, e satisfeita em quase todos os sistemas de governo estabelecidos, que apenas divergem quanto à escolha dos moldes; havendo não menos de quatorze constituições, onde se consigna o princípio do Tribunal de Contas⁸.”

O Ministro da Fazenda a seguir enumera dois tipos de Tribunal de Contas: um no modelo originário da França e adotado pela Suécia, Espanha, Grécia, Sérvia, Romênia e Turquia, além dos “dois” grandes Estados centrais da Europa – Alemanha e Império Austro-Húngaro, supostamente.

O segundo adotado é o modelo da Itália, perfilado pela Holanda, Bélgica, Portugal (há quatro anos), Chile (há dois anos) e recentemente o Japão – considerada a data do projeto.

Ruy Barbosa explicita sobre os sistemas de controle dos Tribunais de Contas: no primeiro grupo “a fiscalização se limita a impedir que as despesas sejam ordenadas ou pagas, além das faculdades do orçamento”.

No segundo grupo, “a ação dessa magistratura vai muito mais longe: antecipa-se ao abuso, atalhando em sua origem os atos do poder executivo susceptíveis de gerar despesa ilegal”.

Para Ruy Barbosa, o segundo sistema é o mais adequado, satisfaz a finalidade da instituição.

Explicita:

“Dos dois sistemas, o último é o que satisfaz cabalmente os fins da instituição, o que dá toda a elasticidade necessária ao seu pensamento criador. Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para os punir. Circunscrita a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia, ou impotente. Convém levantar, entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e

⁷ BARBOSA, Ruy. Exposição de Motivos ao Decreto nº 966-A. Transcrição do texto grafado no original.

⁸ BARBOSA, Ruy. Op. cit.

o poder que quotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura, e intervindo na administração, seja, não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente discrepem da linha rigorosa das leis de finanças⁹.”

Prossegue Ruy Barbosa na Exposição de Motivos historiando a respeito do projeto de 1845 para a criação de um Tribunal de Contas elaborado por Manuel Alves Branco. Transcreve-o integralmente, frustrado, como já se viu, segundo Ruy Barbosa:

“Mas, como não é de estranhar, atente a importância do assumpto, a idéia adormeceu, na Mesa da Câmara, desse bom sono de que raramente acordavam as idéias úteis, especialmente as que podiam criar incômodos à liberdade da politicagem eleitoral. E quarenta e cinco anos deixou a monarquia entregue o grande pensamento ao pó protetor dos arquivos parlamentares¹⁰.”

Ruy Barbosa, com suas costumeiras lições, esmiúça o modo operacional do Tribunal belga e do Tribunal italiano, salientando que, neste último, com competências além do orçamento e das finanças, transpôs ele a linha divisória, forçando a natureza da instituição. Ruy Barbosa era severo quanto à rigorosa e estrita obediência à lei orçamentária, pretendendo alheio o novo Tribunal à matéria estranha.

Da Exposição de Motivos, aula magna inaugural do Tribunal de Contas da República, pode-se concluir que o Tribunal nascia sob os seguintes valores (coligidos e transcritos no peculiar estilo de Ruy Barbosa)¹¹:

⁹ BARBOSA, Ruy. Op. cit.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Resumo da Exposição de Motivos de Ruy Barbosa elaborado pelo autor.

- o Tribunal de Contas é uma instituição democrática;

- resulta de uma Constituição livre destinada a firmar constituições democráticas em bases sólidas;

- providência de uma sociedade política bem constituída, exigida dos seus representantes;

- o Tribunal de Contas é um corpo da magistratura intermediária à administração e à legislatura;

- cercado de garantias, com atribuições de revisão e julgamento;

- exerce funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil;

- os membros do Tribunal de Contas são nomeados pelo Presidente da República, sujeitos à aprovação do Senado;

- gozarão seus membros das mesmas garantias de inamovibilidade dos membros do Supremo Tribunal Federal;

- incumbe-lhe o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e à despesa da República;

- todos os decretos do Poder Executivo, ordens ou avisos de Ministérios, que sejam suscetíveis de criar despesas ou interessar às finanças da República, para poderem ter publicidade e execução, serão sujeitos primeiro ao Tribunal de Contas, que os registrará quando reconheça que não violem disposição de lei nem excedam os créditos votados pelo Poder Legislativo;

- julgará anualmente as contas de todos os responsáveis pelas mesmas, independentemente dos Ministérios a que pertençam, dando-lhes quitação, condenando-os a pagar, e, quando não o cumprem, mandando proceder na forma de direito.

Como se verifica, o Tribunal é instituído no movimento político da Proclamação da República, instrumento democrático e autônomo, cercado de garantias, e seus membros predicamentados com a inamovibilidade dos magistrados da Corte Suprema.

Também instituição constitucional, é corpo de magistratura intermediária¹² entre o Poder Executivo e o Legislativo. Suas atribuições, rigorosas e severas, examinam, revisam e julgam as operações previamente. Sua negativa de registro impede a publicidade e a execução, sempre sob o critério da inviolabilidade da lei.

Em 8 de outubro de 1896, a Lei nº 392, que ainda se denominava como as demais por decreto, atribuiu ao Tribunal de Contas, além da função de fiscal da administração financeira (art. 2º, § 1º, nº I), a sua isonomia de funcionamento “como Tribunal de Justiça com jurisdição contenciosa e graciosa” (art. 2º, § 1º, nº II) mediante processo em estilo judicial (artigos 3º e 4º), no julgamento e revisão das contas a ele devidas.

Nos *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, Ruy Barbosa (1934 apud FAGUNDES, 1976, p. 393 et seq) define-o com precisão (na grafia da língua portuguesa à época de Ruy Barbosa):

“Tribunal é, mas Tribunal *sui generis*.
(...)”

Corpo da magistratura intermediária á administração e á legislatura, que collocado em posição autônoma com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaesquer ameaças, possa exercer funções vitais no organismo constitucional (...)

(...) sem risco de converter-se em instituição de ornoso apparatus e inútil. Só assim o orçamento, passando, em sua execução, por esse cadinho, tornar-se-á verdadeiramente essa verdade, de que fala entre nós, em vão, desde que neste paiz se inauguraram assembléias parlamentares¹³.”

Nasce com a incumbência de, com a necessária reorganização financeira para

¹² A definição é de Ruy Barbosa na referida Exposição de Motivos.

¹³ Os anais estão arquivados nas bibliotecas do Tribunal de Contas da União e na Casa de Ruy Barbosa, no Rio de Janeiro.

atendimento das necessidades públicas, atuar firmemente no exame e julgamento do fiel cumprimento às leis.

É uma nova instituição republicana e democrática, que, constitucionalizada em 1891, irá firmar com os Poderes a sólida base institucional, somente interrompida nos intervalos extraconstitucionais.

Republicano e democrático – o Tribunal de Contas no Brasil somente exerceu suas amplas funções vitais enquanto vigente o sistema democrático. Em 1938, logo após a decretação do Estado Novo, o governo colocou em recesso o Tribunal de Contas e os Tribunais de Contas estaduais e Conselhos de Contas municipais. Em 1946, reinstalaram-se as Cortes de Contas, com a redemocratização do país.

O episódio que dá origem ao recesso ditatorial do Tribunal remonta à época do Ministro Thompson Flores, quando, por seu voto, a Corte rejeitou as contas do Presidente da República relativas ao exercício de 1936, na sessão do Pleno de 26 de abril de 1937. Colocado em disponibilidade, o Ministro Thompson Flores não mais retornou à Corte, vindo a ser aposentado em 30 de outubro de 1950. O episódio é revelado pelo Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz (2005)¹⁴.

Instituição vital ao Estado Democrático de Direito, sem ser poder, é-lhe atribuído dever-poder para fiscalizar os Poderes, o Ministério Público e exercer o seu autocontrole.

Sua natureza jurídica, além da histórica e autêntica interpretação extraída de Ruy Barbosa, na sua doutrina e na Exposição de Motivos, encontra em Seabra Fagundes e Castro Nunes outras lições, cuja importância merece reprodução.

A respeito da natureza jurídica do Tribunal de Contas, Castro Nunes (1943 apud FAGUNDES, 1976) disse:

¹⁴ Originado de Conferência proferida na Escola de Gestão e Controle Francisco Juruena daquele Tribunal em 26 de outubro de 2004.

“É um instituto sui generis, posto de permeio entre os poderes políticos da Nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles (...).”

Seabra Fagundes, em memorável conferência no VIII Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, em novembro de 1975, ressalta a projeção das Cortes de Contas em seu papel controlador sobre todos os poderes estatais, participando de atividades legislativas, executivas e judicantes que lhes comunicam um certo hibridismo.

Referindo-se ao seu *Controle dos Atos Administrativos*, clássico do Direito Administrativo, assevera Seabra Fagundes (1976, p. 393 et seq), no VIII Congresso já referido, que o Tribunal possui competência dupla: emite parecer prévio e julga irremediavelmente as contas; aqui sua função é jurisdicional.

Pontes de Miranda (1953, p. 344 et seq) diz caber ao Tribunal de Contas o julgamento das contas dos responsáveis e que:

“As questões decididas pelo Tribunal de Contas, no julgamento das contas dos responsáveis pelos dinheiros ou bens públicos, não são simples questões prévias; são questões prejudiciais, constituem o ‘prius’ lógico-jurídico de um crime, ou pelo menos, de circunstancial material desse.

É elemento indispensável à repressão do crime de peculato, por parte do juiz comum, o julgamento das contas dos responsáveis, e esse julgamento somente pode ser feito pelo Tribunal de Contas.

Quando o juiz comum despreza o julgamento do Tribunal de Contas, infringindo-o, ou modificando-o, ou tendo-o por desnecessário, usurpa funções do Tribunal de Contas, sem proveito dos acusados, ou contra eles. (...)

Trata-se de regra de direito civil, que de nenhum modo poderia ter repercussão no direito administrativo,

‘a fortiori’ quando existe regra de direito constitucional separando as competências.

(...)

Em virtude da Constituição, o juiz comum não julga contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, – só as julga o Tribunal de Contas.

(...)

Nem a lei ordinária, nem a interpretação pode inverter o que decorre de regras de competência, insertas na própria Constituição.”

Ruy Cirne Lima (1963, p. 245 et seq), que assina notável peça opinativa de 8 de abril de 1963, parte II, afirma:

“Onde se abre campo à ação (em sentido material), aí, entretanto, tem a competência do Tribunal de Contas terminado, Ruy Barbosa, ainda, é quem diz: ‘Se o Tribunal de Contas, por uma decisão sua, ou o Congresso Nacional, por um ato fundado no Tribunal de Contas, invadirem usurpatòriamente o terreno inviolável... (das) garantias e direitos (individuais), poderão as vítimas ir buscar o remédio jurídico na autoridade dos Juizes e Tribunais...’

(...)

Tem, portanto, entre nós, o Tribunal de Contas, ‘jurisdictio’; falta-lhe, porém, competência para o ‘judicium’ e, ‘a fortiori’, competência para dá-lo e cometê-lo a outrem, porque, estranha à sua função, naquêlo ou neste aspecto, a idéia de ação (em sentido material). Certo, são, as decisões do Tribunal de Contas, terminativas, quando julga, ele, as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos (Const. Fed., art. 77, II). Esse julgamento compete-lhe, porém, em função do ato político do Congresso Nacional, que julga as contas do Poder Executivo (Const. Fed., art. 66, VIII). E como a competência do Tribunal de Contas, acerca do julgamento

das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, somente lhe é atribuída em função daquele ato político, as decisões do Tribunal de Contas, nessa matéria, não poderiam, por isso mesmo, ficar sujeitas a reexame judiciário. O julgamento político exclui o pronunciamento judiciário ulterior, nos mesmos termos em que o julgado criminal exclui a ação civil. ‘... não se poderá... questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o autor...’ (art. 1525, Cód. Civ.). De outro lado, o julgamento político tem precedência necessária sobre o pronunciamento judiciário. Em consequência, nem antes nem depois das decisões do Tribunal de Contas, enquanto às contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, toca, aos Juízes e Tribunais comuns, pronunciar-se sobre o fato sujeito, ou quem lhe seja o autor. A eficácia exclusiva e terminativa das decisões do Tribunal de Contas, nessa matéria, não é mais, no entanto, do que uma aplicação do princípio de independência e harmonia dos poderes políticos (Const. Fed., art. 36). Não é, certamente, expressão do poder de julgar, que ao Tribunal de Contas, entre nós, falece por completo, embora seja, ele, e, também, atentas as linhas estruturais de nosso regime, porque seja, ele, a mais alta jurisdição administrativa da República.”

Citado por Eduardo Lobo Botelho Guazzini, Themistocles Brandão Cavalcanti, autor clássico das décadas de 40 e 50, sobre a Carta de 1946, a respeito do Tribunal de Contas e competências, dissertava no

“(...) sentido de que ‘as correntes divergentes têm encarado o problema do controle financeiro dos atos da Administração sob prismas muito diversos, ora adotando um critério político de subordinação da Administração a um duplo controle

jurisdicional (do Tribunal de Contas) e legislativo (das Câmaras), ora se fixando dentro de teses doutrinárias em que a questão do controle prévio tomou grande destaque, ora, finalmente, reagindo contra esses critérios e conferindo ao Tribunal de Contas posição meramente formal, que levaria, em suas últimas consequências, à própria extinção do Tribunal de Contas” (CAVALCANTI apud GALAZZI, 1992b, p. 190).

Também Aliomar Baleeiro (apud GALAZZI, 1992b, p. 190) ressalta o papel político da Corte:

“(...) à primeira vista, o Tribunal de Contas poderá parecer simples órgão administrativo, colegiado, com funções jurisdicionais sobre os ordenadores e pagadores de dinheiros públicos, no interesse da probidade da Administração. Assim é numa primeira aproximação. Mas, se o analisarmos detidamente, por outros aspectos, chegaremos à conclusão de que existe algo de mais importante e profundo nesse órgão ‘imediate’ da Constituição: é a sua função essencialmente política que decorre desses aspectos menos ostensivos.”

José Afonso da Silva comenta sobre a natureza jurídica do Tribunal de Contas em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*:

“Tem por *objetivo*, nos termos da Constituição, a apreciação das contas do Chefe do Poder Executivo, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, a apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. Em suma, verificar da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais da administração direta e indireta da União.

O controle externo é, pois, *função do Poder Legislativo*, sendo de competência do Congresso Nacional no âmbito federal, das Assembléias Legislativas nos Estados, da Câmara Legislativa no Distrito federal e das Câmaras Municipais nos Municípios com o *auxílio* dos respectivos Tribunais de Contas. Consiste, assim, na atuação da função fiscalizadora do povo, através de seus representantes, sobre a administração financeira e orçamentária. É, portanto, um controle de natureza política, no Brasil, mas sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente, que assim se apresenta como órgão técnico, e *suas decisões são administrativas, não jurisdicionais*, como, às vezes, se sustenta, à vista da expressão ‘julgar as contas’ referida à sua atividade (art. 71, I). A mesma expressão é também empregada no art. 49, IX, em que se dá ao Congresso Nacional competência para *julgar anualmente* as contas prestadas pelo Presidente da República, e nem por isso se dirá que ele exerce função judicante.”

A posição de José Afonso da Silva, embora o seu brilhantismo, é restritiva quanto à natureza da Corte. Sem dúvida, órgão administrativo apenas não é. Que possui atribuições duplas, elenco das competências constitucionais, não deixa margem à discussão.

Seu hibridismo é perceptível, segundo Ruy Barbosa e Ruy Cirne Lima: emite parecer em apoio técnico como instituição política, julga em decisões judicialiformes e ainda tem competências administrativas de controle.

É também o ensino de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, no minucioso *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*, no qual arrola as correntes polêmicas a respeito da natureza do Tribunal de Contas, lideradas por José Cretella Júnior, de um lado, como órgão especificamente administrativo, e

Castro Nunes, de outro lado, defensor do órgão de jurisdição administrativa.

Gualazzi, ao examinar os diferentes conceitos, conclui:

“Assim, pode-se definir *Tribunal de Contas, no Brasil*, como o órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três Poderes do Estado, sem a definitividade jurisdicional. Esta definição é cabalmente aplicável ao Direito Brasileiro, mas discrepa da concepção comparatística de Tribunal de Contas.

Em termos de Direito Administrativo Comparado, *Tribunal de Contas* é o órgão de controle externo e jurisdição, judicial e extrajudicial, sobre a execução financeiro-orçamentária, com eventual definitividade jurisdicional. Assim é porque, conforme se verificou nesta tese, nos itens dedicados a Direito Comparado, os Tribunais de Contas de muitos Estados soberanos constituem ramificações especializadas do ‘contencioso administrativo’ ou ‘justiça administrativa’ e, destarte, exercem jurisdição *stricto sensu*, com decisões finais suscetíveis de caracterizarem a coisa julgada, em sentido técnico de Teoria do Processo” (GUALAZZI, 1992a, p. 187).

Ricardo Lobo Torres (1999, p. 178) aponta que o “Tribunal de Contas tem o seu papel dilargado na democracia social e participativa e não se deixa aprisionar no esquema da rígida separação de poderes”.

De outro lado, salienta que a Constituição Federal declara expressamente o direito de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato de, legitimamente, denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas (art. 74, § 2º).

A medida, segundo Torres (1999), insere-se na moderna concepção de que o

Tribunal de Contas é colaborador (auxiliar, como diz Torres), tanto da Administração e do Legislativo quanto da própria comunidade.

E expressa:

“A democracia hodierna é representativa e participativa, como deixa claro a CF de 1988, assegurando às associações e demais órgãos da comunidade a possibilidade de defesas dos direitos públicos, coletivos e difusos.

O Tribunal de Contas, que está essencialmente ligado aos direitos fundamentais, pela dimensão financeira que estes exibem, aparece na CF 88 como uma das garantias institucionais da liberdade, a que o cidadão tem acesso através das garantias processuais. Pode a comunidade invocar a proteção do Tribunal de Contas para o combate à corrupção, para o controle dos incentivos fiscais, para promover a fiscalização sobre as entidades financeiras privadas que, causando prejuízos a terceiros, possam atingir o Tesouro, para fixar o valor do dano ambiental causado por funcionário público ou terceiros, etc.” (TORRES, 1999, p. 179-180).

Odete Medauar (1993, p. 140-141), no seu *Controle da Administração Pública*, após excluir as hipóteses de inclusão do Tribunal de Contas no âmbito dos Poderes Executivo, Judiciário ou Legislativo, conclui:

“Resta verificar se a Corte de Contas insere-se no âmbito do Poder Legislativo. Parece-nos que a expressão ‘com o auxílio do Tribunal de Contas’, contida no art. 71 da Constituição Federal tem gerado certa confusão no tocante aos vínculos entre esse órgão e o Legislativo, para considerá-lo subordinado hierarquicamente a tal poder, dada sua condição de auxiliar. Muito comum é a menção do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que acarreta a

idéia de subordinação. Confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. A Constituição Federal, em artigo algum, utiliza a expressão ‘órgão auxiliar’; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o *auxílio do Tribunal de Contas*; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização. Tendo em vista que a própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura *instituição estatal independente*.”

A autora, com adequada análise, comprova, previamente ao texto transcrito acima, que o “auxílio” ao Poder Legislativo não subordina o Tribunal de Contas nem o insere no âmbito do Poder Legislativo, porque a própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário.

Carlos Ayres Britto (2002, p. 96 et seq), a respeito da polêmica natureza jurídica do Tribunal de Contas, expõe¹⁵:

“Feita a ressalva, começo por dizer que o Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição

¹⁵ O Ministro Carlos Ayres Britto, antes de assumir seu cargo de Ministro do Supremo Tribunal, foi Procurador junto ao Tribunal de Contas de Contas de Sergipe. A relevância do seu entendimento deriva também da experiência profissional.

federal, com todas as letras do seu art. 44, *litteris*: 'O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos deputados e do Senado Federal' (grifo à parte). Logo, o parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União. Da sua estrutura orgânica ou formal deixa de fazer parte a Corte Federal de Contas e o mesmo é de se dizer para a dualidade Poder Legislativo/Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e natureza federada.

Não que a função de julgamento de contas seja desconhecida das Casas Legislativas. Mas é que os julgamentos legislativos se dão por um critério subjetivo de conveniência e oportunidade, critério esse que é forma discricionária de avaliar fatos e pessoas. Ao contrário, pois, dos julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas, que só podem obedecer a parâmetros de ordem técnico-jurídica, isto é, parâmetros de subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais.

(...)

Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas não é órgão auxiliando o Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional.

(...)

Tudo fica mais claro quando se faz a distinção entre competências e funções. A função de que nos ocupamos é a mesma, pois outra não é senão o controle externo. As competências, no entanto, descoincidem.

(...)

Algumas características da jurisdição, no entanto, permeiam os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas. Primeiramente, porque os TCs julgam sob critério exclusivamente objetivo

ou da própria técnica jurídica (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais). Segundamente, porque o fazem com a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. Isso quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público. Não, porém, quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processos de contas, porque, aí, prevalece a norma constitucional que submete à competência judicante do Supremo Tribunal Federal a impetração de *habeas corpus*, mandado de segurança e *habeas data* contra atos do TCU (art. 102, inciso I, alínea *d*). Por extensão, caem sob a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, conforme a situação, o processo e o julgamento dessas mesmas ações constitucionais contra atos dos demais Tribunais de Contas.

(...)

Por outro aspecto, ajunte-se que *nenhum Tribunal de Contas é tribunal singelamente administrativo* (ao contrário do que se tem afirmado, amiúde). Não pode ser um tribunal tão-somente administrativo um órgão cujo regime jurídico é *centralmente constitucional*. É dizer: os Tribunais de Contas têm quase todo o seu arcabouço normativo montado pelo próprio Poder Constituinte. Assim no plano da sua função, como respeitadamente às suas competências e atribuições e ainda quanto ao regime jurídico dos agentes que o formam.

Com efeito, o recorte jurídico-positivo das Casas de Contas é nuclearmente feito nas *pranchetas* da Constituição. Foi o legislador de primeiríssimo escalão quem estruturou e funcio-

nalizou todos eles (os Tribunais de Contas), prescindindo das achegas da lei menor. É só *abrir os olhos* sobre os 6 artigos e os 40 dispositivos que a Lei das Leis reservou às Cortes de Contas (para citar apenas a seção de n. IX do capítulo atinente ao Poder Legislativo) para se perceber que *somente em uma oportunidade é que existe menção à lei infraconstitucional*. Menção que é feita em matéria de aplicação de sanções (inciso VIII do art. 71), porque, em tudo o mais, o Código Supremo fez questão de semear no campo da eficácia plena e da aplicabilidade imediata.”

Sepúlveda Pertence (1998, p. 46-47), em conferência para o XIX Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, esclarece:

“Creio ser hora de concluir, renovando escusas pelo desataviado das notas da madrugada, mas permitam-me uma observação final. A competência do Tribunal de Contas, tal como a vem reafirmando essencialmente a jurisprudência do Supremo Tribunal, ligada ao *status* constitucional, à extensão das garantias e do poder de autogoverno dos órgãos judiciários que se lhe conferiu, possui um relevo que não tem sido suficientemente enfatizado. A meu ver, apesar das competências, como as do artigo 71, II e sua extensão impressionante, quer do ponto de vista objetivo, quer do ponto de vista subjetivo (...). Nesta definição, às vezes este apego não é apenas do jurista; é do legislador mesmo, por vezes – e é este exemplo do constituinte mesmo – quando enfatiza a competência de fiscalização como primordialmente entregue ao Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas e, posteriormente, lhe dá competências de todo independentes do Legislativo, a começar pelo julgamento das contas do próprio Legislativo.

(...)

Ora, essa caracterização de auxiliar do Poder Legislativo era perfeitamente adequada à Constituição de 81, que se limitara a prever a existência de um Tribunal de Contas com uma única competência: a de emitir parecer prévio sobre as contas do Presidente da República e submetê-las ao Congresso Nacional.

(...)

O que me parece é que, não obstante todas as dificuldades de operacionalização deste imenso poder, o Tribunal de Contas se constituiu, no perfil que lhe traçou a Constituição de 88, numa magistratura essencial de uma função verdadeiramente irredutível à tripartição clássica dos Poderes, em que não tem ele monopólio, mas, ao contrário, se soma às tarefas novas do Judiciário, por exemplo, em todo o imenso poder do controle abstrato da constitucionalidade das leis, ou a esse imenso poder de iniciativa que se outorgou à figura sem paralelo no direito comparado que é o Ministério Público no ordenamento constitucional vigente, com a função genérica de controle, do maior relevo na construção de um Estado de Direito democrático que seja adequado ao inevitável gigantismo do Estado contemporâneo – que não me interpretem mal os pregoeiros do fim do Estado, do neoliberalismo.”

Robertônio Santos Pessoa (2003, p. 626 et seq), em seu recente *Curso de Direito Administrativo Moderno*, retoma a polêmica sobre a natureza do Tribunal e apresenta solução adequada ao sistema de 1988:

“Parcela significativa da doutrina e da jurisprudência, por outro lado, vem sustentando que nem todas as decisões pronunciadas pelas Cortes de Contas são de natureza administrativa. A jurisdição de contas apresenta-se, para esta corrente,

como um juízo constitucional privativo das Cortes de Contas. Somente tais órgãos têm competência para 'julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos', nos termos fixados no art. 70, inciso II, do texto constitucional. Ao conferir tais poderes aos Tribunais de Contas, a própria Constituição limitou o controle judicial no que concerne às contas públicas. Abraçam tal corrente no Brasil administrativistas como Seabra Fagundes, Temístocles Brandão Cavalcante e Pinto Ferreira.

Segundo esta última corrente, a que nos filiamos, na sistemática adotada pela Constituição de 1988, o Poder Judiciário não tem poderes para apreciar ou rever contas públicas, sob o aspecto contábil-financeiro do seu mérito. Tratar-se-ia, aqui, de uma limitação imposta ao princípio do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) pela própria Constituição, e não por lei. O tribunal de contas, como regra, não tem competência para dizer o direito no caso concreto, de modo definitivo, com força de coisa julgada; por exceção, tem essa competência na forma do art. 71, inciso II, da Constituição federal. Em suma: as decisões editadas na apreciação dos atos da Administração Pública têm eficácia apenas administrativa. Tais decisões podem ser reexaminadas pelo Poder Judiciário. Por outro lado, os julgamentos relativos a contas públicas (art. 71, II, da CF) constituem matéria de apreciação privativa dos tribunais de contas, não sendo admitido reexame pelo Poder Judiciário. Deve-se observar que tal julgamento se impõe ao Poder Judiciário apenas no seu aspecto contábil, no que concerne à regularidade da conta apresentada. Tais 'contas' podem ser *anuais* ou *especiais*, estas últimas

instauradas na forma da lei. O processamento e julgamento de tais contas devem se dar com plena observância dos princípios do *contraditório*, da *ampla defesa* e do *devido processo legal*. Tal observância conferirá maior legitimidade às decisões destas cortes. Questionamentos pertinentes à violação destas garantias constitucionais poderão ser levados à apreciação do Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF no MS-21644-DF (DJ de 08.11.93, p. 43.204).

Nesta linha, as decisões do tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo (art. 71, § 3º). A execução forçada destes títulos, advindos de decisões do tribunal de contas, deverá ser efetivada junto ao Poder Judiciário, na forma da lei.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores vem admitindo a não-apreciação do mérito de julgamentos de contas realizadas pelas cortes de contas no exercício de suas atribuições constitucionais. A revisão judicial somente é possível em caso de irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade (STF, MS nº 7.280, publicado em 17.9.1962, p. 460)."

Conclui-se com o conceito próprio da dissertação sobre a natureza do Tribunal de Contas.

É instituição do Estado Democrático, cujas competências constitucionais são exercidas com independência e autonomia. Tribunal *sui generis*, que exerce dever-poder sem ser Poder e a nenhum deles vinculado. Órgão de colaboração com os Poderes e Ministério Público, republicano, indisponível e indelegável, cercado de garantias que o assimilam ao Tribunal Judicial. Presta auxílio ao Poder Legislativo sem ser seu auxiliar e exerce outras competências terminativas no seu âmbito constitucional.

A jurisdição una, adotada na Carta de 1988, entretanto, não permite admitir

reajulgamento das decisões do Tribunal de Contas em matéria de parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo nem da decisão em julgamento sobre as contas dos demais responsáveis, exceto no que colidirem com a Constituição Federal e legislação infraconstitucional, ressalvado, entretanto, o mérito técnico da decisão do Tribunal de Contas. O julgamento se restringe à lesão de direito individual.

Destaca-se, ainda, por ser instituição de Estado com inscrição constitucional, que as competências enumeradas na Carta Federal atribuem ao parecer prévio, julgamento das contas, apreciação de atos de admissão e inativação, auditorias, fiscalizações, informações, aplicação de sanções, sustação de atos e representações um caráter eminentemente técnico-pericial, insuscetível de reapreciação quanto ao mérito, em qualquer Poder.

5. Conclusões

As matérias enunciadas não podem ser decididas por via judiciária quanto ao seu mérito exclusivo, ou também denominado de núcleo próprio; nem por isso estão imunes à apreciação pelo Poder Judiciário, quando caracterizada a ameaça ou lesão a direito, concretizando uma ilegalidade subjetiva, ou uma ilegalidade objetiva, feridora do próprio sistema normativo, como inculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira, valor republicano e democrático e vetor da dignificação da pessoa humana.

Quaisquer outros aspectos dessas matérias têm a garantia de apreciação judicial e a hipótese corretiva em caso de ilegitimidade.

As restrições que aqui se demonstraram, adotadas pelo sistema institucional estatuído na Constituição, não restringem direitos, antes garantem a independência e harmonia dos Poderes, assim como das instituições de Estado, como o controle externo da administração pública sob a competência do Tribunal de Contas.

Nesse sentido, as decisões extrajudiciais, nas circunstâncias e nas condições arroladas, têm caráter terminativo – quanto ao seu mérito – e a amplitude do princípio da apreciação pelo Poder Judiciário fica restrita e limitada pelo princípio republicano e democrático inculpido na Carta e relativo à separação, harmonia e independência dos poderes, nesses também incluído, ainda que não seja poder, mas dele exercente, o controle externo.

Igual senda limitadora e restritiva, como observado, se aplica quando ao Poder Judiciário é vedada a substituição, mediante decisão judicial, das decisões de mérito reservadas aos demais poderes e controle externo.

A crescente – e democrática – aproximação da similaridade entre o processo judicial e o administrativo, de outra parte, é motivo de reflexão sobre as decisões terminativas, as quais, embora inconfundíveis com a coisa julgada, possuem efeitos assemelhados, e com ênfase mais acentuada, a afastabilidade do exame de mérito dos atos de governo e dos atos ou programas políticos, excetuada – sempre – a apreciação de ameaça ou lesão a direito individual ou injuricidade à Constituição Federal.

Nesse conjunto encontram-se o parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República ao Tribunal de Contas da União; o julgamento das contas pelo Congresso Nacional e o julgamento das contas dos demais administradores públicos federais pelo Tribunal de Contas – acentuando-se as situações similares decorrentes do modelo constitucional adotado em face da simetria federativa brasileira.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARBOSA, RUY. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 9. ed. Brasília: UnB, 1997.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Carlos (Org.). *Administração pública: direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRUNO, Reinaldo Moreira. *Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

_____. O tribunal de contas: órgão constitucional, funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 109, p. 1-10, jul./set. 1972.

LIMA, Ruy Cirne. *Pareceres: Direito Público*. Porto Alegre: Sulina, 1963.

_____. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CITADINI, Antonio Roque. *O controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995. 122 p.

COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de contas no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada: aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 27, n. 70, p. 23-36, out./dez. 1996.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos Atos Administrativo pelo Poder Judiciário. In: CONGRESSO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL, 7., 1976, João Pessoa. *Anais...* João Pessoa: TCU, 1976. v. 2.

_____. O posicionamento constitucional e a competência dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba*, João Pessoa, n. 4, p. 157-179, jul./nov. 2003.

_____. Os tribunais de contas na estrutura constitucional brasileira. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 10, n. 20, p. 80-88, dez. 1979.

_____. Posição institucional e competência dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, n. 4, p. 21-28, 1976.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A ação do controle. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, n. 26, p. 127-131, jan./jun. 1997.

FERREIRA, Luís Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1978.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Controle externo e Tribunais de Contas no direito brasileiro. *Revista do Conselho de Contas dos Municípios do Ceará*, Fortaleza, n. 11, p. 25-57, jan./dez. 1992a.

_____. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992b.

HAURIUO, Maurice. *Princípios de Derecho Público y Constitucional*. 2. ed. Madrid: Réus, 1927.

LEAL, Rogério Costa. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. *Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 351, 1. Sem. 2005.

LIEBMANN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio: Forense, 1945.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: a questão da relativização da coisa julgada material. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 52, n. 317, p. 14-33, mar. 2004.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo tribunal de contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 27, n. 108, p. 101-126, out./dez. 1990.

_____. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Direito Administrativo moderno*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. A administração pública e os seus controles. *Revista do Tribunal de Contas do*

Município de São Paulo, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 35-40, dez. 1972.

_____. et al. *Direito Administrativo brasileiro*. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 2.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Direitos humanos fundamentais e a Constituição de 1988. In: _____. *Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 65-82.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Os Tribunais de Contas no Supremo Tribunal Federal: crônicas de Jurisprudência. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 41, p. 46-47, jul./set. 1998.

PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de Direito Administrativo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RAWLS, John. *A theory of justice*. London: Oxford University, 1976.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. A jurisdição dos tribunais de contas. *Jurídica Administração Municipal*, Salvador, n. 3, p. 56-61, mar. 2004.

_____. Os tribunais de contas podem desconsiderar suas próprias e anteriores aprovações de contas públicas? *Jurídica Administração Municipal*, Salvador, v.10, n. 12, p. 1-4, dez. 2005.

RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

_____. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) et al. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 56-74, jan./fev. 2003.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v.3, n. 11, p. 111-156, out./dez. 2005.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: UFRGS., 2002.

SOUZA, Daniel Coelho de. *Interpretação e democracia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

SOUZA, Hilda Regina Silveira Albandes de. Controle externo da administração pública estadual e municipal: possibilidades e limites da fiscalização das casas parlamentares e do Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 14, n. 24, p. 111-119, jan./jul. 1996.

_____. Poder legislativo e tribunal de contas: natureza de suas relações. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 12, n. 21, p. 115-121, ago./dez. 1994.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo do conhecimento I*. 7. ed. rev. e atual. Rio: Forense, 2005. v. 1.

TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 166, p. 37-44, out./dez.1986.

_____. Controle da administração pública: o poder de autotutela: controle interno: atuação do Tribunal de Contas: controle externo: eficácia do controle popular. *Boletim*

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 185-198, jul./set. 1993.

_____. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 194, p. 31-45, out./dez. 1993.

_____. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.

_____. Os direitos fundamentais e o Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 23, p. 54-63, jul. 1992.

_____. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 5.

TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

TRAGTENBERG, Mauricio. *Administração, poder e ideologia*. 3. ed. rev. São Paulo: UNESP, 2005.

TRIBUNAL de Contas de Portugal. *Álbum de divulgação: 600º aniversário*. Lisboa: Tribunal de Contas de Portugal, 1989. Edição Especial.

VALÉRIO, Walter Paldes. *Programa de Direito Financeiro e finanças*. 6. ed. atual. Porto Alegre: Sulina, 1996.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1997.

Do *ordo* à *cognitio*

Mudanças políticas e estruturais na função jurisdicional em Roma

Gustavo César Machado Cabral

Sumário

Introdução. 1. Augusto e a criação do Principado. 2. O *iudex* e o *ordo iudiciorum privatorum*. 3. A *cognitio extra ordinem*. 4. As consequências dessa mudança de perspectiva.

Introdução

O título deste trabalho é autoexplicativo e com ele tentou-se delimitar o objeto de estudo e o período específico a ser examinado. A análise da história do processo civil em Roma almejada tem como ponto de partida o confronto entre dois momentos bem definidos: no primeiro, o *ordo*, ainda que existisse uma etapa inicial perante um magistrado, o pretor, a decisão final caberia a um particular que ocupava essa posição em virtude da vontade das partes, enquanto que, no segundo, a *cognitio*, todo o processo, até a sentença, dava-se diante de um representante do poder central.

Quando se decidiu falar em *ordo*, a intenção foi abordar, de um modo semelhante, as duas fases iniciais do processo civil romano, a das *leges actiones* e a do processo formular. Optou-se por tratar de modo semelhante dois períodos que guardam consideráveis diferenças entre si, as quais serão abordadas a seguir, em virtude de uma convergência fundamental para a abordagem que se quer dar aqui. Em ambos os momentos, a decisão final ficava a cargo de um cidadão sem qualquer vinculação com o poder po-

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). Advogado.

lítico, o *iudex*. Portanto, ao falar em *ordo*, o título se refere, mais precisamente, ao *ordo iudiciorum privatorum*.

Essa divisão do processo romano em fases pode dar a falsa impressão de que esses períodos se sobrepuseram uns aos outros, o que, de fato, não aconteceu. As *leges actiones* conviveram longo tempo com o processo formular, da mesma forma que com ele conviveu a *cognio extra ordinem*, até que esta deixou de ser extraordinária e passou a ser o procedimento padrão, no final do Império, o que implica a necessidade de se perceber não uma diacronia, mas uma sincronia entre essas fases.

Desses pontos de partidas, chega-se ao objeto principal do trabalho, que são as mudanças ocorridas nessas fases. Obviamente, não se quer elaborar um trabalho abrangente a ponto de tratar de todas as diferenças e de tudo o que se alterou nesses dois grandes momentos, o que seria um propósito muito mais de uma monografia do que de um simples artigo. Por isso, o ponto principal será o exercício da função jurisdicional, ou, mais precisamente, os órgãos judicantes, especificamente aqueles que tomavam a decisão, proferindo as sentenças. Isso explica, por exemplo, por que se deu muito mais atenção ao *iudex* do que ao pretor ao tratar do *ordo*.

Delimitado o objeto, deve-se esclarecer qual o enfoque que se quer dar, pois uma mera descrição dos órgãos judicantes não constitui, propriamente, uma hipótese a ser discutida. Para servir de fio condutor deste trabalho, escolheram-se as relações entre jurisdição e poder, tema abordado em obra homônima de José Rogério Cruz e Tucci. Ao longo de todo o trabalho, quis-se demonstrar que as mudanças estruturais e orgânicas no exercício da função jurisdicional guardaram profunda relação com a experiência política romana. Cada uma das fases do processo em Roma reflete bem a realidade do seu tempo: o misticismo da Monarquia e dos primeiros tempos da República nas *leges actiones*, a divisão do

poder republicano no processo formular e a centralização política do Império. Direito e política não se confundem, mas guardam relações profundas demais para não serem lembradas.

Dessa forma, passa-se ao texto, não sem antes apresentar a sua estrutura, dividida em quatro tópicos. No primeiro deles, serão abordadas as mudanças em Roma a partir da ascensão de Otaviano e da criação do principado, momento paradigmático para o processo. O segundo cuidará do processo no *ordo iudiciorum privatorum*, especificamente do *iudex*, ao passo que o terceiro trará informações sobre a *cognitio*. Por fim, o quarto será uma confrontação entre esses dois momentos, e nele serão feitas as conclusões.

1. Augusto e a criação do Principado

Começar este trabalho falando de Augusto e do início do principado não é uma opção; na verdade, se a pretensão é abordar as principais mudanças no exercício da função jurisdicional em Roma, outro não pode ser o momento a servir de paradigma. Augusto representou o início de uma era de alterações estruturais extremamente relevantes na realidade romana, as quais levaram a cidade a viver o seu apogeu político e militar, numa posição hegemônica frente aos demais povos.

Até o ano 27 a.C., momento que representa o início do principado, a história externa de Roma já havia visto o período da realeza, obscuro em razão da escassez de fontes¹, e a República, a qual atravessava, há algumas décadas, fortes problemas. Guerras e problemas econômicos e sociais marcaram o século 1 a.C. (MARTINO, 1974, p. 1-46), ocasionando um clima de instabilidade geral que crescia ainda mais em razão da esfera política. A disputa pelo poder levou Roma a uma guerra civil entre César e Pompeu, a qual só terminou com

¹ Sobre o período, ver, entre outros, Mommsen (1856, p. 3-222).

a morte deste e dos principais opositores do primeiro. Em razão das suas vitórias militares, César foi ovacionado pelo Senado e pelo povo romano, numa demonstração de que a ordem era objeto do desejo geral, mas o seu assassinato, em 44 a.C., adiou o processo de centralização do poder, o qual voltou a ser dividido em um novo triunvirato, composto por Lépido, Marco Antônio e Otaviano em 43 a.C.²

Após nova guerra civil, Otaviano derrotou Marco Antônio em 30 a.C. e passa a ocupar sozinho o poder político. A existência de um triunvirato garantiu o exercício de poderes extraordinários durante um período determinado³, o qual findaria, definitivamente, em 33 a.C. (MARTINO, 1974, p. 92-103), quando o conflito entre os dois já estava instalado; o medo de que uma vitória de Marco Antônio simbolizasse a transformação de Roma numa monarquia nos moldes orientais, em virtude do seu casamento com a rainha Cleópatra VII, da dinastia ptolomaica que governava o Egito⁴, foi suficiente para que ele continuasse, de fato, com esses poderes extraordinários.

Findos os conflitos e depois de ter manifestado a sua intenção de devolver os poderes ao povo romano, Otaviano foi agraciado pelo Senado não somente com a manutenção dos seus poderes, mas com a sua ampliação e com a concessão dos títulos de *augustus* e *princeps*⁵, simbolizando a sua

supremacia frente aos demais cidadãos romanos. A partir daí, em 27 a.C., até a sua morte, em 14 d.C., Otaviano, agora Augusto, exerceu sozinho o máximo poder político em Roma.

É importante ter em mente o que simbolizou essa concessão de poderes a Augusto, e, para isso, faz-se fundamental entender a distinção entre os conceitos de *auctoritas* e de *potestas*. Este era a fonte originária do poder, aquilo que é conhecido pela publicística contemporânea como soberania, ao passo que *auctoritas* seria a parcela do *potestas* entregue a uma instituição (DINIZ, 2006, p. 101). O *potestas* se ligava ao povo romano, o qual, no período, ainda era encarado como composto, eminentemente, pelos patrícios, descendentes dos fundadores de Roma. Tanto é verdade que, do Senado, órgão máximo do período republicano por representar o *populus romanus*, só fazia parte a aristocracia. Portanto, na lógica da República, o *potestas* era guardado pelo Senado, ao passo que a titularidade da *auctoritas* mudou conforme se alteraram as configurações políticas de Roma. Durante todos esses séculos, a divisão das magistraturas implicou a inexistência do exercício definitivo de um *summa potestas* por uma só pessoa.

Se os fatos acontecidos em 27 a.C. não representaram uma revolução quanto às estruturas sociais (MARTINO, 1974, p. 44-45), do ponto de vista político as mudanças foram significativas. Ao transmitir, de modo perpétuo, o exercício supremo das magistraturas a apenas um homem, o Senado o transformou no *princeps*, o primeiro dos cidadãos, criando um novo órgão inexistente na sistemática anterior (TUCCI, 1987, p. 24-25). Ainda que a extensão e a perpetuidade da sua *auctoritas* tenha se dado em virtude de ação do Senado, que

dante supremo; foi concedido a César, e, em virtude de Augusto ser seu herdeiro, passou a utilizá-lo, sem, contudo, o fazer de forma exclusiva, ao contrário do que acontecia com os demais (MARTINO, 1974, p. 212-229).

² Tanto Marco Antônio quanto Otaviano tinham relações com César; enquanto o primeiro foi seu companheiro em várias campanhas militares, o segundo era seu sobrinho, tendo sido adotado postumamente. Isso os legitimou na disputa pela herança política de César.

³ Inicialmente, foram cinco anos, prorrogados em 39 a.C.

⁴ De Martino (1974, p. 90-92) retrata esse momento como o de uma guerra entre Ocidente, representado por Otaviano, e Oriente, de Marco Antônio e Cleópatra. Tanto isso é verdade que, após a vitória em 30 a.C., destituiu-se a dinastia ptolomaica e o Egito passa a ser considerada uma província romana, simbolizando a vitória contra o helenismo e o orientalismo (MARTINO, 1974, p. 148-149).

⁵ Além dos dois títulos mencionados, houve ainda o de *imperator*, relacionado à ideia militar de coman-

o fazia em nome do povo e, portanto, em decorrência do seu *potestas*⁶, essa concentração inverteu a lógica posta e fez com que a *auctoritas* fosse além do *potestas* (TUCCI, 1987, p. 26). Isso implicou, na realidade, que o *princeps*, pouco a pouco, superaria as demais estruturas de poder oriundas da República e se posicionaria como o detentor do *summa potestas*.

Os reflexos disso foram sentidos principalmente no Direito. Essa nova situação fez surgir uma nova fonte do Direito, as constituições imperiais, baseadas na ideia sintetizada por Ulpiano de que o decidido pelo príncipe vigoraria como lei⁷. Pouco a pouco, a *constitutio* foi superando em importância as outras fontes do Direito, as mais tradicionais⁸, passando a ser a principal fonte do Direito romano no Principado e no Dominato.

Além de atuar mediante as constituições imperiais, o *princeps* passou a disciplinar estruturas que, anteriormente, se desenvolviam ao largo do poder central. É o caso do *ius honorarium* ou direito pretoriano, elaborado pelos pretores, os quais tinham poder para conhecer de situações não previstas nas chamadas *leges actiones* que compunham o antigo *ius civile*. Ao assumirem as suas funções, os pretores lançavam um edito, no qual faziam constar as fórmulas para o provimento jurisdicional, as quais passaram a se repetir. Em 117 d.C., o imperador Adriano mandou consolidar os editos no que ficou conhecido como *Edictum perpetuum*⁹. Esse monumento representava, entre outras coisas, o fato de que os

poderes imperiais alcançavam até mesmo áreas que, originalmente, não estavam sob a sua esfera de interferência, como se verá. Ainda que tenha sido uma compilação da prática pretoriana, o *Edictum perpetuum* é ilustrativo de um crescente poder imperial no âmbito jurídico.

Com essa rápida apresentação do início do Principado, quis-se demonstrar as bases sob as quais ocorreram essas mudanças relatadas neste trabalho. O *princeps*, que reunia em si todas as magistraturas, passou a exercer, progressivamente, um enorme papel no funcionamento de Roma; conseqüentemente, outra não foi a realidade observada nos assuntos relativos à justiça, em que o *princeps* atuou tanto na elaboração legislativa quanto na função jurisdicional.

A grande demonstração de que as matérias jurídicas ligadas à função jurisdicional eram de vital importância para o poder central foi a implantação da *cognitio extra ordinem*, tema que será examinado a seguir. Antes, porém, serão analisados os órgãos judicantes no *ordo iudiciorum privatorum*, a fim de se estabelecer a comparação necessária para o que se pretende demonstrar ao final destas páginas.

2. O iudex e o ordo iudiciorum privatorum

O objeto do próximo capítulo é a *cognitio*, chamada, durante alguns séculos, de *extra ordinem* justamente por se realizar fora do *ordo*, do sistema processual padrão. Nas duas primeiras fases em que comumente se divide a história do processo civil romano, havia uma estrutura semelhante, a qual será tratada neste momento.

A primeira fase foi a das *leges actiones*, ligada às origens e à fundação de Roma e, por isso, marcada pelo formalismo, pela solenidade e pelo segredo quase religioso característico desse período, em que se aproximavam *ius* e *fas*. Na monarquia romana, o *rex*, que tinha funções eminentemente militares e religiosas, também

⁶ É com base nesse raciocínio que Marcio Diniz tenta reconstruir a teoria da legitimidade do poder imperial em Roma (DINIZ, 2006, passim).

⁷ “Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat” (ULPIANO, D. 1.4.1).

⁸ Sobre o sentido de *constitutio* no Direito Romano: (MOHNHAUPT, 1995, p. 10-14).

⁹ A obra, não encontrada na íntegra, foi reconstruída, na segunda metade do século XIX, por Otto Lenel (1974, p. 3-48), a partir de fragmentos encontrados principalmente no *Digesto*.

fazia o papel de juiz (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 41-42), o que parece ser comum em sociedades arcaicas. À medida que a sociedade romana foi ganhando complexidade, aliando-se a isso o fato de a monarquia ter sido substituída pela República, por volta de 509 a.C., mudou-se a forma de se dizer o direito, surgindo uma estrutura jurisdicional que perdurou durante muitos séculos.

Bipartiu-se o processo em dois momentos. Inicialmente, dava-se o procedimento *in iure*, quando o processo corria diante do pretor¹⁰, autoridade a quem cabia organizar e fixar os termos da controvérsia. Dotado de *iurisdictio*¹¹, o pretor tinha papel fundamental na solução dos conflitos por possuir um conhecimento técnico do Direito, cabendo a ele deixar o processo apto para ser julgado¹², momento em que se firmava a chamada *litis contestatio*, pacto celebrado entre as partes em que elas se comprometiam a participar da fase processual seguinte e a acatarem ao seu julgamento¹³. O segundo momento, por sua vez, era o do procedimento *apud iudicem*, realizado após o compromisso das partes e perante o *iudex*, a quem cabia decidir a causa a partir de toda a instrução processual desenvolvida perante o pretor.

Essa bipartição perdurou tanto na fase das *leges actiones* quanto no processo formular, ainda que esses dois tipos de processo tenham sido bem diferentes. No processo *per formulas*, o papel do pretor foi bem mais destacado, pois eles passaram a admitir ações em situações bem mais amplas do que as previstas nas ações da lei¹⁴, materia-

lizadas por meio das fórmulas. Essas eram modelos abstratos, fruto do *ius honorarium* ou pretoriano, que permitiam a litigância por escrito (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 73-74), em contraposição ao formalismo e à oralidade das ações da lei. O processo formular foi admitido pela lendária *lex Aebutia*¹⁵, que teria surgido entre 149 e 129 a.C., mas foi através da *lex Julia iudiciorum privatorum*, de 17 a.C., ou seja, já no Principado de Augusto, que o processo formular se tornou o oficial e o padrão no processo civil romano. Vê-se, portanto, que o lugar para o desenvolvimento do processo, nesse período, era o *ordo*, daí a identificação da expressão “processo ordinário” como sendo o processo normal ou comum.

A importância do pretor na elaboração do direito romano é amplamente conhecida e estudada, em virtude das razões já expostas. Quer-se chamar atenção, porém, para o *iudex*, figura frequentemente relegada a uma posição menos importante do que a pretoriana justamente por conta dessa função criativa que os pretores desenvolveram ao longo dos tempos¹⁶.

Não existem fontes seguras que permitam determinar o momento em que foi criada essa função, mas referências na Lei das XII Tábuas fazem crer na existência do *iudex* desde tempos longínquos. Max Kaser (1996, p. 57), ao tratar do tema, indica que em duas das ações da lei, a *legis actio sacramento* e a *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, percebe-se a existência do *iudex*, o qual teria, na segunda delas, as funções de *arbiter*. Em virtude disso, é bastante comum a identificação dessa figura com a função arbitral, estando compreendidas as tarefas do *arbiter* nas do *iudex* (KASER, 1996, p. 59).

actio per manus iniunctionem e legis actio per pignoris captionem (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 63-72).

¹⁵ Sobre a *lex Aebutia*, ver, entre outros, Wlassak (1891, p. 1-9, 218-219, 347-357).

¹⁶ Tucci e Azevedo (1996, p. 123) constatarem a escassez das fontes sobre o procedimento *in iudicio* em razão de os juristas clássicos não se interessarem em escrever obras específicas sobre esse ofício, o qual seria regulado pelos costumes.

¹⁰ Pelo que se tem notícia, a função de pretor surgiu em 367 a.C., com a criação do *praetor urbanus*; posteriormente, surgiram outras espécies de pretores, como o *praetor peregrinus*.

¹¹ Segundo Max Kasern (1996, p. 183), *iurisdictio* é o poder soberano concedido aos magistrados judiciais para defenderem as obrigações privadas.

¹² Sobre o procedimento *in iure* no período das *leges actiones*: (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 55-57).

¹³ Sobre a *litis contestatio*: (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 98-100).

¹⁴ Gaio (4.12) traz as cinco possibilidades de ações da lei: *legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, *legis actio per conditionem*, *legis*

Como já mencionado, a atividade do *iudex* consistia exatamente em examinar litígios para determinar qual das partes envolvidas possuía o direito alegado¹⁷. Como a instrução processual se desenvolvia perante o pretor, o *iudex* se deparava com um caso já pronto para ser julgado, no qual o seu papel se resumia a proferir a decisão. Não havia, contudo, obrigação de decidir, pois o *iudex* que não estivesse convencido das alegações das partes, inexistindo evidências para ele tomar uma decisão, poderia, simplesmente, se abster de decidir e declarar *sibi non liquere* (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 59).

Sua liberdade, portanto, consistia em examinar o processo como ele tivesse sido recebido e formar, a partir do que lhe fora dado, o seu convencimento, não sendo exagerado afirmar que, pelo menos nas ações da lei, a sua liberdade era restrita (HONSELL et al, 1987, p. 530-531). O desenvolvimento da instrução probatória, contudo, se dava perante o *iudex*, destacando-se a prova testemunhal (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 58)¹⁸. Se, nas *leges actiones*, o formalismo explicava essa vinculação, no processo formular essa situação se alterou, ampliando-se a liberdade do *iudex*, permitindo-se a formação livre da sua convicção e criando-se, em certa medida, uma discricionariedade para elaborar a *ratio decidendi* (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 126).

Por fim, um último ponto que precisa ser esclarecido, para ajudar a entender o papel do *iudex* na sistemática processual romana, é o da sua indicação. O pretor era um magistrado, detendo, portanto, *iurisdictio*, o que implicava a transitoriedade na função. O *iudex*, por sua vez, era esco-

lhido pelas partes e pelo pretor em comum acordo, sendo responsável pelo julgamento apenas da controvérsia específica, não se tratando, propriamente, de um ofício, mas de exercício de uma tarefa única. Só poderia ser escolhido *iudex* quem compusesse uma lista oficial, o *album iudicum*, anualmente renovado e cuja composição ajuda a entender o verdadeiro papel dessa personagem: só poderia compor essa lista e, consequentemente, ser *iudex* quem pertencesse às classes aristocráticas romanas, a senatorial e a equestre (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 86-87). Ou seja, só quem poderia decidir as causas cíveis no *ordo iudiciorum privatorum* eram os aristocratas, que compunham o *populus romano*.

3. A cognitio extra ordinem

Logo nos primeiros anos do Principado de Augusto, deram-se mudanças significativas no âmbito do processo. No ano 17 a.C., como mencionado, editou-se a *lex Julia iudiciorum privatorum*, a qual, de um lado, oficializou o processo formular como o padrão para processamento das causas cíveis, mas, de outro, subtraiu o poder de império do magistrado, pois o que antes era regulado pelo pretor passou a ser matéria legal, limitando a atividade pretoriana (TUCCI, 1987, p. 27). Também Augusto passou a admitir procedimentos diferenciados em determinadas situações não previstas no *ius civile* nem no *ius honorarium*. O fato de não ser tão formalista quanto as *leges actiones* não fazia do processo formular um procedimento aberto a toda e qualquer situação jurídica; ao contrário, a própria estrutura das fórmulas¹⁹ dá a entender que, para se mover uma ação, seria necessário o total enquadramento no esquema construído pelos pretores.

O reconhecimento de que havia situações jurídicas que não se enquadravam nesses esquemas fez surgir a necessidade

¹⁷ "Der iudex (im engeren Sinn) hat einen Rechtstreit, in den sich die Parteien mit kontradiktorischen Behauptungen gegenüberstehen, dadurch zu entscheiden, daß er dem einen Teil recht und dem anderen unrecht gibt" (KASER, 1996, p. 56).

¹⁸ Sobre a instrução probatória no processo formular: (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 124-125). Para uma visão mais ampla, englobando o período arcaico, o das ações da lei e o *ordo iudiciorum privatorum*: (MORAES, 2008, p. 40-131).

¹⁹ Sobre as fórmulas, cf. Gaio, 4.37-60.

de um sistema processual mais abrangente, o qual foi utilizado, nos primeiros tempos, no âmbito das províncias, longe da realidade da capital do império. A essa causa soma-se o aparecimento de uma nova fonte do Direito, as *constitutiones* imperiais, baseadas no princípio do *princeps legibus solutus* (MARTINO, 1974, p. 503-505) e fundamentais para a unificação do Direito romano no período imperial²⁰, as quais, pouco a pouco, foram suplantando em importância as demais. Certamente, isso favoreceu a necessidade de criação de instrumentos hábeis para tutelar o conteúdo desse novo Direito.

De modo geral, esse novo processo pode ser chamado, inicialmente, de *cognitio extra ordinem*, ou, em época posterior, apenas de *cognitio*, a partir do século IV. A escassez de fontes sobre o começo da sua utilização²¹ torna o tema extremamente nebuloso, especialmente em virtude do seu caráter subsidiário. O termo *cognitio* parece ter sido conhecido anteriormente (KASER, 1996, p. 189-191), mas sem esse sentido de modalidade processual específica; ela se contrapunha a tudo o que estivesse no procedimento oficial republicano (MARTINO, 1937, p. 294), o *ordo iudiciorum*, razão pela qual, nesses primeiros tempos, se fala em *cognitio extra ordinem*. *Cognitio*, neste trabalho, refere-se, nos termos de Giovanni Pugliesi (1985, p. 285), ao procedimento em que, por antonomásia, o magistrado ou funcionário conhecia a causa.

É tradicional a afirmação de que os imperadores, desde Augusto, costumavam distribuir a justiça em determinadas situações (ORESTANO, 1953, p. 203-224; KASER, 1996, p. 439; TUCCI, 1987, p. 36-40), lançando mão de relatos dos historiadores

²⁰ Como as *constitutiones* eram oriundas do poder imperial, na prática elas garantiam a independência do magistrado no exercício da jurisdição (KASER, 1996, p. 448).

²¹ Riccardo Orestano (1953, p. 16-18, 36-38) reconhece essa dificuldade de fontes, o que explica a pouca proliferação de estudos sobre específicos sobre a *cognitio extra ordinem*.

romanos Suetônio (69-141) e Dio Cassio (155-229). Partindo do que foi dito no primeiro capítulo sobre o poder de *imperium* e sobre a *auctoritas* do *princeps*, não é de se estranhar que ele se pusesse a discutir ou rediscutir determinadas matérias que chegassem ao seu conhecimento; por ser o primeiro entre os seus pares, aquele que recebeu do *populus romanus*, por intermédio do Senado, o poder supremo de governo, nada mais coerente do que a autorização para dizer o direito no caso concreto. Mas uma coisa deve ficar clara: essa possibilidade de o *princeps* conhecer de determinadas causas, muito comum em matérias criminais (MARTINO, 1974, p. 505-510), não era algo institucionalizado, mas uma prerrogativa imperial de se conceder uma espécie de graça. Orestano afirma que a *cognitio extra ordinem* ficou caracterizada por falta de sistematicidade até o período do imperador Marco Aurélio, momento em que a *appellatio*, da qual se tratará mais à frente, começou a ganhar forma (ORESTANO, 1953, p. 216-217).

Foi somente com os Severos que a *appellatio*, instrumento característico da *cognitio extra ordinem*, ganhou regramentos específicos, o que facilitou a sua utilização como elemento normal e corrente nos processos (ORESTANO, 1953, p. 432-433). Isso representou a perda do caráter de *beneficium* ou de *auxilium*, passando a ser mais um elemento estrutural do ordenamento processual (ORESTANO, 1953, p. 435). Em 342 houve mais uma mudança significativa, a extinção do processo formular²², o qual já estava em desuso (MARTINO, 1937, p. 316); como consequência, esse novo processo, baseado na jurisdição imperial, foi oficializado como o novo *ordo* de Roma, daí por que, a partir de então, não faz mais sentido falar em *cognitio extra ordinem*, mas somente em *cognitio*.

²² Essa extinção se deu por meio de constituição dos imperadores Constantio e Constante: "Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicatus amputentur" (C. 2.57.1).

Esses relatos mostram casos em que o *princeps* conhecia pessoalmente dos processos, mas a prática, com o passar dos tempos, foi no sentido da delegação desse poder a outras pessoas, razão pela qual Orestano aponta como características da *cognitio extra ordinem* a intervenção direta do imperador (*cognitio principis*) e a intervenção de magistrados e de funcionários imperiais (ORESTANO, 1953, p. 9). Tais magistrados, diferentemente do que ocorria em momentos anteriores, não intervinham no processo como autônomos titulares de uma função jurisdicional destacada do poder político, mas sim como imediata emanção deste, passando a atuar como delegados do poder imperial (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 139). Trata-se de importante mudança de perspectiva, pois denota a titularidade dessa nova modalidade processual (o *princeps*) e natureza do exercício dessa função, exercida pelo magistrado (delegação), implicando, na prática, a transferência de prerrogativas imperiais para esses magistrados funcionários públicos.

Apesar de já existirem, tecnicamente, alguns funcionários na República, como os *scribae*, Augusto pode ser considerado, de acordo com Mario Talamanca, o verdadeiro criador do sistema da administração imperial (TALAMANCA, M., 1989, p. 470), significando um efetivo controle do poder e possibilitando que, durante o Principado e o Dominato, o império fosse efetivamente governado pelo *princeps* (TALAMANCA, M., 1989, p. 476). Isso acontecia porque ele era o chefe dessa administração e todos os funcionários estavam hierarquicamente subordinados a ele, inclusive aqueles encarregados da aplicação da justiça.

No lugar da bipartição do período formular²³, na *cognitio extra ordinem* o processo inteiro ficava a cargo de apenas um

²³ Orestano (1998, p. 1065) indica que essa superação da bipartição entre procedimento *in iure* e *apud iudicem* é característica externa fundamental da *cognitio extra ordinem*.

magistrado, os *iudices*²⁴, os quais podiam delegar seus poderes jurisdicionais por inteiro ou apenas parcialmente (KASER, 1996, p. 460-461), os chamados *iudices data* ou *iudices pedanei*. Até o processo formular, o magistrado apenas organizava o processo, sem sentenciar, mas, nessa nova realidade, perante os *iudices*, ou os seus delegados, desenvolvia-se todo o processo, até o conhecimento das provas e a prolação da sentença. Decidir não era mais uma prerrogativa dos cidadãos da confiança das partes, e ser *iudex* agora independia de questões pessoais (COSTA, 1918, p. 145).

À medida que a *cognitio* foi ganhando volume e complexidade, outras magistraturas foram criadas, enquanto que as tradicionais se mantiveram. Foi o caso do pretor urbano, a cujas competências ordinárias foi acrescido o julgamento de recursos, como se verá à frente, e do *praefectus urbi*, magistratura antiga e de atuação apenas na capital do Império, mas que foi revitalizada com Augusto²⁵. No ano 2 a.C, Augusto criou o cargo de *praefectus pretorio*, encarregado de servir de chefe dos pretores e, como tal, tinha funções militares e jurisdicionais²⁶, especialmente nos casos de apelação (KASER, 1996, p. 464). Ainda com funções não exclusivamente jurisdicionais e em grau de recurso, havia um importante órgão colegiado, o *consilium principis*²⁷, também criado por Augusto. Suas atividades eram de aconselhamento do *princeps*, o que o levou a tratar de matérias jurisdicionais; no Dominato, ele foi substituído pelo *consistorium principis*, que manteve as funções de aconselhamento ao imperador, incluindo a de servir como alta corte de justiça, a única

²⁴ “Si se subiciant aliqui iurisdictioni et consentiant, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictionis” (ULPIANO [D, 5.1.1]).

²⁵ Sobre o *praefectus urbi*: (MARTINO, 1974, p. 641-647).

²⁶ Sobre o *praefectus pretorio*: (D. 1.11; MARTINO, 1974, p. 647-652).

²⁷ Sobre o *consilium principis*: (D. 1.12; MARTINO, 1974, p. 671-674).

das quais continuou a ser observada na decadência do império, nos séculos V e VI (TALAMANCA, M., 1989, 564).

Essa estrutura descrita era observada em Roma e nas regiões mais próximas, especialmente na Península Itálica. Quanto mais distantes da capital do Império, mais difícil era manter uma estrutura administrativa complexa como a descrita, razão pela qual é importante chamar a atenção para a realidade processual existente nas províncias. Apesar de já existirem desde a República, as províncias ganharam um novo perfil no Principado, especialmente quando, em 27 a. C., Augusto as dividiu em províncias imperiais, as quais, por serem *non pacatae*, precisavam de defesa militar, e senatoriais, *pacatae* e, portanto, dispensando legiões (TALAMANCA, M., 1989, p. 487). As diferenças na administração dessas duas espécies de províncias eram notórias, pois, nas imperiais, os governadores recebiam instruções diretamente do *princeps* e eram quase todos seus delegados, pressupondo uma relação de confiança entre eles e o poder central, ao passo que, nas senatoriais, os governadores passavam pouco tempo nos cargos e, ainda assim, eram frequentemente assistidos pelos funcionários imperiais (TALAMANCA, M., 1989, p. 488-489).

Segundo Kaser (1996), nas províncias não ficavam muito claros os limites que separavam a aplicação do processo formular e da *cognitio*, apesar de, provavelmente, predominar a primeira espécie nas senatoriais e em algumas imperiais (TALAMANCA, M., 1989, p. 468). A importância das províncias para a *cognitio*, contudo, é muito grande, havendo opiniões de que teria sido a praxe judiciária nelas seguida um modelo importante e influente nessa espécie de processo (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 138). Uma coisa era certa: as províncias imperiais constituíram uma realidade nova, a qual não se encaixava na sistemática do processo formular, razão pela qual foi necessário adaptar as práticas às realidades.

A inexistência de pretores em determinadas províncias, por exemplo, fez com que as demandas passassem a ser julgadas pelos próprios governadores, que cumulavam as funções típicas de administração civil com o exercício da função jurisdicional (TALAMANCA, M., 1989, p. 489).

Uma dessas províncias foi especialmente importante para o desenvolvimento da *cognitio extra ordinem*. Trata-se do Egito, o qual, depois de mais de três séculos de domínio grego, foi conquistado por Roma em 30 a.C. Em virtude da sua importância política e econômica e da visão de que o imperador romano seria sucessor da dinastia ptolomaica, recebeu o Egito tratamento diferenciado das outras províncias (TALAMANCA, M., 1989, p. 492), possuindo, inclusive, estrutura administrativa com características próprias, o que também pode ser explicado pelo argumento de De Martino de que o Egito teria sido uma espécie de monarquia pessoal de Augusto (MARTINO, 1975, p. 854)²⁸.

O máximo mandatário do *princeps* na província era o *praefectus Aegypti*, que servia como uma espécie de governador²⁹, tendo entre as suas atribuições³⁰, portanto, a de distribuir a justiça, o que era feito em assembleias periódicas, os *conventus*³¹. Quando se encarregava dessas funções, o *praefectus Aegypti* não se aproximava do *iudex privatus* do *ordo*, mas, segundo Giuliana Talamanca, do *iudex pedaneus*, um delegado do titular daquele poder inicial, o imperador (TALAMANCA, G., 1979, p. 26);

²⁸ O autor relata que Augusto teria proibido, inclusive, a entrada de senadores e cavaleiros no Egito sem a sua autorização (MARTINO, 1975, p. 857).

²⁹ De Martino (1975, p. 854), ao tratar desse ofício, indica que o *praefectus Aegypti* era escolhido entre os membros da ordem equestre e praticamente não sofria ingerência dos demais órgãos do governo romano, mas diretamente do *princeps*.

³⁰ Para as competências do *praefectus Aegypti*: (TALAMANCA, M., 1989, p. 492; KASER, 1996, p. 468-469).

³¹ Sobre os *conventus* e os procedimentos nele aplicados, organizados em diferentes épocas: (TALAMANCA, G., 1974, *passim*).

era comum, contudo, que ele também delegasse essa atribuição a outros funcionários, especialmente aos *epistratego* (MARTINO, 1975, p. 862-863). Outro funcionário importante foi *iuridicus* ou *δικαιοδότης*, magistrado nomeado diretamente pelo imperador e também com funções jurisdicionais, especificamente para litígios civis, e competentes, a partir do tempo de Marco Aurélio, para cuidar da jurisdição voluntária (MARTINO, 1975, 864-865).

Essa forma de organização encontrada no Egito influenciou o regramento posterior da *cognitio*. A existência de um agente subordinado diretamente ao Imperador e à estrutura burocrática por ele criada, substituindo-se a jurisdição privada pela pública, foi a marca característica da *cognitio*. E essa ideia de hierarquia, em que conviviam delegantes e delegados do poder jurisdicional, fez supor uma ideia fundamental: já que o processo havia sido julgado por alguém que não era titular dessa prerrogativa, um julgamento que desagradasse poderia ser levado ao conhecimento do titular daquele ofício, a fim de que fosse proferida uma nova decisão. Essa é a lógica dos recursos, outra consequência da *cognitio* que será abordada a seguir.

4. As consequências dessa mudança de perspectiva

Os dois capítulos precedentes tiveram a intenção de servir de perfil geral do processo e dos órgãos judicantes em duas fases da experiência processual romana. Quis-se esclarecer, separadamente, essas realidades distintas que foram o *ordo iudiciorum privatorum* e a *cognitio*, a fim de que, neste último capítulo, fosse possível discutir a extensão dessa mudança de perspectiva e as suas consequências, especialmente quando se relacionam, na feliz expressão José Rogério Cruz e Tucci (1987), jurisdição e poder.

Ao tratar do processo das *leges actiones* e do formular, evidenciou-se a importância, ainda que muitas vezes esquecida, do *iudex*.

Não se pretendeu lhe dar uma relevância equiparada a do pretor, figura bem mais lembrada pelo seu papel modificador, em certa medida, da ordem imposta, tendo sido responsável pelo surgimento de uma ordem concorrente com o tradicional *ius civile*, o *ius honorarium*.

A importância que aqui se pretendeu conferir ao *iudex*, em verdade, é justamente pelo seu caráter mantenedor da ordem, fundamental para se entender com mais clareza o real funcionamento do processo romano do período. Ainda que se reconhecesse na tarefa pretoriana, que tinha, inclusive, o *status* de magistratura, papel elementar para resolver as questões jurídicas, aplicando, portanto, o conhecimento técnico, ao *iudex* cabia a decisão final, o dizer quem tinha o direito. Ainda que tivesse como pressupostos argumentos jurídicos e técnicos, o *iudex* decidia conforme a sua racionalidade, de acordo com o que lhe parecesse mais correto a partir da instrução processual e da produção de provas. Portanto, o direito parece ter sido, nesse momento, mais um instrumento para criar condições ideais para a decisão do que o próprio fundamento delas, o que ajuda a explicar o porquê dessa liberdade de decisão, não estando o *iudex* obrigado a motivar a sua sentença.

Aliando-se a isso, ergue-se o fato de o *iudex* ser representante do *populus romano*. Como membro das classes aristocráticas, ele compartilhava a racionalidade a elas comum, e a sua decisão, quando seguisse o procedimento estabelecido, representava a vontade do povo. Qualquer romano, independentemente de ter ou não conhecimentos jurídicos, tomaria a mesma decisão, razão pela qual não havia sentido em se estabelecer possibilidade de interposição de recursos contra ela. A sentença era plena, por ter sido proferida pelo povo romano por meio de seu representante, consistindo em declaração que tinha o condão de por fim à controvérsia e de fazer surgir uma nova relação jurídica entre os litigantes (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 128).

Proferida a decisão, absolvendo ou condenando o réu, punha-se fim à controversia e formava-se a *rei iudicata*³², a qual era consequência imediata da sentença e impedia a nova discussão da decisão. Essa característica demonstra bem a força da decisão do *iudex*, a qual, obviamente, não era infalível, existindo situações caracterizadoras de nulidade da sentença (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 128-129), que indicavam tão somente problemas nas condições para que ela fosse proferida, e não diretamente nela, no seu conteúdo.

A *cognitio extra ordinem*, por sua vez, é inserida em um contexto diverso, o qual explica bem a sua razão de ser. A decisão judicial não mais era proferida por um representante do *populus romanus*, mas por um delegado do *princeps*. O imperador, portanto, era o titular da função jurisdicional, e o magistrado exercia os seus poderes em razão de uma delegação imperial, acontecendo, em vários momentos, de os delegados repassarem a outras pessoas essa competência, estabelecendo outro nível de delegação. Isso implicava que a decisão do magistrado era a decisão do *princeps*, ou, em outros termos, que o *princeps* decidia por meio do magistrado.

Tantas delegações proporcionaram o surgimento de uma clara noção de hierarquia entre os vários níveis de jurisdição. Isso possibilitou aos insatisfeitos com as decisões dos *iudices* recorrerem desse provimento a quem estava acima deles. Essa possibilidade foi surgindo com a praxe, mas, pouco a pouco, foi reconhecida pelo poder imperial e recebeu tratamento específico, fazendo surgir o recurso conhecido como *appellatio*.

Sua origem se liga à *cognitio*, em virtude da comentada noção de hierarquia³³, mas a

³² "Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absolute contingit" (D, 42, 1, 1).

³³ Orestano (1953, p. 139-154, 166), ao defender essa hipótese, rechaçando alegações de que a *appellatio* seria uma reminiscência da *appellatio tribunorum* ou

experiência e a realidade política ocasionaram a sua extensão às sentenças proferidas no *ordo* (ORESTANO, 1953, p. 188; TUCCI, 1987, p. 31-40). A posição soberana do *princeps* acarretava a viabilidade da sua interferência na estrutura já posta, o que contribuiu sensivelmente para a decadência do processo formular. Quando a *cognitio* virou o procedimento oficial do Império, a *appellatio* deixou de ser remédio excepcional para se converter em instrumento ordinário da sistemática processual romana³⁴. Inicialmente, essa possibilidade de se julgar novamente cabia ao *princeps*, mas, mediante delegações, esse poder foi repassado a outros burocratas, a exemplo do pretor urbano, se as partes residissem em Roma, dos *viri consulares*, caso elas fossem oriundas das províncias, ou do *praefectus pretorio*, quando as decisões tivessem sido proferidas por altos funcionários de todo o império (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 169; KASER, 1996, p. 501-505).

Como os órgãos competentes para julgar a *appellatio* haviam recebido essa incumbência a partir de delegação imperial, os mesmos fundamentos que ocasionaram o seu aparecimento fizeram surgir a ideia de que o verdadeiro titular da jurisdição deveria ser chamado para solucionar determinados casos. Como não havia outra possibilidade, dentro da estrutura jurisdicional organizada e oficial, para se impugnar as decisões no que hoje se conhece como segunda instância³⁵, apareceu outro

da *provocatio ad populum*, instrumentos tipicamente republicanos.

³⁴ Sobre a *appellatio* como recurso ordinário: (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 168-169).

³⁵ Das decisões proferidas pelo *praefectus pretorio* e pelos outros magistrados responsáveis por julgar a *appellatio* não cabiam recursos. (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 175-177). Os autores indicam que essa inapelabilidade seria fruto da natureza de magistrado, percebida a partir de uma constituição imperial de Constantino, do ano 331: "A proconsulibus et comitibus et his qui vice praefectorum cognoscunt, sive ex appellatione sive ex legato sive ex ordine iudicaverint, provocari permittimus, ita ut appellanti iudex praebeat opinionis exemplum et acta cum refutatoriis

remédio extraordinário, a *supplicatio*. Seu escopo era obter uma ordem imperial para que houvesse o reexame da controvérsia, e os seus fundamentos estavam no poder político de graça exclusivo do imperador (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 179). A *supplicatio*, portanto, não era um reexame pelo próprio imperador, mas um comando para que o *praefectus pretorio* o fizesse (KASER, 1996, p. 623).

A análise dos fatos e a confrontação dessas duas realidades parecem demonstrar que a *cognitio* foi formada lentamente e sem uma intenção precípua do poder central³⁶. Seria arriscado afirmar que, quando Augusto criou magistrados especiais para julgar algumas causas, como as que envolviam os fideicomissos, ou quando julgava, ele mesmo, determinados pleitos, ele já anteveria a possibilidade de, no futuro, o poder imperial ser suficientemente forte a ponto de suplantar a via ordinária de resolução de conflitos. Parece mais viável crer que as condições para a oficialização da *cognitio* foram sendo criadas naturalmente e como consequência dos grandes poderes concedidos ao *princeps*. A atividade legislativa dos imperadores fez surgir novas relações jurídicas que não poderiam ser tuteladas mediante processo formular, o que explica o crescente aumento no número de maté-

partium suisque litteris ad nos dirigat. A praefectis autem praetorio, qui soli vice sacra cognoscere vere dicendi sunt, provocari non sinimus, ne iam nostra contingi veneratio videatur. Quod si victus oblatam nec receptam a iudice appellationem adfirmet, praefectos aedeat, ut aput eos de integro litiget tamquam appellatione suscepta. Superatus enim si iniuste appellasse videbitur, lite perdita notatus abscedet, aut, si vicerit, contra eum iudicem, qui appellationem non receperat, ad nos referri necesse est, ut digno supplicio puniatur” (C. Th. 11.30.16).

³⁶ Parece ser nesse sentido a opinião de Riccardo Orestano (1998, p. 1056-1057): “‘La cognitio extra ordinem non nasce da alcun provvedimento legislativo Ed è esclusivamente basata sull’ autorità dell’ imperatore. Si ebbero dapprima singole cognitiones isolate e sporadiche, che poi divennero via via più frequenti sino a formare delle prassi costanti. L’ origine degl’ istituti procedurali della cognitio extra ordinem è sempre nella prassi’. Appunti sulla ‘cognitio extra ordinem’”.

rias objeto da *cognitio*³⁷. Percebe-se também que o engessamento do direito pretoriano, favorecido pelo *Edictum perpetuum*, e que as mudanças na sociedade romana ao longo dos tempos, da mesma forma que tornaram odiosas as ações da lei³⁸, fizeram o processo formular não mais corresponder à realidade posta, razão pela qual, quando da sua extinção oficial, ele já havia caído em desuso há tempos.

Portanto, mudanças sociais e políticas explicam o surgimento de um processo eminentemente público, superando-se o caráter privado das fases anteriores (ORESTANO, 1953, p. 13). Pensar nessa mudança como algo necessário é entender que os eventos que levaram ao Principado e às consequências dessa mudança de regime fizeram natural a centralização da ordem jurídica.

A experiência processual e de organização judiciária romana influenciou profundamente os demais países europeus. Se não se tem certeza de que a *cognitio* foi a primeira manifestação de um processo público e controlado pelo poder central, é certo que esse modelo inspirou a organização judiciária dos reinos que se seguiram a Roma e serviram de matrizes para a construção dos Estados atuais. Ainda que não se possa falar em monopólio estatal da jurisdição no Medievo³⁹, havia uma justiça régia com características bem semelhantes às descritas em Roma, como se percebe no caso de Portugal⁴⁰. Assim, entender o funcionamento dessas estruturas em Roma ajuda a compreender a justiça régia da transição da Idade Média para o Antigo Regime, sob a qual se funda a jurisdição contemporânea.

³⁷ Sobre os objetos da *cognitio extra ordinem*: (KASER, 1996, p. 451-460; COSTA, 1996, p. 140).

³⁸ “Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. Namque ex nimia subtilitate ueterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet” (GAIO, 4, 30).

³⁹ Sobre o pluralismo jurídico na Idade Média: (CABRAL, 2011, p. 56-61).

⁴⁰ Sobre a organização judiciária e o processo em Portugal no Antigo Regime: (TUCCI; AZEVEDO, 2009; CABRAL, 2011, p. 54-63, 153-164).

Referências

- CABRAL, Gustavo César Machado. *Direito natural e iluminismo no direito português no final do Antigo Regime*. 2011. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.
- COSTA, Emílio. *Profilo storico del processo civile romano*. Roma: Athenaem, 1918.
- DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *O princípio da legitimidade do poder no direito público romano e sua efetivação no direito público moderno*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- HONSELL, Heinrich et al. *Römisches Recht*. 4. ed. Berlin: Springer, 1987.
- KASER, Max. *Das römische Zivilprozessrecht*. 2. ed. München: C.H. Beck, 1996.
- LENEL, Otto. *Das edictum perpetuum: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. 3. ed. Aalen: Scientia Verlag, 1974. Reimpressão.
- MARTINO, Francesco de. *Storia della costituzione romana*. Napoli: Eugenio Jovene, 1974. v. 1.
- _____. _____. Napoli: Eugenio Jovene, 1975. v. 2.
- _____. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: A. Milani, 1937.
- MOHNHAUPT, Heinz. *Konstitution, Status, Leges fundamentales Von der Antike bis zur Aufklärung*. In: _____. GRIMM, Dieter. *Verfassung: zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.
- MOMMSEN, Theodor. *Römische Geschichte: bis zur Schlacht von Pydna*. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1856. 1 v.
- MORAES, José Rubens de. *Sociedade e verdade: evolução histórica da prova*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- ORESTANO, Riccardo. *Appunti sulla "cognitio extra ordinem"*. Napoli: Jovene, 1998.
- _____. *L'appello civile in diritto romano*. Torino: Giapichelli, 1953.
- PUGLIESI, Giovanni. *Scritti giuridici scelti: diritto romano*. Napoli: Jovene, 1985. 1 v.
- TALAMANCA, Guiliana Foti. *Ricerche sul processo nell'Egitto Greco-Romano*. Milano: Giuffrè, 1974. 1 v.
- _____. *Ricerche sul processo nell'Egitto Greco-Romano*. Milano: Giuffrè, 1979. 2 v.
- TALAMANCA, Mario (Org.). *Lineamenti di storia del diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1989.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Jurisdição e poder: contribuição para a história dos recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- _____. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. _____. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- WLASSAK, Moritz. *Römische Prozessgesetze*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1891. 2 v.

A “responsibility to protect” no caso de violação de direitos humanos

Um conceito em busca de juridicidade e legitimidade decisória

Carlos Wagner Dias Ferreira

Sumário

1. Considerações preambulares. 2. Concepção clássica da soberania do Estado. 3. A universalidade dos direitos humanos e o dever de proteger o distante. 4. A responsabilidade de proteger como norma jurídica em construção. 5. Necessidade de judicialização da responsabilidade de proteger: problemáticas em torno da legitimidade do órgão decisório. 6. Considerações finais.

1. Considerações preambulares

Mesmo com todos os avanços civilizatórios conquistados pela humanidade ao longo das últimas décadas, na seara da ciência, tecnologia e, sobretudo, no palco dos direitos do homem, a comunidade internacional tem testemunhado graves atentados contra os direitos humanos cometidos por Estados contra a sua própria população, desde a prática de genocídio, limpeza étnica, crimes de guerra ou mesmo crimes contra a humanidade.

Na tentativa de coibir tais práticas ocorridas em alguns casos sistematicamente, a Organização das Nações Unidas desenvolveu a figura da intervenção humanitária a partir do disposto no art. 2.7 de sua Carta¹,

Carlos Wagner Dias Ferreira é Doutorando em Direito Público na Universidade de Coimbra, Mestre em Direito Constitucional pela UFRN, Professor Assistente da UFRN e Juiz Federal no Rio Grande do Norte.

¹ O art. 2.7 da Carta das Nações Unidas de 1948 tem a seguinte dicção: “Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a

que estabelece, em sua parte final, uma exceção ao princípio da não intervenção em assuntos internos e, por via de consequência, da soberania estatal. Com base nesse preceito normativo, o mundo assistiu, na década seguinte ao final da guerra fria, a seguidas intervenções militares autorizadas por resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas² na Somália (1992), na Libéria (1992), em Ruanda (1994), no Haiti (1994), em Serra Leoa (1998) e no Kosovo (1999), sob a alegação de que tais Estados estariam amesquinhando, brutal e violentamente, direitos humanos de suas próprias populações.

Todavia, como ressalta Rebecca J. Hamilton (2006, p. 289-290), essas intervenções humanitárias desencadeadas na década de noventa do século pretérito estavam, a bem da verdade, despidas de alguma base teórica consistente. Isso motivou ao então Secretário-Geral Kofi Annan a lançar, em setembro de 2000, um desafio sintetizado na seguinte indagação: “If humanitarian intervention is, indeed, an unacceptable assault on sovereignty, how should we respond to a Rwanda, to a Srebrenica – to Gross and systematic violations of human rights that offend every precept of our common humanity?”.

Em realidade, essa pergunta do então Secretário-Geral Kofi Annan expôs um verdadeiro dilema, em casos de genocídio ou limpeza étnica, entre a “defesa da soberania” e a “defesa da humanidade” ou dos direitos humanos, agravada com con-

submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; esse princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes no Capítulo VII.”

²O art. 24.1 concede ao Conselho de Segurança da ONU competência para adotar medidas interventivas militares nos Estados, como se depreende da redação a seguir alinhada: “A fim de assegurar a pronta e eficaz ação por parte das Nações Unidas, seus Membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade o Conselho de Segurança aja em nome deles”.

traditórias ações de intervenção da NATO nas situações específicas de Ruanda e do Kosovo (McCLEAN, 2008, p. 125).

Em resposta a essa provocação e por iniciativa do governo canadense, foi instituída, no final do ano 2000, a *International Commission on Intervention and State Sovereignty* (ICISS), destinada a aprofundar estudos que procurassem compatibilizar as intervenções militares em caso de graves violações de direitos humanos perpetradas por um Estado contra os seus próprios civis com a soberania estatal, tendo culminado com a elaboração e a consequente apresentação, em dezembro de 2001, de um relatório intitulado “Responsibility to Protect”³ (McCLEAN, 2008, p. 125). Esse relatório, pela primeira vez, menciona a expressão “Responsabilidade de proteger” para tratar do polêmico tema da intervenção humanitária.

Nunca é demais recordar que a soberania numa perspectiva externa dos Estados nasceu, como lembra Luigi Ferrajoli (2002, p. 47-50), da necessidade de defesa contra os inimigos externos. Porém, na atualidade, com a rapidez e multiplicidade das comunicações nas várias sociedades de culturas diversas, reacende a aspiração por identidade dos povos, das etnias, das minorias e, por conseguinte, pelo reconhecimento das diferenças, surgindo conflitos dentro dos limites fronteiriços do próprio Estado. Ferrajoli ainda atribui à divisão do mundo em Estados soberanos e à arbitrariedade de suas fronteiras um dos principais motivos dos conflitos entre os países e, em particular, dos conflitos internos ocorridos no próprio Estado, gerados, segundo sustenta, as mais das vezes, por fatores étnicos e religiosos.

Nestes últimos meses, justamente em razão de dissidências internas, esse tema voltou à baila com as recentes ações militares da NATO na Líbia e, nomeadamente,

³ Esse relatório da ICISS pode ser encontrado no seguinte sítio: www.iciss.ca/pdf/Commission-Report.pdf.

na Costa do Marfim, como denuncia o seguinte trecho de um ensaio jornalístico que assim se principia:

“Dei ordem para serem tomadas as medidas necessárias para impedir o uso de armas pesadas contra a população civil”, declara o secretário-geral da Organização das Nações Unidas (ONU), Ban Ki-moon, no dia 4 de abril. Algumas horas mais tarde, em Abidjan, os helicópteros de combate da ONU e a força francesa Licorne juntam-se à ofensiva das tropas de Alassane Dramane Guattara contra as do presidente cessante Laurent Gbagbo” (ROBERT, 2011, p. 18)⁴.

A perplexidade da jornalista, ao escrever essa matéria, residiu justamente na discutível atribuição do Secretário-Geral da ONU, que, isoladamente e sem qualquer autorização do Conselho de Segurança, determinou a execução de uma ação militar que mais representava uma autêntica intervenção humanitária.

Talvez um dos problemas mais complexos relativamente a essa matéria diga respeito à legitimidade das ordens de intervenção militar à luz da novel doutrina da responsabilidade de proteger. A compreensível desconfiança dos Estados em aceitar algum tipo de interferência em seus respectivos assuntos internos deve-se muito ao caráter eminentemente político das decisões do Conselho de Segurança da ONU, que, a pretexto de se posicionarem em defesa da proteção dos direitos humanos, estão, em última análise, na busca de satisfazer seus particulares interesses políticos e econômicos.

⁴ Nesse artigo, Anne-Cécile Robert questiona a legitimidade do Secretário-Geral da ONU em determinar, unilateralmente, em abril de 2011, uma intervenção militar na Costa do Marfim, supostamente fundado na Resolução nº 1975 do Conselho de Segurança, que decretou sanções ao Presidente do país, Laurent Gbagbo, e à sua esposa. Gbagbo não teria reconhecido a sua derrota nas últimas eleições realizadas na Costa do Marfim e, para se manter no poder, imprimira violência contra a população civil.

Investigar a legitimidade do órgão, no caso, do Conselho de Segurança da ONU, que decreta algum tipo de medida interventiva a teor da responsabilidade de proteger significa tocar na espinha dorsal de tal doutrina e, possivelmente, no ponto mais importante que circunda tal teorização. Mas, para isso, também se mostra imprescindível meditar, em momento anterior, sobre a possível natureza jurídico-normativa da responsabilidade de proteger e avaliar se há alguma ligação dela com o órgão que a decide.

Qualquer análise da doutrina da “responsibility to protect” pressupõe um exame, talvez até mesmo ponderativo, entre a soberania dos Estados e a necessidade de tutela da pretensão universalizante dos direitos humanos, notadamente naquelas situações de grave ofensa. Daí por que esse trabalho os abordará preliminarmente antes de enveredar pelas temáticas da natureza da responsabilidade de proteção e da legitimidade decisória do Conselho de Segurança da ONU.

2. *Concepção clássica da soberania do Estado*

Em meados do século XVII, como história Christopher C. Joyner (2007, p. 703), surge a noção de soberania como prerrogativa de autoridade e controle do Estado. Essa noção de soberania, acentuada no modelo de Vestfália do direito internacional, sempre esteve ancorada no poder exclusivo e absoluto do soberano dentro dos limites territoriais do Estado e no dever dos demais Estados de não interferirem em assuntos internos daquele. Em princípio, ao soberano tudo podia em relação aos seus súditos internamente. De outra banda, prevalecia, na relação externa entre os Estados, o princípio da não interferência em assuntos internos⁵.

⁵ A propósito, Kant (2009, p. 133) lança a noção basililar que, tempos depois, vem a se constituir no alicerce filosófico do princípio da não intervenção, para assegurar a paz universal entre as nações, ao

Demonstra Luigi Ferrajoli (2002, p. 1-2) que a ideia de soberania, entendida como *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si), remonta à época do nascimento e da formação político-jurídica dos Estados nacionais modernos europeus (KANT, 2009, p. 1-2). E pode ser concebida em duas dimensões, a interna e a externa. A soberania interna e externa não se compreende como dois institutos diversos, mas duas dimensões de um mesmo fenômeno político-estatal (PETERS, 2009, p. 516).

A primeira a se desenvolver foi a dimensão externa da soberania e, de acordo com Luigi Ferrajoli (2002, p. 5-6), os seus esquadrinhamentos iniciais deram-se por meio das penas dos teólogos espanhóis Francisco de Vitoria, Gabriel Vasquez de Menchaca, Balthazar de Ayala e de Francisco Suarez e tinham um fim bem pragmático: “oferecer um fundamento jurídico à conquista do Novo Mundo, logo após seu descobrimento”. A consolidação dos Estados nacionais e a sua autonomia em relação sobretudo a vínculos religiosos tornaram-nos, em princípio, livres de qualquer limite, inclusive jurídico, vindo a se constituir em pessoas artificiais dotadas de poderes absolutos (FERRAJOLI, 2002, p. 16-17).

Conta Ferrajoli (2002, p. 27-28) que as soberanias interna e externa, embora provenientes do mesmo tronco comum, seguiram trajetórias diversas, sofrendo a primeira progressiva limitação ao longo dos séculos e a segunda, ao contrário, uma progressiva absolutização no palco do direito internacional, em especial no período compreendido entre metade do século XIX e meados do

pontificar que “nenhum Estado deve imiscuir-se pela força na constituição e no governo de outro Estado”. E, mesmo que houvesse uma disputa interna pelo poder em um Estado, com o país dividido em duas partes, enquanto essa luta interna não estivesse ainda decidida, Kant entendia que “a ingerência de potências estrangeiras seria uma violação do direito de um povo independente que combate a sua enfermidade interna; seria, portanto, um escândalo, e poria em perigo a autonomia de todos os Estados”.

século XX. Desde o surgimento do Estado de direito liberal, com o advento das revoluções liberais, passando pela criação de constituições nacionais, com a conseqüente proclamação do partilhamento do poder estatal e do reconhecimento da legalidade e dos direitos fundamentais, que a soberania interna vem sendo alvo de constantes e ininterruptas restrições.

Por sua vez, a soberania nas relações entre Estados, e portanto externa, caminhou, no curso do tempo, a passos largos rumo à construção de princípios na esfera do direito internacional relacionados à absolutização do poder político de cada Estado, como a independência nacional, a não interferência em assuntos internos e a autodeterminação dos povos, possivelmente em virtude da ausência de um poder a ele superior.

No atual cenário das relações internacionais, Anne Peters (2009, p. 517) consegue enxergar um certo paralelo entre os caminhos traçados pelas soberanias externa e interna. Compreende que a soberania externa, hoje, vem seguindo idêntica trajetória histórica por que passou a soberania interna ao longo dos séculos, desde a concepção de divisão de poderes e a busca por legitimidade dos atos do governo até a prestação de contas à população⁶.

Adverte Otfried Höffe (2008b, p. 256), no entanto, que a soberania jamais se constituiu em poder absoluto e ilimitado, talvez como pudesse pretender originariamente. A legitimação do Estado sempre esteve associada diretamente à limitação de seu poder soberano. O próprio Jean Bodin, a quem se credita tal concepção absolutista da soberania em uma perspectiva externa,

⁶ Emma Dunlop (2009, p. 558), todavia, discorda dessa aproximação evolutiva entre as soberanias externa e a interna, já que, por mais que a “humanização” do direito tenha, de alguma forma, enaltecido a figura do indivíduo na esfera internacional, ainda não os transformou em verdadeiros agentes, permanecendo os Estados como pedras sólidas da ordem internacional com deveres unicamente de proteção dos cidadãos dentro dos seus respectivos territórios.

ponderava que o soberano submetia-se a obrigatoriedades jurídico-morais, constantes nos preceitos divinos e no direito natural, e também nas obrigações assumidas nos tratados de direito internacional público.

Para Bodin (1591, p. 266), a soberania correspondia ao poder absoluto do Estado, perpétuo e superior à própria lei. Poder absoluto significava que o soberano podia dele dispor livremente, como se fora um proprietário que dispõe de seu próprio bem, inclusive doar sem qualquer condição restritiva, a menos que tais condições decorressem de leis divinas e humanas (BODIN, 1591, p. 275)⁷. Aliás, para ele, todo o poder absoluto desaparecia à vista das leis divinas e humanas (BODIN, 1591, p. 283).

No mesmo compasso, só que em uma perspectiva interna, Thomas Hobbes (2009, p. 156) assinalava que a única forma de proporcionar paz e segurança aos indivíduos que viviam, no estado de natureza, numa eterna guerra de todos contra todos, e declinar a inevitável destruição de todos, residia em estabelecer um acordo (natureza contratual) entre os indivíduos no qual cada um cedia os seus respectivos poderes em favor de uma única pessoa a que designara Estado (*Leviatã*), instituída ficticiamente⁸.

⁷ É oportuno realçar que, na sua concepção, leis divinas eram as leis de Deus e leis humanas, as leis da natureza, não podendo confundir estas últimas, de forma alguma, com os direitos humanos tal como foram concebidos em meados do século XX, nem muito menos com a noção dos direitos do homem edificada nos séculos XVII e XVIII.

⁸ Hobbes (2009, p. 156) assim se expressa ao justificar a necessidade da criação de um Estado nas relações entre os vários países existentes e entre o soberano e os seus súditos: “El único modo de erigir un poder comum que pueda defenderlos de la invasión de extraños y de las injurias entre ellos mismos, dándoles seguridad que les permita alimentarse con el fruto de su trabajo y con los productos de la tierra y llevar así una vida satisfecha, es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un solo hombre o a una asamblea de hombres que, mediante una pluralidad de votos, puedan reducir las voluntades de los súbditos a una sola voluntad”. Na mesma esteira contratualista, Immanuel Kant (2009b, p. 27) acentua que o homem é um animal que precisa de um senhor, quando convive com os seus semelhantes, pois, ainda que abuse

Na concepção hobbesiana, nem mesmo quando o soberano supostamente cometia algum ato ofensivo ao contrato, ficava o súdito liberado de a ele se vincular (HOBBS, 2009, p. 160). E isso porque, como a criação do Estado resultava da participação volitiva de todos, cada súdito era autor de todas as ações do soberano e, portanto, nada do que este fazia se constituía em injúria para aquele. Assim, quem se queixava de algum ato do soberano estava, em última análise, insurgindo-se contra algo que ele mesmo era autor e, como consequência disso, não podia acusar ninguém a não ser si mesmo (HOBBS, 2009, p. 162).

Mas é certo, pondera Hobbes (2009, p. 193), que, por ser a soberania um acordo de todos com todos com vistas à preservação da criatura humana ameaçada de destruição pela constante guerra no estado de natureza, os convênios mediante os quais os homens renunciam à defesa de seu próprio corpo ou à sua própria existência eram considerados inválidos, daí se constituindo, nesse sentido, um dos limites intrínsecos ao poder soberano, ao lado das leis da natureza e das leis divinas (HOBBS, 2009, p. 190). E mais do que isso, o próprio Hobbes (2009, p. 195) admitia que a obrigação dos súditos para com o soberano apenas subsistia enquanto perdurasse o poder deste para protegê-los, na medida em que era irrenunciável o direito natural que os homens tinham de protegerem-se quando ninguém o podia fazer em seu favor.

É claro que Hobbes, quando escreveu tais situações de exoneração da sujeição do súdito perante o soberano, sequer imaginou ou cogitou de possíveis violações de direitos humanos, mas o que importa ressaltar

da liberdade que possui, deseja uma lei que limite a liberdade de todos e o force a obedecer uma vontade universalmente válida. Esse senhor é o Estado. E nas relações internacionais, a mesma ideia de segurança e sobrevivência que justificou o seu nascimento no âmbito interno inspirou, como acrescenta Kant (2009b, p. 28), a necessidade de cada sociedade relacionar-se com outras sociedades, num laço externo de um Estado em relação a outros Estados.

é que, desde o princípio de sua concepção, o poder soberano nunca foi absoluto e inexpugnável, admitindo exceções, em especial alicerçada na natureza das coisas ou em algum modelo ético-moral dominante da época.

Como decorrência da soberania estatal, o princípio da não intervenção seguramente sempre se constituiu, ao longo dos anos, em uma das poucas normas em defesa dos Estados mais fracos contra os interesses políticos e econômicos dos Estados mais poderosos internacionalmente (EVANS, 2006, p. 705). No entanto, as constantes agressões aos direitos humanos cometidos por Estados contra a sua própria população civil redundaram na progressiva mitigação do âmbito desse princípio. À medida que se alcançava a universalização dos direitos humanos, mais se limitavam os princípios derivados da intocabilidade da soberania estatal.

3. A universalidade dos direitos humanos e o dever de proteger o distante

Nos dias de hoje, torna-se cada vez mais comum ver pessoas ou grupos, organizados ou não, indignarem-se com ações ou omissões que atentem contra os direitos humanos, mesmo que sejam praticados além dos limites fronteiriços em que se achem situados, mormente se essas agressões forem promovidas pelo próprio Estado contra os seus civis. Isso pode revelar que, na sociedade atual, existe uma indubitável espécie de ética universal dos direitos humanos.

Amartya Sen (2007, p. 168), inclusive, constata que um dos sinais que revelam a existência de um sentido de identidade global ou uma certa preocupação com a ética global repousa no descontentamento de movimentos de protesto organizados por pessoas de uma parte do mundo que não se conformam com tratamentos injustos infligidos a outros indivíduos de outros quadrantes.

Kant (2009a, p. 151) chega a dizer que

“a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral”.

Contudo, Kant (2009a, p. 180-181) condicionava a existência e subsistência do direito das gentes à presença do Estado ou, para ser mais preciso, a uma federação de vários Estados, na medida em que, sem um estado jurídico nascido de tal relação associativa de nítido perfil contratualista, que ligasse as distintas pessoas físicas e morais (jurídicas), apenas remanesce um direito meramente privado.

Diferente, no entanto, é o pensamento de Amartya Sen (2010, p. 207). Para ele, no contexto atual, os vínculos que ligam os homens em suas relações externas, justamente fundadas no dever, na preocupação e no cuidado, podem se perfectibilizar independentemente do Estado. Há quem defenda, inclusive, o fim da soberania do Estado em face da emergência de um novo humanismo que enaltece a figura do indivíduo perante o poder estatal, mesmo nas relações internacionais⁹. Mas esse entendimento fatalista não merece prosperar, uma vez que os Estados ainda continuam, mesmo com todo o incremento dos direitos humanos, como leciona Jónatas Machado (2006, p. 220), a participar da cena internacional, se não como figura central, certamente, embora com menos autonomia, como instrumento decisivo mais colaborante e mais competitivo na luta do mercado global por investimento e “know-how”.

Sen (2010, p. 208) exemplifica o caso de uma ativista feminista americana que busca impedir situações desvantajosas para as mulheres do Sudão. Nessa hipótese, o que

⁹ Para um estudo sério a respeito desse tema, ver também Ward (2003, p. 2091-2112).

a faz se indignar pela situação, a seu ver, de injustiça no país africano não é a sua condição de cidadã americana, mas a sua identidade como mulher diante de outras mulheres. Assim, a preocupação com a tutela dos direitos humanos, longe de derivar apenas da cidadania de um Estado ou de pertença a ele, antes pressupõe reivindicações que atingem todos os seres humanos¹⁰. Como consequência disso, emerge uma obrigação, umbilicalmente ligada ao reconhecimento dos direitos humanos, que recai sobre todos que estejam em posição de ajudar (SEN, 2009, p. 208).

Mas, mesmo antes de Kant, Hugo Grocio (1987, p. 62) já havia reconhecido o direito das gentes, comum a todas as nações e resultante da vontade de todos os povos. Esse direito comum a todas as nações decorreria da natureza humana, e, portanto, do direito natural, amparado na vontade divina (GROCIO, 1987, p. 63). Como anota Jónatas E. M. Machado (2006, p. 74), Grocio (1987) incluía no domínio do direito todas as relações internacionais, rejeitando a invocação da “razão de Estado” para deixar de aplicá-lo. E é justamente com base na validade universal do direito das gentes que Grocio (1987) defende para a Holanda a autodeterminação dos povos oprimidos e o direito de resistência contra abusos dos soberanos.

R. J. Vincent (1992, p. 243) observa que, apesar de Grocio (1987) nem sequer cogitar a expressão “direitos humanos”, o desenvolvimento do direito das nações, na sua visão, centrado na figura do Estado, começava com o indivíduo. Daí sustentar Grocio que a sociedade não era formada apenas de Estados, mas também de uma

¹⁰ Acrescenta Amartya Sen (2010, p. 143-144), ainda, que “They differ, therefore, from constitutionally created rights guaranteed for specified people (such as American or French citizens); for example, the human right of a person not to be tortured or subjected to terrorist attacks is affirmed independently of the country of which this person is a citizen, and also is quite irrespective of what the government of that country – or any other – wants to provide or support”.

grande sociedade da humanidade (VINCENT, 1992, p. 244)¹¹.

Kant (2009c, p. 91-92) erige posição contrária a qualquer direito de resistência dos indivíduos contra o Estado, ainda que o seu chefe viole o contrato originário e perca a sua própria legitimidade de legislar. E o defende por uma razão nitidamente contratualista, caracterizada pela ideia de superioridade decisória do chefe do Estado. Para ele, o povo não teria o direito de decidir como o Estado deve ser administrado, já que, em caso de conflito, não poderia nem o chefe nem o povo ser juiz em causa própria, necessitando haver um chefe acima do chefe, o que seria, no seu entender, contraditório para a própria manutenção da figura do Estado.

Há quem considere a ideia de universalização dos direitos humanos uma forma “sutil” de imperialismo, um “imperialismo jurídico-cultural” (HÖFFE, 2008a, p. 165). Um imperialismo marcadamente ocidental e, sobretudo, como já dito, europeu.

Castanheira Neves (2010a, p. 106) diferencia universalização de internacionalização. Em seu entender, enquanto a universalização tem a ver com a intencionalidade voltada à possibilidade ou à exigência de um mesmo sentido, a internacionalização pressupõe um liame espacial calcada em uma referência objetiva (entidade cultural, político-cultural ou de outra perspectiva), segundo o qual se busca a unidade na presuposição real do mundo, embora esteja dividido nos seus limites convencionais.

Critica Castanheira Neves (2010a, p. 125) a pretensa universalização do direito, sobretudo a ideia defendida por John Rawls da existência, no plano internacional, de uma lei dos povos, por considerá-la inexecutable e seletiva na escolha dos povos e

¹¹ Nada obstante ter sido sensível à figura humana na órbita internacional, Grocio, pontifica R. J. Vincent (1992, p. 246-247), não pode ser considerado um defensor do intervencionismo nos Estados, na medida em que alimentava grande deferência à autoridade soberana e à manutenção da ordem internacional.

dos interlocutores, o que a compromete *ab initio*. Como se não bastasse, ainda vaticina que alguns dos princípios constantes nessa lei dos povos seriam de uma evidência tão banal e sem importância que se afigurariam praticamente inócuos, e, outros, fundados em profundas diferenças político-culturais, seriam, de logo, rechaçados *in limine*, em especial por decorrerem de uma concepção contratualista demasiado localizada e europeicamente comprometida.

No entanto, como ilumina Amartya Sen (2007, p. 176), se a Europa tivesse, no princípio do segundo milênio, resistido à globalização da matemática, da ciência e da tecnologia oriundas da China, da Índia, do Irã e do mundo árabe, não alcançaria a prosperidade conquistada nos séculos que o compuseram. O mesmo raciocínio, como pontifica Sen, aplica-se hoje, só que em direção inversa. Além da privação dos benefícios que todos poderiam desfrutar, recusar a globalização da ciência e da tecnologia, sob o pretexto de se tratar de imperialismo, representaria negar a própria origem e influência oriental de tais avanços.

No olhar jurídico, Otfried Höffe (2008a, p. 172) explicita que um dos maiores desafios encontrados na consolidação dos direitos humanos em países de culturas diferentes ocorre mais propriamente na ótica do discurso jurídico. Teme-se que, embora todas as culturas exijam direitos humanos, o seu discurso só se desenvolva dentro de uma única cultura e que, em vez de reconhecê-los como o núcleo de uma moral jurídica universal, acabe por reduzi-los a um “artículo de exportación de la cultural occidental”, sobretudo resultante de uma mentalidade eurocentrista. E isso por três motivos fundamentais: a) desconhecimento por outras culturas dos direitos humanos, devido, entre outros aspectos, a sua imagem individualista da pessoa; b) as outras culturas teriam um direito a não intromissão; e c) a ameaça e o conseqüente perigo de os direitos humanos serem exportados “em pacote”, refletindo os elementos

essenciais da cultura ocidental, tais como a sua técnica, a sua economia e a sua língua dominante, o inglês americano.

Entretanto, nomeadamente no caso dos países africanos ao sul do Saara, Höffe nega acolhida a tais justificações. Acusa Höffe (2008a, p. 173) que as elites desses Estados africanos têm sido educadas em Paris, Oxford, Cambridge ou Harvard e, assim, no seio da cultura jurídica dita ocidental. E mais, as suas constituições contemplam “con la mayor naturalidad del mundo, declaraciones de los derechos humanos”, ainda que seja um mero adorno exótico na prática. Como se não bastasse, a “African Charter on Human and People’s Rights” é uma cópia das declarações americanas e europeias.

Mas, sem embargo disso, Höffe (2008a, p. 174) não se deixa seduzir por esses argumentos simplistas de que, se os direitos humanos se acham positivados em declarações e documentos africanos é porque tem-se que concretizá-los prontamente a qualquer custo. Propugna ele que se deve exigí-los em outras culturas, com um diálogo intercultural que substitua a ensinança autossuficiente e unilateral para um discurso recíproco que permita vários pontos de vista.

Não se pode confundir, esclarece Otfried Höffe (2008a, p. 179-180), universalidade com uniformidade. A universalização de princípios jurídicos e dos direitos humanos não elimina as diferenças sociais e culturais entre as sociedades, nem mesmo conduz à imposição de modelos de comportamento, costumes e valores, mas antes converge para uma maior convivência e tolerância com o diverso.

Pouco importa, como esclarece Jónatas E. M. Machado (2006, p. 133), em quais documentos possam se encontrar as normas de direito internacional, pois a hierarquia assenta em fundamentos de legitimidade (direito, justiça, dignidade da pessoa humana) cuja consciência da comunidade internacional sobrepuja até mesmo o próprio consentimento dos Estados, sendo

imperativos os direitos nelas previstos, ainda quando sistematicamente violados.

Ensina Castanheira Neves (2010b, p. 176) que há princípios normativos fundamentais os quais, construídos pela experiência histórico constitutiva do direito, consistem em elementos irrenunciáveis da juridicidade, fazendo parte de tal repertório os direitos do homem¹².

De fato, como bem assinala Otfried Höffe (2008b, p. 252), os direitos humanos são “derechos interculturalmente válidos”. Em lugar algum do mundo, a expulsão de civis, a violação de mulheres e a execução de pessoas desarmadas podem estar em consonância com o direito. Para Ferrajoli (2002, p. 40), a Declaração de 1948, ao sepultar o modelo Vestfália, eleva os direitos humanos à categoria de normas supraestatais a impor limites externos ao poder dos Estados¹³.

¹² Complementa Castanheira Neves (2010b, p. 178) que essa estrutura normativa, não apenas principiológica, deve centrar-se no valor da criatura humana e na sua inseparável dignidade, quando assinala que “são decerto os valores da pessoa humana, a especificarem-se nos valores da sua autonomia assim como nos valores da sua comunitária realização. O homem-pessoa com a sua dignidade, e esta tanto na sua autônoma igualdade participativa como na sua comunitária corresponsabilidade, é o valor fundamental, o pressuposto decisivo e o fim último na humana existência finita que uma comunidade do nosso tempo terá que assumir e cumprir para ser uma *comunidade válida*. É este o pólo para onde toda a normatividade humano-social converge, em pressuposição, e de onde também toda ela diverge, em realização – é o núcleo axiológico da dialética”.

¹³ Ferrajoli (2002, p. 63) não se satisfaz, como era de se esperar, com o simples reconhecimento do caráter supraestatal dos direitos humanos no plano das relações internacionais, porém, nesse processo, assume uma postura otimista ao exortar que: “se é verdade que a curto prazo não podemos nos iludir, é também verdade que a história nos ensina que os direitos não caem do céu, e um sistema de garantias efetivas não nasce numa prancheta, não se constrói em poucos anos, nem tampouco em algumas décadas. Assim foi com o estado de direito e com nossas democracias ainda frágeis, que só se afirmaram à custa de longas batalhas no campo das ideias e de lutas sangrentas. Seria irracional pensar que o mesmo não acontecerá com o direito internacional e não nos empenharemos na parte que nos cabe”.

Entretanto, essa pretensão da universalidade dos direitos humanos não se apoia em um direito natural, tal como fora concebido na mente de Hugo Grocio, mas no diálogo intercultural fruto do discurso recíproco entre os vários atores internacionais, incluindo nesse debate Estados, fortes e fracos, política e economicamente, indivíduos e organizações de cunho internacional.

Jónatas Machado (2006, p. 33) cogita até mesmo de se falar de um hipotético direito natural, porém fundado em um diálogo permanente, livre e aberto a diferentes tradições religiosas e filosóficas, completamente distante do direito natural clássico, já que a “natureza em si mesma não tem consciência moral nem capacidade volitiva para criar absolutos morais. Quando muito, isso é um atributo de Deus ou de um Ser Supremo”.

Essa interação recíproca entre os indivíduos, independentemente dos limites fronteiriços em que se encontrem, torna, mesmo aqueles que estejam distantes territorialmente, mais próximos e mais conscientes dos problemas e das dificuldades de cada um, o que faz nascer daí, de igual forma, também dever recíproco de ajuda e de proteção.

Destaca John Rawls (1971, p. 114-115) que existem deveres naturais do homem, tais como, por exemplo, o dever de ajudar o próximo quando este está necessitado ou correndo perigo, sem que, para isso, dependa de qualquer ato voluntário ou mesmo tenha que se comprometer com eles. Além disso, os deveres naturais não guardam qualquer liame necessário com instituições ou práticas sociais, incidindo, portanto, sobre as pessoas independentemente de suas relações institucionais, como pessoas morais iguais. E, ainda, arremata que a meta do direito internacional é reconhecê-los na conduta das nações.

Nessa mesma linha é a lição de Amartya Sen (2010, p. 373-374), para quem, “se alguém está em posição de fazer algo que

eficazmente impeça a violação de dito direito humano, então, há uma boa razão para se fazer isso mesmo – uma razão que deve ser levada em conta ao decidir-se o que deve ser feito”. Segundo Amartya Sen (2010, p. 491), nesse momento decisório, a bem da verdade, a escolha das ações, por possuir considerável margem de variação, depende das prioridades, da avaliação e da atribuição dos pesos correspondentes. Tudo isso para evitar que, na tentativa de ajudar, acabe por prejudicar o titular do direito humano.

Esse laço de aproximação que faz nascer uma obrigação de proteção, mesmo para com o mais distante, constitui-se, verdadeiramente, na semente que, lançada em terreno fecundo e propício para se desenvolver, poderá germinar um sólido e relevante esquema de responsabilidade dirigido e tendente a proteger efetivamente quem dela necessita.

4. A responsabilidade de proteger como norma jurídica em construção

A grande dificuldade, porém, de alcançar esse desiderato é que não se sabe bem que contornos, extensão e, em especial, natureza têm a chamada responsabilidade de proteger (*responsibility to protect*). Será que a responsabilidade de proteger pode ser considerada uma norma jurídica? Integra o direito internacional imperativo (*jus cogens*)? É uma norma emergente ou simples norma moral ou opção política? Os documentos internacionais que o proclamaram, longe de esclarecer esse ponto, antes tornaram essa definição um tanto quanto confusa. Além disso, a própria palavra “responsabilidade”, por si só, já comporta vários significados diferentes.

Atento à ambiguidade da palavra “responsabilidade”, Herbert Hart (2008, p. 212) procura classificá-la em quatro concepções diversas: a) *Role-Responsibility*; b) *Causal Responsibility*; c) *Liability-Responsibility*; e d) *Capacity-Responsibility*. A que mais se aproxima da ideia veiculada pela responsa-

bilidade de proteção é a *Role-Responsibility*, que é uma responsabilidade derivada do papel que a pessoa física ou jurídica ocupa particularmente em algum lugar ou organização social, nascendo daí deveres específicos de atuar em determinado sentido e de acompanhar o desempenho desses mesmos deveres. Nesse sentido, esse dever, decorrente da *role-responsibility*, apresenta características protetivas, pois independe da ação ou omissão do responsável. Parece claro que a responsabilidade de todos os Estados, no cenário internacional, na defesa dos direitos humanos, decorre do papel a que se encontram incumbidos por força da Carta das Nações Unidas, logo em seu preâmbulo.

Poder-se-ia questionar, como problematiza Otfried Höffe (2008c, p. 262-263), a própria concepção de um direito à intervenção humanitária, como uma espécie de retorno à obsoleta ideia de uma guerra justa. Porém, Höffe mesmo responde partindo da premissa de que toda guerra é em si injusta e ilegítima tanto numa perspectiva ético-jurídico como no plano do direito internacional. Considera ele a intervenção humanitária uma exceção do tipo e da categoria de uma ajuda de emergência, a ponto de afirmar que comete injustiça não quem assiste ao outro em caso de necessidade, mas quem se abstém de fazê-lo.

No relatório intitulado “Responsibility to Protect” entregue ao Secretário-Geral da ONU no final de 2001, a *International Commission on Intervention and State Sovereignty* (ICISS), em princípio, no plano terminológico, deixou de mencionar a expressão “intervenção humanitária” e, sobretudo, a um direito à intervenção, e passou a fazer referência a uma “responsabilidade de proteger” dos Estados e, portanto, a um dever de proteção. Essa mudança teve o inequívoco intento de instigar uma maior adesão a essa nova construção interventiva dos Estados a ela contrários e minimizar a veia emocional nos debates políticos travados (EVANS, 2006, p. 708).

Por outro lado, outra alteração significativa ocorreu no conteúdo do que se entende por soberania. A Comissão rejeitou a concepção de soberania como controle e autoridade, tal como fora construída na época do direito internacional clássico dos séculos XVII a meados do século XX, passando a concebê-la como responsabilidade (EVANS, 2006, p. 708). Para Carsten Stahn (2007, p. 102), a Comissão nada mais fez do que uma reconfiguração dos contornos do conceito de soberania, concebendo os direitos humanos como seu limite intrínseco. É, nas palavras de Emma McClean (2008, p. 134-135,143), como se a Comissão houvesse “humanizado” a soberania. Mesmo assim, McClean não a considera norma emergente, mas simples opção política do Conselho de Segurança da ONU, ainda que se alargue o feixe luminoso dos direitos humanos¹⁴.

Na concepção da soberania como responsabilidade, os Estados seriam apenas instrumentos a serviço dos cidadãos – e não o contrário –, totalmente submetidos ao direito internacional e aos valores transnacionais da dignidade da pessoa humana e dos direitos basilares da criatura humana (MACHADO, 2006, p. 214).

Demais disso, a Comissão tornou clara que a responsabilidade de proteger detinha uma dimensão bem maior do que a intervenção humanitária, mais adstrita a ações militares, já que compreendia, em seu âmbito, as responsabilidades de prevenir (*responsibility to prevent*), de reagir (*responsibility to react*) e de reconstruir (*responsibility to rebuild*) (EVANS, 2006, p. 709).

Gareth Evans (2006, p. 710-711) assinala, ainda, uma quarta contribuição da Comissão nesse debate, ao buscar não apenas a legalidade das decisões, mas também a le-

gitimidade das ações interventivas na ótica moral. Daí por que estipulou seis princípios basilares de avaliação da legitimidade das decisões que autorizam a intervenção militar na soberania de um Estado à luz da responsabilidade de proteger (*Just cause, right intention, proportional means, last resort, reasonable prospects e right authority*).

No entanto, Gareth Evans (2006, p. 711,720) constata que a intervenção militar sob a égide da responsabilidade de proteger só ganha maior efetividade quando se afeta algum interesse de alguma das cinco potências mundiais que integram o Conselho permanente de Segurança, faltando, as mais das vezes, portanto, vontade política de implementar idêntico parâmetro político quando se trata de outros países e interesses envolvidos (EVANS, 2006, p. 711-720).

De fato, Carlo Focarelli (2008, p. 327) observa que o relatório da *International Commission on Intervention and State Sovereignty* (ICISS) não faz qualquer distinção entre o valor moral que fundamenta a responsabilidade de proteger e os interesses político-estratégicos dos países que compõem o Conselho de Segurança da ONU.

Relevante impacto foi provocado pelo relatório do *High-Level Panel* de 2004, pois, embora destinado a amparar uma reforma institucional das Nações Unidas, veio a consolidar a ideia de que a efetivação da responsabilidade de proteger fortalece o sistema de segurança internacional contemplado na Carta das Nações Unidas de 1948, o que a torna uma verdadeira norma emergente (STAHN, 2007, p. 108). Norma emergente, no dizer de Carlo Focarelli (2008, p. 319), seria uma norma que se coloca no limbo entre a sua existência e a sua inexistência.

Todavia, no *Outcome Document of the 2005 World Summit*, fica evidente que a responsabilidade de proteger foi reduzida a um conceito exclusivamente moral, apesar da ambiguidade do texto (STAHN, 2007, p. 108).

Mehrdad Payandeh (2010, p. 471) sustenta que a responsabilidade de proteger, a

¹⁴ Emma McClean (2008, p. 128), malgrado não reconheça a natureza normativa, destaca a importância da responsabilidade de proteção, porquanto atribui aos Estados a responsabilidade, no campo interno, pela segurança e a vida dos seus cidadãos, e, externamente, perante a comunidade internacional, além de pressupor a responsabilização dos agentes estatais por suas ações ou omissões.

despeito de acarretar profunda repercussão na gramática do discurso político internacional, não pode ser considerada uma norma jurídica internacional emergente, mas dentro de um contexto sistêmico no âmbito internacional do uso da força e da segurança coletiva. O problema, segundo ele, descansa, em princípio, na ambiguidade do conceito, provocada pela combinação das linguagens jurídica, moral e política, o que torna difícil compatibilizá-las em uma única norma jurídica. Além disso, na arena jurídica, a responsabilidade não se equipara ao dever, estando aquele conceito mais associado à ideia de violação de obrigações internacionais. E, por derradeiro, não se reconhece a natureza normativa da responsabilidade de proteger, nem sequer no universo do direito costumeiro internacional, na medida em que não se verifica a prática da reiteração de condutas que dele poderiam decorrer pelos Estados (PAYANDEH, 2010, p. 481-483).

Por isso mesmo, discorda da concepção edificada no relatório da *International Commission on Intervention and State Sovereignty* (ICISS) de uma “soberania como responsabilidade”, porquanto qualquer mudança na ideia de soberania, tradicionalmente ligada à independência dos Estados, não leva à construção de uma concreta norma jurídica. A soberania, ao contrário, é um paradigma estruturante do sistema jurídico internacional do qual é possível se estabelecer outras normas de caráter autônomo, como a não intervenção, a integridade territorial e a capacidade jurídica internacional dos Estados (PAYANDEH, 2010, p. 485).

Charlotte Kreuter-Kirchhof (2010, p. 376-377) afirma, por sua vez, que a responsabilidade de proteger, como conceito ainda em desenvolvimento, representa uma responsabilidade de proteção internacional meramente complementar que não impõe um dever ou uma obrigação de proteção em relação a outros Estados, mas apenas se dirige a sua população dentro de seus limites territoriais. Enfatiza Kreuter-Kirchhof

que, mesmo quando uma norma do direito internacional assume o caráter de obrigação *erga omnes*, isso não implica a partir daí um automático dever de proteção por parte da sociedade de Estados.

Particularmente interessante é a posição sufragada por Anne Peters (2009a, p. 514), que identifica o *status* normativo da soberania na humanidade. A juridicidade da soberania, no seu pensar, reside justamente no respeito e na promoção dos direitos humanos, dos interesses, das necessidades e da segurança dos cidadãos. Chega a proclamar que a humanidade é o “A” da soberania e que os direitos humanos não a limitam, mas antes a constituem. É por essa circunstância que nega a possibilidade de uma ponderação entre os direitos humanos e a soberania, na medida em que sempre há uma presunção em favor da humanidade. Em sua concepção, o exercício dos atos de soberania do Estado necessita de justificação e, portanto, deve buscar legitimidade (PETERS, 2009a, p. 518).

Nesse sentido, entende que o Conselho de Segurança da ONU tem a obrigação – e não apenas o direito nem mesmo discricionariedade – de decretar a medida interventiva à luz da responsabilidade de proteger, uma espécie de dever moral nos casos de flagrante violação aos direitos humanos (PETERS, 2009a, p. 533-535, 538-539)¹⁵.

No entanto, por mais brilhante e bem intencionado que seja, o pensamento de Anne Peters peca por um detalhe simples: o Conselho de Segurança da ONU é hoje, sempre foi e tudo indica que não deixará de ser tão cedo, um órgão, genuína e essencialmente, político. Nessa condição, profere

¹⁵ Amrita Kapur (2009, p. 561) critica esse entendimento sob a alegação de que o Conselho de Segurança da ONU é um órgão puramente político, caindo por terra qualquer tentativa de dotar a responsabilidade de proteger de feição normativo-jurídica. Em resposta, Anne Peters (2009, p. 569-570) rebate tal crítica esclarecendo que jamais colocou o direito e a política em esferas distintas no exame da soberania e que a obrigação normativa de intervir, e, por isso, de agir, acha-se capitulada no art. 24 da Carta das Nações Unidas.

decisões naturalmente políticas, valendo-se da lógica da conveniência e da oportunidade, próprias da política em geral.

E, por isso, é forçoso concluir quanto à natureza da responsabilidade de proteger que, enquanto a sua efetivação estiver nas mãos do Conselho de Segurança da ONU, essa teoria não passará de mera retórica moral ao sabor dos interesses e conjunturas políticas, em particular dos cinco membros permanentes que têm poder de veto.

Note-se que isso sempre ocorreu na história. Não foi a soberania, como uma concepção em si mesma, que criou o Estado dotado de poder absoluto, mas a forma de exercício desse poder estatal que o fez soberano. A necessidade de um Estado forte é que formatou a feitura de uma noção de soberania igualmente forte. Por isso, sempre houve na história Estados mais fortes, política e economicamente, que possuíam uma soberania quase que absoluta, e outros, fracos, que sofriam constantes interferências em seus assuntos internos promovidos por aqueles.

Nas relações internacionais, quase sempre prevaleceu a lei dos Estados mais fortes devido à predominância da política sobre o direito. “Confiar” a responsabilidade de proteger ao Conselho de Segurança da ONU significa eternizar esse quadro de supremacia da política sobre o direito. Mais do que uma pretensa “humanização”, a soberania e, conseqüentemente, a responsabilidade de proteger precisam de uma “juridicização” para ingressar, definitivamente, no universo do direito internacional e das normas do *jus cogens*.

Assinala Jónatas Machado (2006, p. 134-135) que, para se constituir como *jus cogens* no direito internacional, as normas devem ser “reconhecidas e aceitas pela comunidade dos Estados globalmente considerada como dotadas de força imperativa, susceptível de alteração apenas por uma outra norma com a mesma natureza”. Para ele, somente o núcleo essencial dos direitos humanos é que ostentaria essa qualidade de

jus cogens. Porém, como ensina Charlotte Kreuter-Kirchhof (2010, p. 358), a atribuição da natureza *jus cogens* sempre interessa a qualquer norma e, como se não bastasse, a responsabilidade de proteção tem o poder de estender o âmbito de aplicação dessas normas imperativas para outras hipóteses de violação de direitos humanos.

Dizer que a responsabilidade de proteger constitui-se em conceito em desenvolvimento e mantê-lo confinado a uma arena exclusivamente política é o mesmo que condená-lo ao eterno subdesenvolvimento. E o que é pior, com a consciência de que nunca se desenvolverá plenamente, limitando-se a um simples dever moral despido de qualquer obrigação ou consequência jurídica concreta.

Christopher C. Joyner (2007, p. 708-709) vê vantagens em reconhecer a condição normativa da responsabilidade de proteger como guia a nortear o comportamento internacional. Em princípio, a responsabilidade de proteger desvia o olhar da comunidade internacional para quem está precisando urgentemente de ajuda, desfocando-o de uma perspectiva unicamente estatal. Além do mais, impõe um dever aos governantes de proteger os seus cidadãos, estando, assim, sujeitos à responsabilização em caso de descumprimento. Sem falar que estimula uma série de medidas voltadas à prevenção de possível violação de direitos humanos, como tratativas políticas, iniciativas diplomáticas, processos jurídicos, estratégias econômicas e, em último caso, o uso da força militar.

Malgrado se almeje alçar a responsabilidade de proteger à condição de *jus cogens*, o seu estágio de construção, nesse momento, ainda a faz ser considerada como mera norma jurídica emergente, necessitando de maior maturação até um dia alcançar a necessária imperatividade típica daquela normatividade do direito internacional vinculativo. Só que esse desenvolvimento pode ficar comprometido se o poder interventivo que decorre da responsabilidade

de proteger continuar nas mãos do Conselho de Segurança da ONU. Urge pensar em outras alternativas que transformem o debate eminentemente político de hoje em marcadamente jurídico de amanhã.

5. *Necessidade de judicialização da responsabilidade de proteger: problemáticas em torno da legitimidade do órgão decisório*

Com efeito, a definição da extensão e do conteúdo de determinada teoria ou doutrina, como a responsabilidade de proteger, acha-se intrinsecamente ligada ao órgão que a aplica, justamente porque dispõe do poder de concretizá-la no juízo decisório. Por essa circunstância, se a responsabilidade de proteger, efetivamente, deseja alcançar voos mais altos no plano da normatividade, tem que se libertar das correntes exclusivamente políticas que a aprisionam.

É inegável o poder do Conselho de Segurança da ONU de decretar medidas interventivas nos Estados à luz da responsabilidade de proteger, conferido inequivocamente pela interpretação sistêmica dos arts. 24.2¹⁶, 37.1¹⁷ e 37.2¹⁸ da Carta das Nações Unidas. Mas será que a decisão tomada recentemente pelo Secretário-Geral da ONU Ban Ki-moon no caso da Costa do Marfim não se mostrou mais ou, pelo menos, igualmente legítima do que

se a tivesse sido ordenada pelo Conselho de Segurança? Muito provavelmente sim, pois, embora não satisfizesse o requisito da estrita legalidade – já que não dispunha de poderes para tanto –, o Secretário-Geral pode ter agido, certamente, na intenção de evitar graves violações de direitos humanos contra a população civil da Costa do Marfim e, portanto, legitimamente.

O relatório da *International Commission on Intervention and State Sovereignty* (ICISS) de 2001 estipulou os critérios de aferição da legitimidade das decisões do Conselho de Segurança da ONU, mas nem por isso se pode garanti-la, como se observará. Os critérios encontram-se assim delineados: a) *just cause*; b) *right intention*; c) *reasonable prospects*; d) *proportional means*; e) *last resort*; e f) *right authority* (HAMILTON, 2006, p. 290-291).

Antes de tudo, no que toca à *just cause*, somente se admite a intervenção militar quando houver grave atentado à vida, atual ou iminente, com intenção genocida ou não; limpeza étnica em larga escala, atual ou iminente, com possibilidade de acarretar mortes; expulsão forçada; atos de terror e de extorsão (HAMILTON, 2006, p. 290-291). A justa causa, a tanto necessária, como se observa, deve ostentar um caráter extremo, estando, por conseguinte, excetuadas desse elenco certas situações de privação de direitos humanos, por não se tratar de genocídio nem limpeza étnica (JOYNER, 2007, p. 711).

Entretantes, a avaliação desse critério não é tão simples como possa inicialmente parecer. A própria ideia subjacente da responsabilidade de proteger induz, já em si mesma, uma tentação de aplicá-la a outras situações de violação de direitos humanos que não apenas se relacionam a graves ofensas aos direitos humanos, como genocídio, limpeza étnica, crimes de guerra e contra a humanidade.

Aliás, este talvez seja um dos maiores receios da comunidade internacional. O temor de que a teoria da responsabilidade de proteger venha, paulatinamente, a se

¹⁶ Art. 24.2: “No cumprimento desses deveres, o Conselho de Segurança agirá de acordo com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas. As atribuições específicas do Conselho de Segurança para o cumprimento desses deveres estão enumeradas nos capítulos VI, VII, VIII e XII”.

¹⁷ Art. 37.1: “No caso em que as partes em controvérsia da natureza a que se refere o Artigo 33 não conseguirem resolvê-los pelos meios indicados no mesmo Artigo, deverão submetê-la ao Conselho de Segurança”.

¹⁸ Art. 37.2: “O Conselho de Segurança, caso julgue que a continuação da controvérsia poderá realmente constituir uma ameaça à manutenção da paz e da segurança internacionais, decidirá sobre a conveniência de agir de acordo com o Artigo 36 ou recomendar as condições que lhe parecerem apropriadas à sua solução”.

estender para outras situações menos graves sob os mais variados argumentos, mas que configurem manifesta ofensa aos direitos humanos, como sugere, por exemplo, William Magnuson (2010, p. 257-312), ao defender a aplicação dessa doutrina na hipótese de violação da liberdade de expressão dos cidadãos pelos Estados.

Essa suposta tentação de abranger outras situações de possível malfeição de direitos humanos, especialmente em uma ótica preventiva, tais como ameaças de práticas terroristas ou utilização de armas de destruição de massa ou mesmo em outras calamidades, desde portadores de enfermidades graves (HIV/AIDS) a desastres naturais, é motivada, consoante explica Hitoshi Nasu (2009, p. 212-214), pela imprecisão do conteúdo da responsabilidade de proteger quanto ao objeto sobre o qual devem recair as medidas interventivas, quanto ao momento exato em que se deve realizá-las e quanto à intensidade que se deve imprimir às operações militares. Tanto isso é verdade que China e Rússia rejeitam, veementemente, qualquer iniciativa do Conselho de Segurança da ONU de tomar algum ato em antecipação à crise humanitária.

Em seguida, na seara do *right intention*, impende atentar que o objetivo primário deve ser prevenir ou parar o sofrimento humano (HAMILTON, 2006, p. 290). Em se tratando de órgão político que não necessita justificar as suas decisões com parâmetros de juridicidade, impossível assegurar que o Conselho de Segurança da ONU não pretenderá satisfazer algum interesse geopolítico ou econômico nas ações ou omissões interventivas.

No exame do princípio do *reasonable prospects*, a medida interventiva só pode ser adotada quando se tem grande probabilidade de sucesso (HAMILTON, 2006, p. 291). Quanto aos *proportional means*, os atos de interferência devem ser absolutamente necessários a prevenir ou parar o sofrimento das pessoas atingidas (HAMILTON, 2006, p. 290-291). Como resultado disso, a

intervenção militar não pode infligir mais mortes e violações de direitos humanos e, para tanto, convém que seja limitada no tempo e que não signifique anexação ou integração do território de um Estado por outro (JOYNER, 2007, p. 713-714).

Naquilo que concerne ao critério do *last resort*, a intervenção militar só cabe quando todas as outras opções anteriores restaram infrutíferas (HAMILTON, 2006, p. 290-291). Antes de tal passo, podem ser reconhecidas como medidas preliminares à possível intervenção militar protestos diplomáticos, recursos e demandas para o Conselho de Segurança da ONU, sanções econômicas, entre outras. Além disso, impõe-se aquilatar, como alerta Christopher C. Joyner (2007, p. 712-713), se a adoção dessas medidas preliminares, em razão do tempo que demandam, não acabe por comprometer a vida de milhares de pessoas inocentes que poderiam ser salvas caso fosse consubstanciada a intervenção militar desde o princípio. A necessidade de tomar medidas interventivas imediatas, assim que caracterizadas situações de grave violação de direitos humanos, parece se afigurar incompatível com a discricionariedade do Conselho de Segurança da ONU quanto ao momento que entender oportuno para agir. Daí, certamente, um dos motivos que justificou a isolada decisão do Secretário-Geral Ban Ki-moon na situação da Costa do Marfim. Havia necessidade de uma ação rápida e eficaz.

E, por fim, o critério do *right authority*, que só permite a intervenção militar com a autorização do Conselho de Segurança da ONU (HAMILTON, 2006, p. 290-291). Christopher C. Joyner (2007, p. 715) reconhece ser inegável que o Conselho de Segurança consiste no órgão das Nações Unidas de maior responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais, inclusive no que atine à violência praticada na esfera interna do Estado. Porém, questiona se o Conselho de Segurança não for capaz de emitir alguma ação interventiva

de prevenção ou impedir atrocidades em algum Estado.

Otfried Höffe (2008b, p. 255) critica o poder do Conselho de Segurança nas autorizações de intervenção humanitária, porquanto, à míngua de uma ordem jurídica global e de um Estado mundial, a própria Organização das Nações Unidas padece, segundo entende, de um grave defeito congênito de teor ético-jurídico. A despeito de proclamar em sua carta a universalidade dos direitos humanos, o Conselho de Segurança, representado pela hegemonia de cinco grandes potências, alimenta privilégios particulares e age de maneira seletiva, mesmo diante de graves violações nessa matéria.

De fato, na abertura da 63ª Assembleia Geral das Nações Unidas, vários países expressaram preocupação quanto aos contornos da responsabilidade de proteger, temendo abusos de países mais fortes, política e economicamente, sob o pretexto de estarem realizando intervenções humanitárias. Outros acusam a composição do Conselho de Segurança e o poder de veto de seus membros permanentes como um dos maiores óbices à efetivação das ações das Nações Unidas, tendo vários países manifestado preferência na implementação da responsabilidade de proteger pela Assembleia Geral (PAYANDEH, 2010, p. 479)¹⁹.

Ferrajoli (2002, p. 42) aponta um paradoxo na própria Organização das Nações Unidas, ao identificar que, embora tenha uma pretensão universalista, notadamente no âmbito da concretização dos direitos humanos, ainda se encontra condicionada, tanto na dimensão factual como jurídica, pelo princípio da soberania dos Estados (igualdade soberana de todos os Estados

¹⁹ Christopher C. Joyner (2007, p. 700) conta que a história das intervenções militares humanitárias é marcada por vários exemplos de estados poderosos que invocaram a intervenção humanitária para satisfazer os seus próprios interesses geopolíticos. Para conhecer as principais linhas de objeção à adoção da responsabilidade de proteger invocadas pelos Estados, ver Focarelli (2008, p. 330-341).

membros), tal como preconiza o art. 2.1 da Carta das Nações Unidas, reforçado pelo disposto no art. 7, que possibilita o veto de qualquer ingerência da entidade em assuntos internos dos Estados. Para ele, tais preceitos desvalorizam a nova normatividade que vem emergindo no direito internacional e ainda o submete às relações de força entre os Estados.

Neville F. Dastoor (2009, p. 32) propõe, para atenuar esse problema, a criação de um comitê da responsabilidade de proteger no Conselho de Segurança, composto de especialista de renome dos estados membros, representativo das várias regiões do planeta e da economia, política e das forças militares, para monitorar e analisar situações de adequada aplicação da figura da responsabilidade de proteger. Mas, ainda assim, a decisão no final das contas sobre a decretação da medida de intervenção permanecerá nas mãos do Conselho de Segurança da ONU, não havendo, desse modo, qualquer alteração de relevo no quadro da legitimidade decisória.

Seguramente, a melhor alternativa para levar a sério a responsabilidade de proteger e seu consequente *status* jurídico-normativo repousa em reconhecer à Corte Internacional de Justiça, órgão integrante da estrutura da Organização das Nações Unidas, o poder de determinar medidas interventivas, em consonância com o insculpido no art. 36.3²⁰ da Carta, que admite essa competência em hipóteses cujas controvérsias ostentem caráter jurídico.

As controvérsias de cunho jurídico a que se refere esse ditame normativo correspondem àquelas que comprometem a paz e a segurança internacionais, recaindo exatamente nas circunstâncias relacionadas

²⁰ A redação do art. 36.3 da Carta das Nações Unidas de 1948 tem o seguinte teor: "Ao fazer recomendações de acordo com este Artigo, o Conselho de Segurança deverá tomar em consideração que as controvérsias de caráter jurídico devem, em regra geral, ser submetidas pelas partes à Corte Internacional de Justiça, de acordo com os dispositivos do Estatuto da Corte".

às graves violações de direitos humanos, objeto de tutela da responsabilidade de proteger nos termos do relatório *High-Level Panel* de 2004.

Para tanto, é imprescindível que se implementem as modificações estruturantes defendidas por Ferrajoli (2002, p. 54-55) na jurisdição da Corte Internacional de Justiça de Haia, para que venha a possibilitar: a) julgamentos de responsabilidade individual de pessoas físicas, e não apenas dos Estados, em matéria de violações de direitos humanos; b) a obrigatoriedade de sua jurisdição, e não meramente subordinada à aceitação preventiva dos Estados; c) o reconhecimento da legitimação ativa dos indivíduos, titulares dos direitos humanos; e d) responsabilidade pessoal dos governantes, quando do exercício do poder soberano, por crimes contra os direitos humanos.

Poder-se-ia alegar que os Tribunais constitucionais europeus também seriam órgãos políticos e que nem por isso deixariam de emitir juízos decisórios de naípe jurídico. No entanto, pode parecer especiosa a diferença entre os Tribunais constitucionais e o Conselho de Segurança, mas não o é. Ambos, efetivamente, exararam decisões, porém o processo de legitimação de cada uma delas segue uma lógica e um procedimento distintos. Enquanto os Tribunais constitucionais, a rigor, amparam-se na realização judicativo-decisória na juridicidade normativa da ordem jurídico-constitucional existente, o Conselho de Segurança possui ampla discricionariedade política para avaliar a conveniência e a oportunidade de suas decisões, estando, contudo, apenas sujeito às regras procedimentais ínsitas à sua própria atuação nas Nações Unidas.

Como se vê, a se reconhecer, ainda que como norma emergente, o caráter jurídico da doutrina da responsabilidade de proteger, seria assegurado o adequado e alvissareiro desenvolvimento de seus contornos pela Corte Internacional de Justiça, necessário à efetiva proteção das populações civis que têm os seus direitos

humanos mais básicos sonogados por seus próprios governantes, justamente quem deveria mais patrociná-los.

6. Considerações finais

Diante desses apontamentos, podem ser sintetizadas as seguintes premissas à guisa de conclusão a respeito da premente necessidade de juridicização e correlata judicialização da doutrina da responsabilidade de proteger no atual cenário das relações internacionais.

Por mais que, no passado, os princípios da soberania estatal e da não intervenção em assuntos internos tenham se constituído em uma das poucas normas em defesa dos Estados mais fracos contra os interesses políticos e econômicos dos Estados mais poderosos internacionalmente, os constantes e graves atentados aos direitos humanos cometidos por Estados contra a sua própria população civil redundaram na progressiva mitigação do âmbito desses postulados em face da crescente universalização desse código ético da humanidade.

A interação recíproca entre os indivíduos hoje, independentemente dos limites fronteiriços em que se encontrem, torna, mesmo aqueles que estejam distantes territorialmente, mais próximos e mais cientes dos problemas e das dificuldades de cada um, o que faz nascer daí, de igual forma, também dever recíproco de ajuda e de proteção e, por conseguinte, esquema de responsabilidade de proteger (*responsibility to protect*) dirigido contra os Estados que praticam violações aos direitos humanos.

Embora competente legalmente para decidir a respeito de medidas interventivas nos termos da Carta das Nações Unidas, o Conselho de Segurança da ONU é um órgão eminentemente político e, por essa condição, profere decisões naturalmente políticas, valendo-se da lógica da conveniência e da oportunidade, o que se mostra incompatível com a necessária juridicização da figura da responsabilidade de proteger.

A definição da extensão e do conteúdo da responsabilidade de proteger depende, fundamentalmente, do órgão que a aplica. E por isso, enquanto a sua efetivação estiver nas mãos do Conselho de Segurança da ONU, essa teoria não passará de mera retórica moral ao sabor dos interesses e conjunturas políticas, em particular dos cinco membros permanentes que têm poder de veto.

Nesse sentido, a melhor alternativa para levar a sério a responsabilidade de proteger e seu consequente *status* jurídico-normativo repousa em reconhecer à Corte Internacional de Justiça, órgão integrante da estrutura da Organização das Nações Unidas, o poder de determinar medidas interventivas, em consonância com o insculpido no art. 36.3 da Carta, que admite essa competência em hipóteses cujas controvérsias ostentem caráter jurídico. Mas, para tanto, é imprescindível que se implementem as modificações estruturantes na jurisdição da Corte Internacional de Justiça de Haia, para que venha a possibilitar a efetiva proteção das populações civis contra violações aos seus direitos humanos.

Referências

BODIN, Jean. *De la République ou Traité du Gouvernement*. Paris: René für, 1591.

DASTOOR, Neville F. The responsibility to refine: the need for a security council committee on the responsibility to protect. *Harvard Human Rights Journal*, Harvard, v. 22, n. 1, p. 25-62, Winter 2009.

DUNLOP, Emma. Humanity as the A and of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 20, n. 3, p. 556-560, 2009.

EVANS, Gareth. From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect. *Wisconsin International Law Journal*, Fall 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo Moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOCARELLI, Carlo. La dottrina della "Responsabilità di Proteggere" e L'Intervento Umanitario. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v. 91, n. 2, p. 317-346, 2008.

GROCIO, Hugo. *Del derecho de presa; Del derecho de la guerra y de la paz: textos de las obras "De iure praedae" y "De jure belli ac pacis"*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

HAMILTON, Rebecca J. The Responsibility to Protect: from Document to Doctrine: but what of implementation? *Harvard Human Rights Journal*, Harvard, v. 19, p. 289-297, Spring 2006.

HART, Herbert L. A. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. New York: Oxford University, 2008.

HOBBS, Thomas. *Leviatán: o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza, 2009.

HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural*. Barcelona: Gedisa, 2008a.

_____. Intervención Humanitaria? Reflexiones ético-jurídicas. In: _____. *Derecho Intercultural*. Barcelona: Gedisa, 2008b.

_____. No sólo una Cuestión Interna: La misión del Kosovo como acto legítimo de asistencia humanitaria de emergencia. In: _____. *Derecho Intercultural*. Barcelona: Gedisa, 2008c.

JOYNER, Christopher C. The Responsibility to Protect: Humanitarian Concern and the Lawfulness of Armed Intervention. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 47, n. 3, p. 693-723, Spring 2007.

KANT, Immanuel. A paz perpétua: um projecto filosófico. In: _____. *A paz perpétua e outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2009a.

_____. Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita. In: _____. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2009b.

_____. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática. In: _____. *A Paz Perpétua e outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2009c.

KAPUR, Amrita. Humanity as the A and of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 20, n. 3, p. 560-567, 2009.

KREUTER-KIRCHHOF, Charlotte. *Völkerrechtliche Schutzverantwortung bei Elementarem Menschenrechtsverletzungen: Die Responsibility to Protect als Verantwortungsstruktur*. Heft 3. Hamburg: Institut für Internationale Angelegenheiten der Universität Hamburg, 2010. Band 48.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao Pós-11 de Setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

MAGNUSON, William. The Responsibility to Protect and the Decline of Sovereignty: Free Speech Protection

under International Law. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville, v. 43, n. 2, p. 255-312, Mar. 2010.

McCLEAN, Emma. The responsibility to protect: the role of International Human Rights Law. *Journal of Conflict and Security Law*, Oxford, v. 13, n. 1, p. 123-152, Spring 2008.

NASU, Hitoshi. Operationalizing the "Responsibility to Protect" and Conflict Prevention: Dilemmas of Civilian Protection in Armed Conflict. *Journal of Conflict and Security Law*, Oxford, v. 14, n. 2, p. 209-241, Summer 2009.

NEVES, A. Castanheira. O Problema da Universalidade do Direito – ou o Direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das Culturas. *Digesta*, Coimbra, v. 3, 2010a.

_____. A Unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido. *Digesta*, Coimbra, v. 2, 2010b.

PAYENDEH, Mehrdad. With Great Power Comes Great Responsibility? The Concept of the Responsibility to Protect within the Process of International Lawmaking. *Yale Journal of International Law*, New Haven, Summer 2010.

PETERS, Anne. Humanity as the A and of Sovereignty. *European Journal of International Law*, Firenze, 2009a.

_____. Humanity as the A and of Sovereignty: A Rejoinder to Emily Kidd White, Catherine E. Sweetser, Emma Dunlop and Amrita Kapur. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 20, n. 3, p. 569-573, 2009b.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 1971.

ROBERT, Anne-Cécile. ONU, para onde caminhas tu? *Le Monde Diplomatique*, n. 55, 6 maio 2011.

STAHN, Carsten. Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm? *American Journal of International Law*, Washington, v. 101, n. 1, p. 99-120, Jan. 2007.

SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. London: Penguin, 2010.

_____. *Identidad y Violencia: la ilusión del destino*. Buenos Aires: Katz, 2007.

VINCENT, R. J. Grotius, Human Rights, and Intervention. In: BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam. *Hugo Grotius and International Relations*. Oxford: Clarendon, 1992.

WARD, Ian. The End of Sovereignty and The New Humanism. *Stanford Law Review*, v. 55, n. 5, p. 2091, May 2003.

O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais

Michael César Silva e
Wellington Fonseca dos Santos

Sumário

1. Introdução. 2. A proteção ao consumidor. 2.1. Escorço histórico. 2.2. Do consumerismo. 2.3. A relação jurídica de consumo. 2.4. Princípios do direito do consumidor. 2.4.1. Princípio da boa-fé objetiva. 2.4.2. Princípio da informação. 2.4.3. Princípio da transparência. 2.4.4. Princípio da confiança. 3. As lojas virtuais. 4. Responsabilidade civil do fornecedor no comércio eletrônico. 5. Direito de arrependimento. 5.1. Proposições legislativas sobre o direito de arrependimento. 6. Conclusão.

1. Introdução

Em duas décadas de vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), este se mantém eficaz e plenamente aplicável, como procura demonstrar esta análise, em direção a uma nova fronteira, qual seja, o mundo cibernético, para onde se deslocaram os mesmos negócios jurídicos já conhecidos e regulamentados desde outrora na realidade física.

No entanto, há peculiaridades na relação de consumo virtual que exigem uma adequação das normas consumeristas, considerando-se a complexidade técnica, tecnológica e jurídica em que se efetiva essa relação jurídica, garantindo-se, assim, a efetiva aplicabilidade do CDC, bem como a plena proteção ao consumidor no ambiente virtual.

Os problemas e dificuldades no ambiente virtual, ensejadores das controvérsias e

Michael César Silva é doutorando e mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro da Associação Mineira de Direito & Economia (AMDE). Advogado.

Wellington Fonseca dos Santos é pós-graduando em Direito Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Promove. Coordenador de Atendimento e Suporte Técnico da PRODABEL (Empresa de Informática e Informação do Município de Belo Horizonte S/A).

questionamentos estabelecidas a respeito da relação de consumo virtual, encontram-se relacionados ao meio e aos mecanismos pelos quais a relação jurídica se efetiva – Internet, *softwares*, equipamentos eletrônicos e informáticos – os quais evoluíram tecnologicamente em espantosa velocidade nessas duas últimas décadas. Contudo, tal avanço não refletiu em efetiva regulamentação legal da matéria, e, sobretudo, no desenvolvimento jurisprudencial.

Nesse sentido, o estudo propõe proceder a uma releitura das relações virtuais de consumo, a partir dos princípios norteadores do Direito do Consumidor, os quais se amoldam a essa nova realidade mercadológica-tecnológica. De igual modo, tem-se como relevante analisar ainda as repercussões do direito de arrependimento (artigo 49 CDC) sobre as relações de consumo virtuais, o papel das sociedades empresárias virtuais, alocadas fisicamente no espaço cibernético – estabelecimentos virtuais ou lojas virtuais – e por fim o impacto da publicidade realizada pelos fornecedores no ambiente virtual. Pretende-se, ainda, delinear breve histórico sobre a proteção do consumidor, determinar o âmbito das relações de consumo, e os parâmetros norteadores impostos pela principiologia contratual contemporânea.

Nessa esteira, o princípio da informação, transparência e confiança, em consonância com os preceitos norteadores da boa-fé objetiva, apresentam-se como fundamentais, no intuito de garantir contratações no ambiente virtual que assegurem a justiça contratual por meio da consagração da igualdade material entre os contratantes.

2. A proteção ao consumidor

2.1. Escorço histórico

O movimento de proteção ao consumidor inicia-se na Europa com o advento da Revolução Industrial no século XVIII e com o aperfeiçoamento do Liberalismo Econô-

mico do século XIX, que veio consagrar o dogma da autonomia da vontade, por meio da liberdade de contratação e igualdade (formal) jurídica dos contratantes (NISHIYAMA, 2002, p. 21; CORDEIRO, 2005, p. 653).

Com as transformações sociais advindas no final do século XIX, e com a crescente massificação dos meios de produção, dá-se o surgimento da denominada sociedade de consumo (*mass consumption society*), na qual a produção manual dos bens (produtos) passa a ser exceção, pela introdução da mecanização, produção em série etc.

Essa evolução do processo produtivo causou um aumento progressivo dos riscos gerados aos consumidores, por meio de falhas resultantes desse processo. Nesse contexto, verificam-se o domínio do crédito, do *marketing*, da publicidade ilícita (abusiva e enganosa), das práticas abusivas, das cláusulas contratuais abusivas, da falta de informação adequada e do surgimento dos contratos de adesão, os quais diminuam ou impossibilitavam o exercício da liberdade contratual, bem como impunham dificuldades de acesso à justiça (GRINOVER et al, 2007, p. 6-7; NISHIYAMA, 2002, p. 24-25).

Portanto, o fenômeno do consumerismo e o advento da sociedade de consumo encontram-se diretamente relacionados com a proteção do consumidor, que exsurge para coibir os abusos impostos pelos grandes conglomerados econômicos aos contratantes (consumidores). Havia, também, a insuficiência dos esquemas tradicionais do direito substancial e processual, que já não mais tutelavam eficazmente novos interesses identificados como coletivos e difusos.

Desse modo, o contexto histórico-social, diante dos avanços tecnológicos dos meios de produção e da posição de inferioridade dos contratantes, passou a demandar uma legislação moderna, que não apenas resguardasse direitos, mas também que punisse com rigor o desrespeito aos direitos estabelecidos em favor dos contratantes.

É nesse cenário que se desenvolve efetivamente a ideia de proteção ao consu-

midor, parte presumivelmente vulnerável, em posição de patente inferioridade em face aos conglomerados econômicos, por meio do reconhecimento dessa proteção na esfera dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (NISHIYAMA, 2002, p. 22).

Entretanto, é recente a inserção da proteção ao consumidor em texto constitucional, o que ocorreu, somente, com a promulgação da Constituição Espanhola de 1978. No Brasil, com o advento da Constituição da República de 1988, a proteção ao consumidor foi expressamente delineada no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo a tendência mundial (NISHIYAMA, 2002, p. 26-27). A Constituição da República de 1988 adotou a sistemática da proteção ao consumidor de *forma ampla*, conforme previsto nos artigos 5º, XXXII, 170, V, CR/88 e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), consagrando-a como direito fundamental (NISHIYAMA, 2002, p. 15-16; GRINOVER et al, 2007, p. 8).

Tal perspectiva consolida-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que positivou a proteção ao consumidor de *forma específica*, assegurando direitos individuais e coletivos, mediante a introdução de princípios contratuais, norteados pela sistemática dos preceitos constitucionais e pela concepção social de contrato esculpida na nova teoria contratual, os quais passaram a direcionar a interpretação da relação contratual de consumo. O Código de Defesa do Consumidor é uma lei que consagra princípios fundamentais da República, o mínimo essencial para proteção do consumidor e a sobreposição deste em relação aos demais ramos do direito, nos quais se evidenciem relações de consumo.

Ele foi erigido sob a égide de um sistema de proteção específica destinado ao consumidor, fundado na técnica legislativa das *cláusulas gerais* (de normas flexíveis, de caráter exemplificativo) visando à constante evolução da legislação consumerista, diante das demandas da sociedade, no

sentido de viabilizar a proteção efetiva do consumidor.

Insta destacar que, no âmbito das relações de consumo, exsurge como pressuposto fundamental de reconhecimento da tutela do consumidor o princípio da *vulnerabilidade* do consumidor, esculpido no artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, o qual norteia toda a legislação consumerista. O princípio em comento é reconhecido como o traço marcante, distintivo do Código de Defesa do Consumidor, estando relacionado, intimamente, com os princípios da transparência (artigo 4º, *caput*, CDC) e da boa-fé objetiva (artigos 4º, III, e 51, IV, CDC), no intuito de garantir o reequilíbrio e a justiça nas relações contratuais de consumo (MARQUES, 2006, p. 318-320, 355).

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor destaca-se como fonte de indiscutível força renovadora da teoria dos contratos, pois é reflexo de uma concepção social do contrato, em que a vontade das partes não é mais a única fonte das obrigações, mas, sobretudo os princípios constitucionais, que migram para o direito privado e consagram uma nova perspectiva interpretativa do direito contratual na contemporaneidade.

2.2. Do consumerismo

Os mais significativos e importantes movimentos sociais que impulsionaram o consumerismo surgiram a partir dos anos 60, quando se sobressaíram as associações de consumidores nos Estados Unidos, questionando as práticas abusivas realizadas pelos fornecedores, culminando com a consagração de direitos fundamentais do consumidor (GIANCOLI; ARAÚJO JÚNIOR, 2009, p. 18).

A consagração dos direitos fundamentais do consumidor, no discurso do presidente norte-americano John. F. Kennedy, em 1962, apresentou-se como um marco do consumerismo no mundo (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008, p. 26).

A defesa do consumidor ganhou, então, amplitude mundial, lançando-se as bases

do movimento consumerista internacional, culminando com a declaração do dia 15 de março de 1962 como o dia mundial dos direitos do consumidor.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno (2007, p. 4), trata-se de um ramo do Direito que dispõe de princípios próprios e normas específicas (v.g., responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, inversão do ônus da prova, declaração de nulidade de cláusulas abusivas, tutela coletiva dos consumidores, etc.), que visam à efetiva proteção e defesa dos interesses e direitos dos consumidores, sem, contudo, prescindir de outros princípios e normas de direito, quando necessários àquela proteção e defesa do consumidor.

No Brasil, o movimento consumerista, iniciou-se timidamente nos anos 70, com a criação das primeiras associações civis e entidades governamentais; em 1974, foi criado o Conselho de Defesa do Consumidor no Rio de Janeiro; em 1976, a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor em Curitiba; no ano de 1976, a Associação de Proteção ao Consumidor em Porto Alegre; e, também em 1976, foi promulgado o Decreto nº 7.890 do Governo de São Paulo, que criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor e, em sua estrutura, dois órgãos centrais: Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, depois denominado PROCON (GIANCOLI; ARAÚJO JÚNIOR, 2009, p. 19).

Com o advento da Constituição da República de 1988, consagrou-se no Brasil a proteção jurídica do consumidor como direito e garantia fundamental, no artigo 5º, XXXII. Ademais, a Constituição erigiu ainda a defesa do consumidor como princípio a ser observado pela Ordem Econômica, conforme preconizado no artigo 170, V, CR/88 (BRASIL, 2010a). Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor surgiu, então, a partir desse comando constitucional, com base no artigo 48 do ADCT (BRASIL, 2010a).

Leonardo de Medeiros Garcia (2008, p. 7, grifo do autor) preleciona que:

“Trata-se de um verdadeiro *microsistema jurídico*, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fito de alcançar a igualdade”.

Nesse mesmo sentido, José Geraldo Brito Filomeno (2007, p. 15, grifo do autor) explica:

“Nós diríamos que o Código de Defesa do Consumidor, muito mais do que um conjunto de normas inovadoras, em diversos aspectos do direito, é muito mais *uma filosofia de ação*, eis que traça *uma política* ou um *conjunto de diretrizes* que devem ser seguidas para que o consumidor seja efetivamente protegido e defendido. Com efeito, o seu art. 4º constitui-se numa verdadeira *alma*, no sentido de que se visa a atender não apenas às *necessidades dos consumidores e respeito à sua dignidade – de sua saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria de sua qualidade de vida –*, como também à *imprescindível harmonia das relações de consumo*”.

No comércio eletrônico, essencialmente, a contratação que se identifica como relação jurídica de consumo, independente de não existir ainda, no caso do Brasil, uma tutela normativa específica, é perfeitamente aplicável o CDC, nos termos de seu artigo 1º, *verbis*: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias” (BRASIL, 1990).

Ada Pellegrini Grinover et al (2007, p. 24) destacam que no artigo 1º do CDC, ao se referir às normas de *ordem pública e interesse social*, equivale a dizer que tais normas são *inderrogáveis* por vontade dos interessados

em determinada relação de consumo, ou seja, são normas que não podem ser descartadas, ou de uso facultativo pelos sujeitos da relação de consumo (consumidores e fornecedores).

“[...] tenha-se em conta que o Código ora comentado visa a resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo. Assim, embora destinatária final de tudo que é produzido em termos de bens e serviços, a comunidade de consumidores é sabidamente frágil em face da outra personagem das relações de consumo, donde pretende o Código de Consumidor estabelecer o necessário equilíbrio de forças” (GRINOVER et al, 2007, p. 27).

Torna-se evidente que a inderrogabilidade trata-se da impossibilidade de qualquer afastamento da incidência do CDC a toda e qualquer relação de consumo estabelecida, por ser lei de função social. Desse modo, “as normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através de contratos” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008, p. 55).

Portanto, no contrato eletrônico a relação de consumo estabelecida não pode afastar as normas protetivas do direito do consumidor (CDC e as demais leis que compõem o sistema de proteção ao consumidor).

2.3. A relação jurídica de consumo

A relação jurídica de consumo é estabelecida pela composição de fornecedor e consumidor em lados opostos, tendo como objeto produto ou serviço, conforme se depreende da análise dos artigos 2º e 3º do CDC.

O conceito de fornecedor encontra-se estabelecido no artigo 3º do CDC¹. Não obstante, outros termos utilizados para denominá-lo, como industrial, comerciante, banqueiro, segurador, importador, ou, genericamente, como empresário, Ada Pellegrini Grinover e outros (2007, p. 47) explicam que “são considerados todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo despidendo indagar-se a que título”.

O conceito padrão de consumidor (consumidor *strictu sensu*) encontra-se esculpido no artigo 2º, *caput* do CDC². Contudo, em face da dificuldade de se precisar o conteúdo e alcance da expressão *destinatário final*, esculpida no artigo 2º do CDC, desenvolveu relevante divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da definição jurídica de consumidor.

Para os finalistas, a interpretação do conceito de consumidor deveria ser mais restritiva, visando a não banalizar o CDC, com base num critério fático-econômico, pautado na figura do destinatário final. Para tanto, entendem que seria necessário *não tirar proveito econômico* do produto/serviço, fundando sua teoria na distinção se o bem ou serviço adquirido é para *uso pessoal ou familiar* ou *profissional*. Para os maximalistas, a aplicação do CDC deveria ser a mais ampla possível, incluindo-se pessoas jurídicas e profissionais liberais, com fundamento num *conceito jurídico de consumidor*, de índole objetiva, pautado no mero ato de consumir, e sendo a figura do

¹ “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (BRASIL, 1990).

² “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (BRASIL, 1990).

destinatário final interpretada como o *destinatário fático* do produto ou serviço (BRAGA NETTO, 2011, p. 88-94; MARQUES, 2006, p. 303-305, 346-347; BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008, p. 70-72).

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mitigou a teoria finalista (teoria finalista mitigada ou finalismo aprofundado) no sentido de aceitar que o profissional ou a pessoa jurídica, seja considerado consumidor, desde que, demonstrada sua *vulnerabilidade e produto ou serviço adquirido fora de sua área de especialidade* (não implicando na revenda ou comercialização dos mesmos).³

No que tange à vulnerabilidade do consumidor, importa destacar que a mesma é reconhecida como princípio disposto no artigo 4º, *caput*, I, do CDC⁴. Segundo Leonardo de Medeiros Garcia (2008), a vulnerabilidade do consumidor será constatada a partir da análise do desequilíbrio técnico, jurídico e fático existente entre as partes, como sustenta:

“[...] a vulnerabilidade *técnica* seria aquela na qual o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou o serviço, podendo, portanto, ser mais facilmente iludido no momento da contratação. A vulnerabilidade *jurídica* seria a própria falta de conhecimentos jurídicos, ou de outros pertinentes à relação, como contabilidade, matemática financeira e economia. Já a vulnerabilidade *fática* é a vulnerabilidade real diante do parceiro contratual, seja em decor-

rência do grande poderio econômico deste último, seja pela sua posição de monopólio, ou em razão da essencialidade do serviço que presta, impondo, numa relação contratual, uma posição de superioridade” (GARCIA, 2008, p. 17, grifo nosso).

Claudia Lima Marques destaca, ainda, a vulnerabilidade *informacional*, como sendo a vulnerabilidade básica do consumidor, por ser característica intrínseca da sociedade contemporânea, posto que “[...] o consumidor/usuário experimenta, neste mundo livre, veloz e global (relembre-se aqui o *consumo pela internet*, pela televisão, pelo celular, pelos novos tipos de computadores, cartões e chips), uma nova vulnerabilidade” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008, p. 77, grifo nosso).

O poder da informação sobre os produtos e serviços concentra-se nas mãos do fornecedor e, por conseguinte, é fator de desequilíbrio na relação estabelecida com o consumidor que busca por esses serviços e produtos, ainda mais ao adquiri-los fora do estabelecimento comercial, via Internet, em que a vulnerabilidade tende a se agravar, uma vez que, se de um lado há ampliação da oferta e da informação, por outro as características de distanciamento econômico e de conhecimento, presentes no mundo real, são acompanhadas das tecnológicas (LIMA, 2006, p. 44).

Em resumo, a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo virtual alcança a jurídica, a fática, e prospera muito mais na informacional e na técnica. Pode-se até dividir esta última quanto ao desconhecimento das características técnicas do produto ou serviço, lembrando-se de que no comércio eletrônico o consumidor não tem acesso direto ao produto, nem se faz presente no estabelecimento comercial; e técnica, no sentido de desconhecimento, falta de domínio sobre as próprias ferramentas que manuseia ou que tem acesso, como exemplo: o computador e seus periféricos (*scanner*, impressora, *mouse*,

³ Nesse sentido ver: Marques (2006, p. 305-306, 338-339, 347-353); Braga Netto (2011, p. 90-93); Benjamin, Marques e Bessa (2008, p. 72-73).

⁴ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (BRASIL, 1990).

teclado, *webcam*, rede *wireless*, *modem*, etc.); e os *softwares* instalados ou a instalar (*browser* – *Internet Explorer*, *Firefox*, *Mozilla*; gerenciadores de *downloads*; gerenciadores de *e-mail*, antivírus, etc.).

Ademais, o consumidor está sujeito a outros elementos do ambiente virtual, que podem de alguma forma afetar o processo de contratação via Internet. Por exemplo, pela ação de maliciosos programas de computador disseminados na Internet: vírus, *spywares*, *backdoors*, *keyloggers*, *worms*⁵, entre outros desenvolvidos por agentes *experts* da informática: *hackers* e *crackers*.⁶

Nesse contexto tecnológico, Claudia Lima Marques traz novas concepções a respeito dos protagonistas da relação de consumo:

⁵ *Spyware* consiste num programa automático de computador que recolhe informações sobre o usuário, sobre os seus costumes na Internet e transmite essa informação a uma entidade externa na Internet, sem o seu conhecimento nem o seu consentimento. *Backdoor* (também conhecido por Porta dos fundos) é uma falha de segurança que pode existir em um programa de computador ou sistema operacional, que pode permitir a invasão do sistema por um *cracker* para que ele possa obter um total controle da máquina. Muitos *crackers* utilizam-se de um *Backdoor* para instalar vírus de computador ou outros programas maliciosos, conhecidos como *malware*. *Keylogger* (que significa registrador do teclado em inglês) é um programa de computador do tipo *spyware* cuja finalidade é coletar informações de usuários, como nomes de usuário e senhas de contas de e-mail, *sites* de relacionamento, mensageiros instantâneos e qualquer outro serviço que precise de senha para se conectar, inclusive dados de acesso a contas bancárias, números de cartão de crédito e afins. *Worm* (verme, em português), em computação, é um programa autorreplicante, semelhante a um vírus. Enquanto um vírus infecta um programa e necessita desse programa hospedeiro para se propagar, o *Worm* é um programa completo e não precisa de outro para se propagar. Um *worm* pode ser projetado para tomar ações maliciosas após infestar um sistema, além de se autorreplicar, pode deletar arquivos em um sistema ou enviar documentos por *email*.

⁶ *Hackers* (singular: *hacker*) são indivíduos que elaboram e modificam *software* e *hardware* de computadores, seja desenvolvendo funcionalidades novas, seja adaptando as antigas. A verdadeira expressão para invasores de computadores é denominada *Cracker* e o termo designa programadores maliciosos e ciberpiratas que agem com o intuito de violar ilegal ou imoralmente sistemas cibernéticos.

“O sujeito *fornecedor* agora é um ofertante profissional automatizado e globalizado, presente em uma cadeia sem fim de intermediários (portal, *website*, *link*, *provider*, empresas de cartão de crédito, etc.), um fornecedor sem sede e sem tempo (a oferta é permanente, no espaço privado e no público), um fornecedor que fala todas as línguas ou usa a *língua franca*, o inglês, e utiliza-se da linguagem virtual (imagens, sons, textos em janelas, textos interativos, ícones, etc.) para marketing, negociação e contratação. O sujeito *consumidor* é agora um destinatário final contratante (art. 2º do CDC), um sujeito ‘mudo’ na frente de um *écran*, em qualquer tempo, em qualquer língua, com qualquer idade, identificado por uma senha (PIN), uma assinatura eletrônica (chaves-públicas e privadas), por um número de cartão de crédito ou por impressões biométricas, é uma coletividade de pessoas, que intervém na relação de consumo (por exemplo, recebendo o *compact disc* (CD) de presente, comprado por meio eletrônico, ou o grupo de crianças que está vendo o filme baixado por Internet, *ex vi* parágrafo único do art. 2º do CDC) ou a coletividade afetada por um *spam* ou *marketing agressivo* (art. 29 do CDC) ou todas as vítimas de um fato do serviço do provedor de conteúdo, que enviou um vírus ‘destruidor’ por sua comunicação semanal, ou todas as pessoas cujos números da conta corrente ou do cartão de crédito e senha foram descobertos pelo *hacker* ou *cracker* que atacou o computador principal do serviço financeiro, ou do fornecedor de livros eletrônicos (*e-books*) – art. 17 do CDC” (MARQUES, 2004, p. 61-63, grifo do autor).

Ademais, o elemento objetivo da relação de consumo, composto pelos produtos e serviços postos à disposição do consumidor

no mercado consumidor, é definido no artigo 3º, parágrafos 1º e 2º, do CDC, *in verbis*:

“§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (BRASIL, 1990).

Pode-se concluir, assim, que há uma ampla abrangência da lei no que se refere ao que sejam produtos e serviços no âmbito das relações de consumo, principalmente, no âmbito das relações virtuais de consumo.

2.4. Princípios do direito do consumidor

Toda a legislação consumerista, e em especial o CDC, erigiu amplo rol de institutos do Direito e seus princípios e garantias para a proteção do consumidor e da relação de consumo harmonizada. Todavia, no contexto da relação de consumo estabelecida via Internet, ater-se-á especificamente no estudo daqueles dispositivos, princípios e direitos do consumidor que lhe são correlatos.

2.4.1 Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva apresenta-se na contemporaneidade como um dos mais importantes princípios do Direito privado. Possui grande relevância no Direito contratual, dada sua inserção por meio da positividade expressa tanto no Código de Defesa do Consumidor (artigo 4º, III, e 51, IV, CDC) quanto no Código Civil de 2002 (artigos 113, 187 e 422).

O princípio da boa-fé objetiva constitui-se em 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).

Segundo Leonardo de Medeiros Garcia (2008, p. 41), traduz-se em:

“[...] um conjunto de padrões éticos de comportamento, aferíveis objetivamente, que devem ser seguidos pelas partes contratantes em todas as fases da existência da relação contratual, desde a sua criação, durante o período de cumprimento e, até mesmo, após a sua extinção”.

Bruno Pandori Giancoli e Marco Antônio Araújo Júnior (2009) explicam que a objetividade da boa-fé é a forma de se indicar o comportamento adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração, exigíveis nas relações de consumo, desvinculando-se, assim, das intenções íntimas do sujeito, ou seja, do caráter subjetivo da conduta.

Destarte, fundamenta-se na necessidade de as partes atuarem reciprocamente com cooperação, lealdade, honestidade e confiança (FIUZA, 2006, p. 410-411; HIRONAKA, 2003, p. 112-113), no intuito de concretizar a diretriz da eticidade preconizada no Código Civil.

O princípio da boa-fé objetiva possui caráter tridimensional, que se exterioriza por meio de três funções elencadas no Código Civil de 2002, quais sejam: a *interpretativa* (artigo 113), a qual a boa-fé atua como referencial hermenêutico das relações jurídicas contratuais, a *de controle* (artigo 187), na qual visa a limitar o exercício abusivo do direito subjetivo e a *integrativa* (artigo 422), na qual a boa-fé objetiva destaca-se como fonte criadora de novos deveres especiais de conduta a serem observados pelas partes durante todo o vínculo obrigacional, e, que passam obrigatoriamente a integrar qualquer relação obrigacional, como obrigação secundária, visando a garantir seu adimplemento (NORONHA, 1994, p. 157; BIERWAGEN, 2003, p. 56; MARTINS-COSTA, 2002, p. 634; LÔBO, 2005, p. 76).

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, no intuito de instrumentalizar o correto cumprimento da obrigação principal e a satisfação dos interesses envolvidos no contrato (NEGREIROS, 2002, p. 153-154). Assim, para além do dever da prestação (obrigação principal) surgem também outros deveres de conduta durante a relação jurídica (obrigação secundária) (MARTINS, 2000, p. 104-105; MARTINS-COSTA, 2002, p. 634; LÔBO, 2005, p. 76), os quais devem ser observados pelos contratantes, sob pena de ofensa à boa-fé objetiva.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva integra o negócio jurídico por meio dos chamados deveres anexos (de proteção, cooperação, informação, etc.), os quais visam a consagrar sua finalidade precípua, o adimplemento do contrato, devendo ser observados na fase pré-contratual, de execução e pós-contratual (MELLO, 2001, p. 316; NORONHA, 2007, p. 80).

Entre os deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, o dever de informação (ou de informar) destaca-se como o mais importante, pois, a informação é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos que poderiam não perceber por sua própria diligência ordinária (ROSENVALD, 2005, p. 109).

Devido à importância concretizada pelos deveres anexos de conduta nas relações jurídicas obrigacionais, firmou-se entendimento de que, quando se descumprem os deveres anexos de conduta, tem-se a chamada *violação positiva do contrato ou adimplemento ruim* (GARCIA, 2008), pois, a obrigação principal é cumprida, porém, ocorre o descumprimento dos deveres anexos (obrigação secundária).

Desse modo, a boa-fé objetiva destaca-se como elemento transformador de todo o Direito obrigacional, irradiando-se para os demais ramos do Direito, e em especial, para o contratual (MARTINS-COSTA, 2002, p. 611). Trata-se de princípio a ser concretizado pelo intérprete de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

2.4.2. Princípio da informação

O princípio da informação impõe às partes o dever jurídico de reciprocamente apresentarem todas as circunstâncias relevantes sobre o contrato, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, para que os contratantes possam, livremente, exercer sua autonomia privada em consonância com os preceitos estabelecidos pela boa-fé objetiva.

“Hoje o contrato é informação, daí a importância de sua interpretação sempre a favor do contratante mais fraco e das expectativas legítimas nele criadas por aquele tipo de contrato. Neste momento, o elaborador do contrato e aquele que o utiliza no mercado de consumo [...] devem ter em conta o seu dever próprio de informar, que inclui o dever de redação clara e com destaque, além do dever de considerar a condição leiga do outro, evitando dubiedades na redação contratual” (MARQUES, 2006, p. 229).

No âmbito das relações de consumo, o *direito à informação*, esculpido no artigo 6º, III, do CDC, em consonância com o princípio da informação, expresso no artigo 4º, IV, do CDC, estabelece a obrigatoriedade da informação entre os direitos básicos do consumidor, a qual constitui *dever fundamental do fornecedor em prestar informações claras e adequadas ao consumidor, relacionadas aos produtos/serviços fornecidos* (FABIAN, 2002, p. 157).

“[...] a informação, nesse âmbito da ciência jurídica, tem dupla face: o *dever de informar* e o *direito de ser informado*, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado; e o segundo, com o consumidor vulnerável” (TARTUCE, 2007, p. 141).

Claudia Lima Marques sustenta que “o dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico [...] para a harmonia e transparência das relações de consumo”

(MARQUES, 2006, p. 646). Esse direito é essencial tratando-se da relação de consumo na Internet, uma vez que o produto ou serviço somente é visualizado pelo consumidor por meio de imagens (fotos, desenhos, esboços, croqui, planta) e ou descrições textuais dispostos nas lojas virtuais, que, em muitas vezes, não retratam a realidade física, técnica e informacional do bem.

O princípio da informação apresenta-se como fundamental ao sistema consumerista (BRAGA NETTO, 2011, p. 50) e, em conjunto com o princípio da transparência, impõe ao fornecedor o dever de veicular informações sobre seus produtos e serviços, de forma clara, correta, precisa e ostensiva, conforme preconizam os artigos 30 e 31 do CDC⁷.

Destarte, as informações prestadas devem possuir destaque e clareza em seu conteúdo, para que os contratantes possam ter conhecimento prévio e efetivo de todas as obrigações assumidas no vínculo contratual. No ambiente virtual, a informação inserida em uma publicidade ou oferta, por uma loja virtual, vincula o fornecedor, que não pode mais modificar as características da proposta original e permite que o consumidor exija o seu cumprimento forçado, nos termos dos artigos 35 e 84 do CDC.⁸

⁷ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (BRASIL, 1990).

⁸ “Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade. Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (BRASIL, 1990).

O CDC preocupou-se com a oferta nas vendas à distância, o que inclui, por uma interpretação extensiva, as vendas realizadas no comércio eletrônico, dispondo assim, em seu artigo 33, que, “em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial” (BRASIL, 1990).

Pela força do princípio da informação, corroborando o binômio *dever de informar*, imposto ao fornecedor, e *direito de informação* do consumidor, destaca-se o Projeto de Lei nº 7.459, de 8 de junho de 2010, do Deputado Celso Russomanno [PP-SP], que obriga as pessoas jurídicas que comercializem produtos ou serviços pela Internet a informar seu número no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, e o endereço e o telefone de suas instalações físicas (BRASIL, 2010c). Pela proposta, os vendedores também deverão disponibilizar o número da inscrição estadual ou municipal. O texto prevê que os infratores serão penalizados de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. Encontra-se essa proposta atualmente sob apreciação, na Câmara dos Deputados, da CCTCI – Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática.

Ainda que não esteja expressamente previsto em lei, o fornecedor virtual deve informar o seu CNPJ (Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica) ao consumidor, ressaltando-se que o item 3.1.1, alínea ‘i’, das Diretrizes para as Relações de Consumo estabelecidas no comércio eletrônico (Ministério da Justiça – Secretaria de Direito Econômico) determina que os fornecedores devem identificar-se em sua página inicial da Internet, de modo a assegurar o acesso do consumidor às informações relativas ao endereço postal e eletrônico do mesmo, à denominação e à forma comercial, bem como, ao seu CNPJ.

2.4.3. Princípio da transparência

O princípio da transparência (artigo 4º, *caput*, CDC) apresenta-se como princípio

básico norteador dos contratos de consumo. Preconiza a forma como a informação deve ser prestada ao consumidor no ato da contratação (qualificação da informação), a qual deve ser clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas no ato da contratação e garantir o equilíbrio contratual entre as partes contratantes.

A transparência impõe a qualificação da 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).

Para Claudia Lima Marques (2006, p. 57), o princípio da transparência atua como um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais. Assim, entende-se que o dever de agir com transparência significa *qualificar a informação* fornecida de forma ampla ao consumidor, prezando-se pela clareza, lealdade, sinceridade e respeito.

Sendo assim, o fornecedor tem o dever de informar ao consumidor não somente as características do produto ou serviço, mas também todo o conteúdo contratual, sendo que a transparência necessariamente deve ser observada a partir das manifestações pré-contratuais, em especial, a publicidade.

Neste sentido, Felipe Peixoto Braga Netto (2011, p. 49) sustenta que a “conduta transparente é conduta não ardilosa, conduta que não se esconde atrás do aparente, propósitos pouco louváveis”. Essas condutas impróprias à boa-fé objetiva que, manifestas pelo fornecedor na publicidade veiculada, caracterizam a publicidade enganosa ou abusiva, descritas nos artigos 36 e 37 do CDC⁹.

⁹ “Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É *enganosa* qualquer modalidade

O artigo 36 reconhece o princípio da transparência da fundamentação da publicidade, enquanto o artigo 37 é a forma coercitiva e expressa da lei de se garantir o direito do consumidor de proteção ao engano e ao abuso, nos moldes do inciso IV do artigo 6º do CDC.

Segundo Ada Pellegrini Grinover e outros “a publicidade enganosa provoca [...] uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse melhor informado, possivelmente não o faria.” (GRINOVER et al, 2007, p. 337). Lado outro, a publicidade abusiva “carreia a idéia de exploração ou opressão do consumidor, [...] mas não se limita a tal, [...] tutelando valores outros que sejam caros à sociedade de consumo, como o meio ambiente” (GRINOVER et al, 2007, p. 350).

Assim, a conjugação dos princípios da transparência e da informação, em consonância com os preceitos norteadores da boa-fé objetiva apresentam-se como instrumentos imprescindíveis a garantir a proteção do consumidor diante de condutas do fornecedor que venham a infringir as normas basilares do direito consumerista, tendo-se em consideração a vulnerabilidade do consumidor, principalmente, na relação jurídica de consumo virtual.

2.4.5. Princípio da confiança

O princípio da confiança é considerado por Claudia Lima Marques um novo paradigma no contrato de consumo eletrônico. Segundo a autora “confiar é acreditar (*cre-*

de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É *abusiva*, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (BRASIL, 1990, grifo nosso).

dere), é manter, com fé (*fides*) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades negociais” (MARQUES, 2004, p. 32, grifo do autor).

A autora afirma que a era digital desencadeou a “segunda crise do contrato”, em razão da despersonalização extrema oriunda dos contratos em massa de adesão e dos contratos firmados no meio eletrônico, onde se verifica uma “desumanização do contrato” (MARQUES, 2004, p. 65).

“A confiança é colocada no núcleo das relações de comércio eletrônico, impondo deveres anexos específicos, porque, ao contrário do que ocorre no mundo real, onde é possível se utilizar da teoria da aparência, aqui, a própria aparência se desmaterializou restando, apenas, a transparência, dado ou informação de um texto contratual complexo, rápido e especializado. Com a reumanização do contrato eletrônico, a dogmática da aparência retorna” (MATTOS, 2009, p. 36).

Destarte, “aquele que utiliza o meio eletrônico e cria a aparência de que este pertence a sua esfera de interesses arca com os riscos e os ônus de demonstrar o contrário” (LORENZETTI, 2004, p. 293).

Não há dúvidas de que uma das questões mais relevantes no comércio eletrônico é a da confiança do consumidor nesse novo mercado tecnológico. Por um lado, o consumidor vislumbra uma enormidade de ofertas de produtos e serviços, obtendo diversas vantagens por adquirir em uma loja virtual um produto por um preço bem mais econômico do que o mesmo produto no estabelecimento físico do fornecedor; por outro lado, sente-se inseguro em arriscar fornecer seus dados nesse ambiente, o número do cartão de crédito, por exemplo, ou de não receber o produto após o pagamento efetuado.

Desta análise, considerando-se o princípio da confiança imanente a todo o Direito, o fornecedor, para a manutenção de

sua credibilidade no meio eletrônico, deve buscar conquistar a confiança do consumidor, mediante observância às regras de boa conduta, colaboração, equilíbrio contratual, respeito às leis consumeristas e ao consumidor enquanto pessoa de direito e agente econômico. Nessa esteira, ao Direito cabe prover ampla informação e educação à sociedade de consumo, sempre inovando suas normas e evoluindo como Ciência que acompanha o avanço social e tecnológico.

3. As lojas virtuais

Na Internet encontram-se diversas lojas virtuais que oferecem os mais variados tipos de produtos e serviços, o que muito facilita a procura desses pelo consumidor.

Efrain Turban e David King (2004, p. 37) conceituam o estabelecimento virtual, *in verbis*:

“Uma loja virtual é o site de uma única empresa por meio do qual são vendidos produtos ou serviços. Ela pode pertencer ao fabricante (por exemplo, *geappliances.com*), a um varejista (por exemplo, *walmart.com*), a pessoas físicas que vendem a partir de suas casas, etc.”

Essas lojas virtuais podem ser uma ramificação na Internet de uma rede de estabelecimentos comerciais, já consolidada no mercado tradicional, pertencendo a um fabricante de produtos (Sony, Fiat, e outros), a um prestador de serviços (PUC Virtual, TAM, etc.), ou um varejista comerciante (Renner, Casas Bahia, e outros), e até mesmo a uma pessoa física – empresário individual –, que vende produtos artesanais ou mesmo revende por meio de divulgação publicitária na Internet. Todos, sem exceção, são considerados como fornecedores, à luz do artigo 3º do CDC. Assim, o meio virtual ou eletrônico em que realizam sua atividade de caráter empresarial não modifica a qualificação dos mesmos, sendo-lhes impostas todas as regras de responsabilidade, deveres e direitos previstos pela legislação consumerista.

Analice Castor de Mattos (2009, p. 85) resalta que a loja virtual pode ser desenvolvida e mantida por um fornecedor que possui o seu próprio provedor, sendo, portanto, o único responsável pelos danos que causar ao consumidor no comércio eletrônico, como exemplo a *Americanas.com*. Em outra situação, o fornecedor desenvolve o *software* da loja virtual e todo o sistema de segurança e política de privacidade, mas terceiriza o serviço de hospedagem em um provedor. Por fim, o fornecedor pode ainda contratar com uma desenvolvedora de *software* especializada em comércio eletrônico a qual desenvolve a loja virtual, oferece toda a infraestrutura e sistemas para a negociação eletrônica, podendo hospedar a loja virtual ou contratar esse serviço com um terceiro-provedor.

Nos dois últimos casos apresentados, somente a análise do caso concreto poderá aferir a responsabilidade de cada parte por um dano causado ao consumidor. Há que se analisar o dano e o nexos causal, pois “a empresa de *softwares* responde solidariamente com o fornecedor por danos que o consumidor venha sofrer em razão de falhas no sistema de segurança eletrônica de dados” (MATTOS, 2009, p. 86).

A conscientização do mercado eletrônico de que o consumidor é peça fundamental para a sua própria existência, mais do que a estrutura e novidade tecnológica dos meios empregados para se negociar, deve atingir o fornecedor virtual nos moldes da evolução do movimento consumerista que, como visto, suplantou as bases da produção industrial e do mercado capitalista a partir da valorização do agente que fomenta o mercado de consumo e, por conseguinte, a economia: o consumidor.

4. Responsabilidade civil do fornecedor no comércio eletrônico

O consumidor que contrata por meio da Internet possui, no instituto da responsabilidade civil, a garantia de reparação de eventual dano que venha a sofrer pela

violação de um dever jurídico a que se obriga o fornecedor. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 1), dispõe que se trata da “conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”, isto é, uma ordem advinda de um sistema normativo dirigida à vontade dos indivíduos, de modo a criar obrigações para os mesmos.

Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor (1990), a responsabilidade civil do fornecedor era subjetiva, ou seja, firmava-se na verificação da existência de culpa e nexos de causalidade entre a conduta culposa e o dano, regendo-se, até então, pelo artigo 159 do Código Civil de 1916¹⁰.

O Código de Defesa do Consumidor, inspirado na moderna legislação consumerista da época, contrariamente, adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor, pelos “danos que cause no mercado de consumo, o fornecedor – cujo conceito é amplo para compreender todos que disponibilizam produtos ou serviços com habitualidade, mediante remuneração – responde, sem culpa, pelos danos sofridos pelos consumidores” (BRAGA NETTO, 2011, p. 118). É o que preceitua o artigo 12, *caput*, do CDC, *in verbis*:

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” (BRASIL, 1990, grifo nosso).

¹⁰ “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553” (BRASIL, 1916).

Todavia, há que se ressaltar a exceção relativa aos profissionais liberais que, segundo o artigo 14, §4º, do CDC¹¹, respondem apenas se apurada a *culpa*. Também salienta-se que há a necessidade de o consumidor provar o nexo entre a causa e o dano, para que a responsabilidade seja imputada ao fornecedor e, por conseguinte, a obrigação de indenizar.

Nesse sentido, o acórdão colacionado abaixo demonstra a aplicação da responsabilidade objetiva, independente de culpa, ao intermediário na prestação de serviço:

“Apelação - ação de indenização - compra e venda pela Internet - empresa mantenedora de sítio eletrônico de intermediação - fraude - responsabilidade - danos morais - mero descumprimento contratual - recurso parcialmente provido. A empresa, que mantém sítio eletrônico para intermediar venda pela internet e fornece informações no sentido de que os vendedores ali certificados são confiáveis, responde pelos danos materiais suportados pelos usuários que confiaram nas informações prestadas e foram vítimas de ações de falsários. O transtorno decorrente de descumprimento contratual, por si só, não enseja indenização por danos morais” (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 10071080385462001, 2010).

O caso acima é interessante no sentido de que a responsabilidade objetiva, por interpretação do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, foi imposta solidariamente ao terceiro na relação de consumo, à pessoa jurídica que mantinha o sítio de Internet e prestava as informações sobre os

¹¹ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (BRASIL, 1990).

fornecedores ali cadastrados para ofertar ao consumidor, condenando-a à indenização pelo dano causado ao último por aqueles.

Sobre as causas jurídicas que ensejam a obrigação de indenizar:

“As mais importantes são as seguintes: a) ato ilícito (*stricto sensu*), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; b) ilícito contratual (inadimplemento), consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; c) violação dos deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro e de fiança [...]” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 5, grifo do autor).

Entre as causas acima expostas, o ilícito contratual (inadimplemento) talvez seja a causa que mais se verifica quando da responsabilização do fornecedor na relação de consumo estabelecida na Internet, vez que são expressivas as reclamações do consumidor quanto ao descumprimento do prazo ou a não entrega dos produtos e serviços adquiridos nas lojas virtuais¹². Saliente-se, novamente, que a violação dos deveres anexos da boa-fé objetiva constitui uma espécie de inadimplemento, independente de culpa, a chamada *violação positiva do contrato* (LÔBO, 2005, p. 300-302)¹³, o que leva à responsabilidade objetiva do fornecedor que

¹² Reclamações contra empresas de comércio eletrônico estão em alta, principalmente quando o assunto é atraso na entrega. Para se ter uma ideia, o Procon Municipal de Belo Horizonte recebeu somente nos primeiros 10 meses deste ano 1.268 queixas contra lojas virtuais, sendo que no mesmo período de 2009 esse número era de 767, crescimento de 60,5% em apenas um ano (TAKAHASHI, 2010).

¹³ “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, [200-?]).

deu causa ao inadimplemento contratual por sua inobservância na relação jurídica.

5. Direito de arrependimento

O direito de arrependimento encontra-se previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, sendo aplicado quando se efetuam vendas *fora do estabelecimento empresarial*¹⁴. Segundo José Carlos Maldonado de Carvalho (2008, p. 135-136, grifo do autor):

“O Código ao referir-se às contratações “especialmente por telefone ou a domicílio”, o fez de modo exemplificativo (*numerus apertus*), razão pela qual sujeita-se também ao direito de arrependimento toda e qualquer contratação celebrada fora do estabelecimento comercial, o que inclui, *ipso facto*, as que venham a ser realizadas através de fax, videotexto, mala direta, e-mail, em domicílio, etc. “

Quanto às demais situações descritas ao final do *caput* do artigo 49, as vendas em domicílio ou *de porta em porta*, essas foram as primeiras modalidades de vendas fora do estabelecimento comercial, merecendo atenção especial na proteção dos direitos do consumidor por não dispor de informações precisas, transparentes e técnicas sobre o produto adquirido pela simples demonstração visual de um catálogo ou de um produto mostruário que o vendedor nem sempre porta consigo.

Posteriormente, surgiram as vendas por *telemarketing*, ou seja, o *marketing* realizado pela comunicação por telefone. Portanto,

¹⁴ Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados” (BRASIL, 1990).

fora do estabelecimento comercial, a contratação é realizada por uma oferta advinda de uma ligação telefônica no local onde se encontra o consumidor, não podendo visualizar/examinar adequadamente o produto ou mesmo aferir a qualidade do serviço ofertado, em razão de não ter contato efetivo com o produto/serviço. Ademais, o consumidor é abordado em momentos no qual não esperava, encontrando-se muitas vezes vulnerável e exposto a práticas abusivas de fornecedores, donde se fundamenta a necessidade de proteção do consumidor por meio do exercício do direito de arrependimento, em face da *impossibilidade de contato físico com o produto/serviço*.

Todavia, manifesta a declaração de vontade do consumidor ao contratar na Internet e sendo aceita pelo proponente, surge uma obrigação entre as partes e que impõe a imprescindível observância do princípio basilar da boa-fé objetiva nas relações jurídicas virtuais. Ainda assim, pode o consumidor desistir do negócio realizado no *prazo de reflexão* de sete dias, a contar de sua assinatura ou do recebimento do produto/serviço.

Leonardo Roscoe Bessa expõe que, especificamente, quanto à compra por telefone ou por Internet, a contagem inicia-se a partir do ato de recebimento do produto e não do dia da solicitação (contratação), pois “a interpretação deve prestigiar a finalidade da norma: proteger o comprador que, até o recebimento físico do bem, não pode examinar adequadamente o produto” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008, p. 292).

O legislador considerou um período razoável ao estipular o lapso de tempo de sete dias ao consumidor para que este reflita sobre a contratação realizada. De maneira que, arrependendo-se, efetue a devolução do produto adquirido se já o recebeu; ou desista do serviço contratado¹⁵. Segundo

¹⁵ A título ilustrativo colaciona-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que foi negado, por unanimidade, provimento ao recurso de apelação civil contra a sentença que proveu em favor

Leonardo de Medeiros Garcia (2008), a desistência do contrato pelo consumidor é um direito imotivado, sendo qualquer explicação sua um ato voluntário.

Quanto ao parágrafo único do art. 49, o mesmo autor ensina que:

“Exercido o direito de arrependimento, o consumidor deverá receber de forma imediata a quantia paga, monetariamente atualizada, voltando ao *status quo ante*. Assim, todo e qualquer custo despendido pelo consumidor deverá ser ressarcido, como o valor das parcelas pagas, além de outros custos, como os de transporte, por exemplo. Além disso, a norma autoriza que a restituição seja feita de forma imediata, ou seja, o fornecedor não poderá impor prazo ao consumidor para que restitua os valores” (GARCIA, 2008, p. 260).

Destarte, o direito de desistir do contrato independe de qualquer vício do produto ou serviço, posto que, “não se trata de defeitos que oportunizam a rescisão contratual” (BRAGA NETTO, 2011, p. 295). Nessa esteira, o artigo 51 do CDC¹⁶ enumera um rol de cláusulas abusivas consideradas nulas de pleno direito, entre elas, faz referência à devolução dos valores pagos pelo consumidor, garantida pelo parágrafo único do artigo 49. Devem, então, ser restituídos integralmente pelo fornecedor, e com atualização monetária, sendo considerada

do direito de arrependimento em compra realizada pela internet. EMENTA: Consumidor. Compra e venda fora do estabelecimento comercial. Exercício do Direito de Arrependimento. Pagamento parcelado através de cartão de crédito. Persistência das cobranças em que pese o cancelamento da compra. Responsabilidade solidária da comerciante e da administradora do cartão. Situação que culmina com a inscrição do nome da demandante em róis de inadimplentes. Danos morais configurados *in re ipsa*. Recursos desprovidos (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Recurso Cível nº71001783364, 2008).

¹⁶ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código” (BRASIL, 1990).

abusiva e, portanto, nula qualquer cláusula que impossibilite essa restituição ou que imponha qualquer ônus ao consumidor pela sua desistência.

Ada Pellegrini Grinover et al (2007, p. 563) comentam que:

“O fornecedor que opta por práticas comerciais mais incisivas, como as vendas em domicílio ou por marketing direto, isto é, fora do estabelecimento comercial, corre o risco do negócio, de modo que não tem nem do que reclamar se a relação jurídica é desfeita em virtude do arrependimento do consumidor. Essa situação de arrependimento e resolução do contrato de consumo é ínsita aos negócios estabelecidos mediante essa prática comercial.”

No entanto, apesar de o risco do negócio ser inerente à atividade empresarial, Fabrício da Mota Alves (2007) aponta situações que entende caracterizar injustiça social e desequilíbrio nas relações comerciais em relação ao fornecedor. Cita, então, o comércio eletrônico de passagens aéreas, questionando-se se a venda de passagens aéreas pela Internet deve ou não respeitar o prazo de reflexão do direito de arrependimento.

“Em primeiro lugar, considerando a *mens legis* do CDC, no tocante à necessidade de proteção do consumidor contra técnicas agressivas de *marketing* publicitário ou aquisição irrefletida ou, ainda, desconhecimento quanto ao produto a ser comercializado, não vemos como possa ser aplicado o art. 49. Isso porque o objeto do negócio jurídico – ou seja, a prestação de serviço de transporte aéreo – é atividade de conhecimento público e notório, que independe de prévia ciência do consumidor quanto à forma elementar de seu funcionamento. Resguardando-se a empresa de divulgar informações essenciais ao consumidor – em aten-

ção, inclusive, ao que dispõe o CDC – como horários dos vôos, conexões, escalas, valor da passagem, tarifas, tipo de aeronave, serviços de bordo etc., estará plenamente satisfeita a exigência legal de publicidade das informações referentes ao serviço a ser prestado. Indêpende, pois, do desconhecimento do consumidor que pretende contratar o serviço de transporte aéreo. Além disso, a respeito das técnicas de *marketing* publicitário ou de aquisição irrefletida, também sobre isso não merece prosperar o direito de arrependimento. Ora, o consumidor, ao acessar a *internet* para adquirir uma passagem aérea, tem à sua disposição uma rede de informações ainda mais completa e de fácil visualização que o consumidor que adquire a passagem pessoalmente, no próprio estabelecimento comercial da empresa” (ALVES, 2007, p. 6).

Da mesma forma, o comércio de arquivos digitais de som, imagens ou textos, pela facilidade de reprodução de mídias devido ao avanço tecnológico atual, pode conduzir a quebra da boa-fé objetiva do usuário que, ao abrir o lacre do recipiente que lhe foi enviado ou concluída a transmissão do arquivo digital para o seu computador, estará apto a simplesmente reproduzir o conteúdo e, em seguida, suscitar o seu arrependimento sobre o negócio efetivado, acarretando inegável prejuízo ao fornecedor do produto.

Fabrcio da Mota Alves (2007) explica, ainda, que sob a ótica do princípio da isonomia e do equilíbrio das relações comerciais, em consonância com o princípio da boa-fé objetiva, o fornecedor, a fim de evitar situação de aplicabilidade do direito de arrependimento, deve cercar-se de certas cautelas:

“1) No caso de músicas e textos, disponibilizar pequenos trechos, em qualidade suficiente para o conhecimento do consumidor;

2) No caso de aplicativos, criar chaves de restrição ou desenvolver aplicativos demonstrativos das principais capacidades do programa;

3) No caso de imagens, apresentar em tamanho reduzido uma pequena amostra” (ALVES, 2007, p. 2).

As orientações acima são válidas e poderão evitar que o fornecedor seja prejudicado diante do exercício do direito de arrependimento do consumidor, mas não afastam totalmente a sua incidência, sobretudo porque os critérios de aplicação da norma jurídica são, ainda, muito subjetivos, dada a falta de restrições do CDC. Em linhas gerais, demonstra-se que, no caso concreto, acaso o direito de arrependimento seja utilizado abusivamente pelo consumidor, haverá inegável prejuízo à parte fornecedora da relação de consumo, o que não se compatibiliza com nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, insta ressaltar que o consumidor, em razão da desistência, tem a obrigação de devolver ao fornecedor o produto que adquiriu. E sendo um serviço, por exemplo, de acesso à Internet, solicitar o seu cancelamento dentro do prazo de reflexão.

Do exposto, verifica-se a extrema necessidade de evolução legislativa dessa norma, de forma a garantir o equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores, e atendimento aos novos meios de se contratar, especialmente, no comércio eletrônico.

5.1. Proposições legislativas sobre o direito de arrependimento

Em última análise, o prazo de reflexão para alguns é considerado insuficiente, tendo em vista que, em muitos casos, a complexidade técnica do produto ou serviço exige uma avaliação mais apurada pelo consumidor ao contratar *fora do estabelecimento comercial*, em especial, ao se tratar de contratação via Internet, no comércio eletrônico praticado por fornecedores através de suas lojas virtuais. As expectativas do consumidor podem ser frustradas ao

refletir sobre o negócio celebrado, quando do recebimento do produto ou da prestação do serviço, ou antes, ao ponderar se aquela era a sua vontade de fato.

Sobre o direito de arrependimento do consumidor, consubstanciado no artigo 49 do CDC, o legislador brasileiro tem apresentado propostas para atender à atualização dos negócios efetivados no ambiente da Internet, como se seguem:

- PL nº 371, de 1999: apresentado pelo Deputado Enio Bacci [PDT/RS], fixava, pela proposta inicial, o prazo de arrependimento em dez dias. Em 11 de novembro 2008 foi aprovado pela CCJ [Comissão de Constituição e Justiça] com redação final alterando o artigo 49 do CDC para fixar o prazo de arrependimento em 15 dias. Em 3 de dezembro de 2008 foi remetido ao Senado Federal (BRASIL, 1999).

- PL nº 975, de 2003: apresentado pelo Deputado Antônio Carlos Pannunzio [PSDB/SP]. A proposta acrescenta o artigo 48-A à Lei nº 8.078/1990, ampliando o direito de arrependimento a todos os tipos de contrato, determinando que a devolução do valor pago ocorra de forma imediata, com correção monetária, “ressalvados os custos do fornecedor referentes a transporte e faturamento”. A proposta foi apensada ao PL 371/99, sendo arquivada em 18 de fevereiro de 2009 (BRASIL, 2003a).

- PL nº 1.451, de 2003: apresentado pelo Deputado Severino Cavalcanti [PP/PE]. A matéria, no tocante ao artigo 49 do CDC, prevê expressamente o direito de arrependimento nas compras realizadas pela via do comércio eletrônico. Foi distribuída às Comissões de Defesa do Consumidor e de Constituição e Justiça e de Cidadania. Na primeira, em 22 de setembro de 2005, recebeu parecer favorável do relator, Deputado Celso Russomano [PP/SP], com substitutivo que amplia o prazo de reflexão para 15 dias, mantendo a proposta original do autor quanto ao comércio eletrônico. Em 6 de março de 2008 a proposta foi arquivada pela Coordenação de Comissões Permanentes (BRASIL, 2003b).

- PLS nº 396, de 2005: no Senado Federal, foi apresentado pelo Senador Rodolpho Tourinho [PFL/BA], propondo a alteração da Lei nº 8.078/1990, para disciplinar as relações de consumo realizadas por meio eletrônico. No tocante ao artigo 49, a proposta apenas aumenta o rol exemplificativo de transações realizáveis fora do estabelecimento comercial, para abranger aquelas concluídas “pela rede mundial de computadores ou outro meio eletrônico”. O projeto encontra-se em tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa legislativa, desde 14 de novembro de 2008 (BRASIL, 2005).

- PL nº 5.995, de 2009: apresentado pelo Deputado Antônio Bulhões [PMDB-SP], que propõe a alteração da Lei nº 8.078/1990, para estender o direito de arrependimento ao consumidor que adquire produtos ou serviços, ou contrata o fornecimento deles, dentro do estabelecimento empresarial. Esta proposição retornou em 12 de maio de 2010 à apreciação da Comissão de Defesa do Consumidor, tendo em vista ter sido apresentado pelo Deputado Elismar Prado em 16 de março de 2010 um substitutivo a este Projeto, mantendo a redação atual do artigo 49 do CDC, com o prazo de 7 (sete) dias para o exercício do direito de arrependimento quando a contratação ocorrer fora do estabelecimento empresarial, e alterando a parte final da redação para “especialmente por telefone, a domicílio ou por comércio eletrônico” (BRASIL, 2009).

- PL nº 7.194, de 2010: apresentado pelo Deputado César Silvestri [PPS-PR], altera a parte final do caput do artigo 49 do CDC para “especialmente por telefone, a domicílio ou pela internet”. Acrescenta o §4º a esse dispositivo para determinar que o direito de arrependimento só se concretize caso o consumidor devolva o produto nas mesmas condições em que o recebeu. Este projeto foi apensado ao PL de nº 5.995/2009, em 5 de maio de 2010 (BRASIL, 2010).

O que se percebe, portanto, é que as propostas do legislador brasileiro, apesar

de serem diversas, não chegam a um senso comum, de maneira a atender os anseios do consumidor por uma normatização segura e que contemple todos os aspectos tecnológicos e jurídicos da relação de consumo estabelecida no meio eletrônico.

6. Conclusão

A Internet produziu uma revolução para o comércio, fomentando a economia ao movimentar bilhões de reais no *e-commerce*. Também o acesso à rede mundial deixou de ser um requinte das classes sociais mais elevadas, popularizando-se o seu uso de forma a prover as necessidades humanas de consumo em um mundo imediatista e globalizado.

Em contrapartida aos benefícios apresentados na relação de consumo virtual, surgem também novas formas de agressão ao direito do consumidor, exigindo-se que haja um acompanhamento permanente e modulação da regulamentação legal de forma a coibir os excessos da publicidade e do *marketing* agressivo, e, também, a omissão ou imprecisão de informações na oferta veiculada via Internet pelos fornecedores virtuais.

Enquanto no Legislativo os projetos de lei a respeito são diversos e ainda não concluídos, no Judiciário a resolução de conflitos oriundos da contratação eletrônica é feita com fundamento na interpretação doutrinária e jurisprudencial dos atuais diplomas legais, o Código de Defesa do Consumidor, e, subsidiariamente, o Código Civil, não se olvidando das demais leis que compõem o sistema de proteção ao consumidor no Brasil. Todavia, as incertezas na aplicação das referidas leis, que não alcançam tecnicamente todas as novas situações fáticas desse meio (virtual), causam desconforto e insegurança maior para os sujeitos da relação jurídica de consumo em litígio.

Para tanto, não é a lei somente que deve se modernizar, mas o legislador, para que compreenda o ambiente eletrônico

e, cognitivamente, possa se definir entre os diversos projetos de lei apresentados, pertinentes à matéria contextualizada no direito de arrependimento, ou, então, produzir norma especial que atinja toda a seara do Direito Eletrônico. Quanto à segurança e à confiança no comércio eletrônico, têm sido elas demonstradas nos altos índices de contratações realizadas, cada vez mais firmadas pela utilização de ferramentas tecnológicas, como a assinatura digital e certificação digital.

Essas contratações pela Internet, já se consolidam como indispensáveis ao cotidiano das pessoas, uma vez que, por meio das lojas virtuais abertas 365 dias no ano, o consumidor pode efetuar compras durante 7 dias por semana, 24 horas por dia e em qualquer lugar do mundo.

Todavia, o fornecedor virtual não pode fazer do comércio eletrônico um meio de manipulação, pelo *marketing* direto e agressivo de produtos e serviços, da vontade do consumidor, tendo em vista a vulnerabilidade informacional, técnica, jurídica, econômica e fática deste último. Nesse contexto, não é por um *clik* do *mouse* de forma impensada e correspondendo à assinatura de um contrato indesejado, que o consumidor se encontrará obrigado contratualmente.

Também não estará o consumidor obrigado a manter-se vinculado a um contrato, mesmo que tenha sido celebrado por sua declaração de vontade expressa, caso a contratação se dê fora do estabelecimento comercial, *in casu*, nas lojas virtuais, pois tem o direito de refletir durante o prazo de sete dias após o recebimento do produto ou serviço e, independente de justificativas e sem incidir em perdas e danos, poderá exercer o seu direito de arrependimento. Deve, então, devolver o produto ou cancelar o serviço e, por conseguinte, ser-lhe-ão devolvidos pelo fornecedor todos os valores desembolsados, monetariamente atualizados, inclusive, as despesas com frete e postagem eventualmente pagas.

Na atual estrutura principiológica do Direito do Consumidor pode-se verificar que princípios como a boa-fé objetiva, a vulnerabilidade do consumidor, a informação, a transparência e a confiança são plenamente aplicáveis como norteadores da conduta das partes na relação de consumo virtual. Desses deveres jurídicos, sobressaem os deveres anexos da boa-fé objetiva que, caso violados, geram o inadimplemento do contrato – violação positiva do contrato –, e, por conseguinte, a responsabilidade objetiva daquele que lhe deu causa.

Referências

- ALVES, Fabrício da Mota. O direito de arrependimento do consumidor: exceções à regra e necessidade de evolução legislativa no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1353, 16 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9605>>. Acesso em: 25 out. 2010.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010a.
- _____. Código Civil (1916). *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Diário Oficial da União, Brasília, 5 jan. 1916. Seção 1, p. 133. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 12 nov. 2010.
- _____. Código Civil (2002). *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 out. 2010.
- _____. Código de Proteção e Defesa do Consumidor (1990). *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 12 set. 1990. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 11 out. 2010.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 371 de 1999*. Fixa prazo de 10 (dez) dias para consumidor desistir das compras por telefone ou correspondência e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, p. 14991, 13 mar. 1999. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13ABR1999.pdf#page=79>>. Acesso em: 27 out. 2010.
- _____. _____. *Projeto de Lei nº 975 de 2003*. Acrescenta o art. 48-A à Lei nº 8.078, de 1990. Brasília, 13 maio 2003a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=115157>. Acesso em: 27 de out. 2010.
- _____. _____. *Projeto de Lei nº 1.451/2003*. Dá nova redação aos artigos 18, 27 e 49 do Código de Defesa do Consumidor, ao inciso II do § 1º e ao inciso IX do § 3º, todos do art. 206 do Código Civil e acrescenta um artigo 446-A à Lei nº 10.406, de 2002. Brasília, 9 jul. 2003b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=124047>. Acesso em: 27 de out. 2010.
- _____. _____. *Projeto de Lei nº 5.995/2009*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, para estender o direito de arrependimento ao consumidor que adquiere produtos ou serviços, ou contrata o fornecimento deles, dentro do estabelecimento comercial. Brasília, 9 set. 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=448812>. Acesso em: 28 de out. 2010.
- _____. _____. *Projeto de Lei nº 7.194/2010*. Altera o art. 49 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 28 abr. 2010b. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=474817>. Acesso em: 27 de out. 2010.
- _____. _____. *Projeto de Lei nº 7.459/2010*. Obriga as pessoas jurídicas que comercializem produtos ou serviços pela Internet a informar seu número no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, e o endereço e o telefone de suas instalações físicas. Brasília, 8 jun. 2010c. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=480255>. Acesso em: 27 de out. 2010.
- _____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado, nº 396 de 2005*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para disciplinar as relações de consumo realizadas por meio eletrônico. Brasília, 30 nov. 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=76025>. Acesso em: 1 nov. 2010.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). *Enunciados aprovados: I Jornada de Direito Civil*. [S.l.]: CJF, [200-?]. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: introdução doutrina geral negócio jurídico*. 3. ed. aum. e rev. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. tomo 1.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2008.

GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JÚNIOR, Marco Antônio. *Direito do consumidor: difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 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. p. 93-114.

LIMA, Eduardo Weiss Martins. *Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. 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.

_____. Mercado e solidariedade social entre cosmos táxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____ (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661.

MATTOS, Analice Castor de. *Aspectos relevantes dos contratos de consumo eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2009.

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, 2001. p. 307-324.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III: princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 403-450.

TAKAHASHI, Paula. Antecipar comprar em sites evita problemas. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 15 nov. 2010. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2010/11/15/internas_economia,192467/antecipar-compra-em-sites-evita-problemas.shtml>. Acesso em: 16 nov. 2010.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2007.

TURBAN, Efraim; KING, David. *Comércio eletrônico: estratégia e gestão*. Tradução de Arlete Simille Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

Os princípios numa perspectiva hermenêutica

Novos diálogos com Nelson Saldanha

Francysco Pablo Feitosa Gonçalves

Sumário

1. Introdução. 2. Brevíssimo panorama da temática dos princípios no direito. 2.1. A teoria clássica dos princípios. 2.2. A teoria neoconstitucionalista dos princípios. 3. Os princípios na perspectiva hermenêutica de Nelson Saldanha. 4. Considerações finais.

Na verdade o que ocorre é que no pensamento jurídico, como no econômico, no filosófico e em todos os campos, sempre pesam os modismos, e com eles as inclinações ideológicas.

Nelson Saldanha

1. Introdução

Este ensaio, tendo por objetivo tecer algumas considerações sobre a ideia de princípio na perspectiva hermenêutica de Nelson Saldanha, ao mesmo tempo em que se trata de um desenvolvimento de reflexões anteriores, constitui um trabalho novo e pretende ser um mote para outras reflexões futuras. A retomada do tema se deve tanto à relevância da noção de *princípio* para o Direito, como pela oportunidade de estudar a obra de Nelson Saldanha.

Para a pesquisa e realização do ensaio procuramos imprimir um método que fosse algo hermenêutico, sem desconsiderar o *ponto de vista histórico*. Nessa perspectiva, os textos e autores foram interpretados numa perspectiva muito mais aproximada da *exegese* empregada na Literatura do que da pretensa *rigidez* que volta e meia reaparece

Francysco Pablo Feitosa Gonçalves é Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Professor da Faculdade Estácio do Recife (Estácio-FIR) e da Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE.

em alguns setores da Dogmática Jurídica¹. Eis, portanto, algo de *mea culpa*: eventuais incoerências que eventualmente estejam nas linhas que se seguem se devem à nossa leitura – e à necessidade de sintetizar concepções extensas – e não aos autores consultados.

Para a consecução do objetivo traçado fizemos um brevíssimo recorte panorâmico da atual compreensão e aplicação dos princípios jurídicos, para em seguida apresentar sucintamente a concepção de princípio na filosofia do direito presente em Saldanha. Como é evidente, o presente ensaio não pretende exaurir a questão dos princípios ou analisar plenamente – nem em profundidade nem em extensão – a rica obra de Nelson Saldanha. Pretende, muito mais, estimular o debate e a reflexão sobre a questão dos princípios e sobre a obra desse importante jusfilósofo pernambucano.²

2. Brevíssimo panorama da temática dos princípios no direito

A temática dos princípios tanto é das mais importantes como das mais recorrentes no Direito, dificilmente vemos uma pesquisa, doutrina ou mesmo um processo em

¹ Sobre isso, é interessante que embora os léxicos apresentem *hermenêutica* e *exegese* como sinônimos, alguns estudiosos da Literatura associam à hermenêutica as interpretações mais fechadas, mais *herméticas*, por assim dizer, e associam à exegese as interpretações mais livres – se está na obra autoriza a interpretação – ao passo que muitos estudiosos do direito pensam de forma inversa, associam à hermenêutica, as interpretações mais livres, e associam à exegese técnicas de interpretação mais restritas, talvez uma *herança da escola da exegese*, onde o juiz devia ser apenas *la bouche de la loi*.

² Ainda sobre a forma como interpretamos os textos para este trabalho, se fôssemos pensar em analogia com os quatro cânones clássicos; dois referidos ao objeto interpretado – a) *totalidade ou coerência do sentido* e b) *autonomia hermenêutica do objeto* – e dois referentes ao sujeito que interpreta – c) *adequação* e d) *atualidade* –; poderíamos dizer que sobrevalorizamos o cânone da atualidade da compreensão, talvez exagerando na reconstrução do objeto interpretado. Na *Teoria da Literatura*, por outro lado, essa perspectiva é interessante desloca para o objeto: *se está o texto autoriza a interpretação*. Eis, pois, a *mea culpa*.

que os princípios não sejam mencionados. Conceituar exatamente o que é princípio, por outro lado, é tarefa difícil, muitas são as definições existentes e mais numerosos ainda o que se pretende denominar de princípio nos vários *ramos* e *sub-ramos* do Direito.³

Nessa perspectiva, esse esforço inicial não visa outra coisa senão apresentar, em linhas muito gerais e de forma não exaustiva, algumas concepções mais recorrentes do que é princípio, as quais foram classificadas em duas correntes gerais, que denominamos de clássica e neoconstitucionalista.

³ Vale trazer aqui uma passagem de Vicente Ráo (2005), pela menção aos princípios e, sobretudo, pela crítica à ramificação no Direito: “Considerando-se o Direito tal qual se deve considerar, isto é, como ciência, seu estudo e sua aplicação não podem dispensar o conhecimento, nem a constante invocação dos princípios gerais. Mesmo o Direito objetivo, concretizado em preceitos obrigatórios, é uma ciência, ou melhor, é a própria ciência do Direito aplicada. São conceitos corriqueiros, estes; mas, preciso é recordá-los nesta fase histórica da vida do Direito, quando múltiplos e graves fatores operam no sentido de sustar o curso normal de seu desenvolvimento e procuram destruir, de ponta a ponta, toda a ordem jurídica que caracteriza a civilização contemporânea. Diria melhor se dissesse que necessário se faz restaurar o significado, o alcance e força dos princípios gerais, ora ameaçados, senão de destruição, quando menos de esquecimento. Assinalarei, de início, na ordem desses fatores, uma circunstância que assume alta significação: as disciplinas jurídicas, cedendo à pressão das vicissitudes contemporâneas da vida social, dividem-se e subdividem-se em um número sempre crescente de ramos e sub-ramos, os quais, por sua vez, padecendo de gigantismo, tendem a se construir em disciplinas autônomas e distintas. E assim assistimos a uma marcha acelerada, muitas vezes sem compasso nem ritmo, em busca de especializações e subespecializações, que poderiam ser úteis se ordenadas e ligadas aos princípios gerais, sem quebra da unidade substancial e conceitual do Direito. No entanto, guiada, apenas, por um objetivismo inexpressivo e intransigente, revestindo, intencionalmente, ostensivamente e exclusivamente, um caráter técnico, essa tendência despreza, a par dos postulados ideológicos do Direito, até mesmo os elementos intelectuais, morais e espirituais, que integram a personalidade humana. No tumulto dessas especializações e desses tecnicismos, o homem, que se dizia ser uma criatura dotada de corpo e alma, não passa de uma unidade matemática, simples material de construção das novas estruturas, freqüentemente sustentadas pelas colunas de algarismos que certas estatísticas mais ou menos científicas fabricam” (RÁO, 2005, p. 43-44).

2.1. A teoria clássica dos princípios

Por *teoria clássica*, fazemos referência às concepções tradicionais de princípio, geralmente em referência às normas e valores que são tomados como verdades fundantes, e como tais, dotadas de elevado grau de *fundamentalidade e/ou generalidade*.

Nelson Saldanha (2005, p. 224, grifo do autor) noticia que a temática referente aos princípios é antiga; “Em grego o correspondente de princípio seria *archè*, e alguns dos primeiros pensadores – Anaximandro, talvez o primeiro – meditaram sobre o assunto”. O emprego do vocábulo princípio no meio científico, por sua vez, parece ter sua origem na matemática de Pascal, tendo daí se expandido para os demais ramos do conhecimento, o que talvez justifique seu emprego no Direito, ainda hoje, no sentido de verdade primeira, ponto de partida a partir do qual um sistema se desenvolve.

Paulo Bonavides (2003) fala em alguns autores como sendo os precursores em relação aos princípios jurídicos – menciona, por exemplo, Vezzio Crisafulli e Jean Boulanger – e remete ao levantamento feito por Ricardo Guastini (2009) sobre o que os juristas tradicionalmente compreendem por princípio, a saber, normas que possuíssem uma das seguintes características: (a) fossem dotadas de elevado grau de *generalidade e/ou* (b) *indeterminação*, (c) normas de *caráter programático*, (d) normas de *hierarquia elevada*, (e) normas tidas como *importantes e fundamentais*, e (f) normas dirigidas aos órgãos de aplicação (BONAVIDES, 2003, p. 257-258).

Sobre os critérios, podemos fazer algumas críticas: *generalidade e indeterminação*, por exemplo, conduzem à imprecisão e a uma construção principiológica questionável. A título de exemplo, pensemos que um dispositivo de uma lei municipal pode ser elaborado de forma geral, ou mesmo um ato infralegal, como uma instrução normativa, pode ser elaborado com *indeterminação*, e isso não necessariamente

lhes conferirá uma grande importância na ordem jurídica.

Uma disposição constitucional, por outro lado, pode ser elaborada com grande especialidade. Uma crítica similar pode ser feita em relação à *programaticidade*, que se torna um critério problemático principalmente se a pensarmos em relação à ideia de *fim* ou *objetivo*, tanto na medida em que se pretenda definir os fins a alcançar (e.g. igualdade e em que consistiria tal igualdade) como de fins em termos de relação entre meios e fins (e.g. podem haver regras que contêm finalidades, como por exemplo uma regra presente numa lei municipal que estabelece como *fins* determinadas obras) (NEVES, 2006).

No que concerne à associação entre princípio e normas de *hierarquia elevada*, se pensarmos apenas em relação ao que se extrai do Direito positivado, simplesmente podemos chegar à conclusão de que todos os dispositivos constitucionais são princípios. Quando pensamos em termos de hierarquia, tão somente, temos um critério de utilidade questionável. O paradigma largamente aceito da pirâmide normativa, com a Constituição em seu topo, dispensa a necessidade de todas as normas hierarquicamente superiores serem denominadas princípios.

Igualmente questionável definir como princípio a norma dirigida aos órgãos de aplicação, porquanto todas as normas acabam se destinando a incidir e, nesta perspectiva, prescindem de cumprimento e aplicação. Por fim, no que concerne às normas tidas como *importantes e fundamentais*, temos um critério mais difícil de refutar, até porque se mantém próximo da noção inicial de princípio enquanto verdade primeira e fundante. De qualquer forma, vimos uma multiplicidade de critérios – alguns questionáveis – definidores do que se deveria compreender como princípio, todos de alguma forma ligados à ideia de norma.

Em termos históricos, as coisas ficariam mais ou menos neste pé até o advento do

neoconstitucionalismo, um movimento decorrente de um contexto histórico específico (a partir do pós-segunda guerra) que pode ser compreendido como uma tentativa de (re)valorizar a Constituição, favorável à constitucionalização de princípios, redefinindo o seu papel no ordenamento jurídico.

2.2. A teoria neoconstitucionalista dos princípios

Em termos de marco inicial do neoconstitucionalismo é possível remeter a Ronald Dworkin (1977, 2001) em seu ataque ao positivismo jurídico capitaneado por Herbert Hart, mais especificamente em relação ao argumento dos princípios. Segundo reconhece o próprio Hart (2000, 2009) no *post scriptum* incluído em *O Conceito de Direito*, a crítica mais conhecida feita por Dworkin (1977, 2001) é justamente a de que o positivismo hartiano “representa erroneamente o direito como constituído apenas por normas do tipo ‘tudo ou nada’, e que ignora uma espécie diferente de padrão jurídico, isto é, os princípios” (HART, 2009, p. 334; BARBERIS, 2003, p. 260); o que coloca a questão dos princípios como uma das pedras angulares do neoconstitucionalismo.⁴

⁴ A ascensão do neoconstitucionalismo, em oposição ao relativo influxo do positivismo se dá, portanto, a partir do ataque declarado de Dworkin (1977, 2001) ao positivismo, um ataque que aliás surge com um título bem sugestivo: *Is a Law a System of Rules?*, trabalho de 1977 que, como bem lembra Antonio Carlos de Souza Cavalcanti Maia (2002), é a pedra de toque de *Taking Rights Seriously*. Vale trazer as palavras do próprio Dworkin (2001, p. 22), quando ele deixa claro que o alvo de seu ataque é o positivismo hartiano: “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart’s version as a target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules”.

Mesmo reconhecendo o marco inaugural em Dworkin (1977, 2001), é necessário lembrar que sua concepção não é inteiramente original. Aqui cabem duas observações: a primeira é que a localização de antecedentes do modelo dworkiniano de princípio vai depender, em muito, da nossa própria perspectiva interpretativa – estamos buscando semelhanças ou diferenças? – e a segunda no sentido de que isso não significa que Dworkin teria se inspirado em tais autores.

De qualquer forma, autores como Roscoe Pound e Jean Boulanger parecem ter antecipado alguns elementos da noção neoconstitucionalista de princípio. Em Pound (1965) temos a crítica à concepção de Direito composto apenas por regras e a elaboração de uma concepção de princípio que em parte antecipa a de Dworkin (1977, 2001)⁵. Boulanger é reconhecido por Paulo Bonavides (2003 ?) como sendo o precursor da diferenciação entre princípios e regras⁶.

⁵ “É usual descrever o Direito como um agregado de leis e regras. Mas, a menos que a palavra regra seja usada numa acepção tão lata que nos engane, tal definição, enquadrada na referência a códigos ou por juristas que têm seus olhos fixos no direito de propriedade, fornece uma inadequada imagem dos múltiplos componentes de um moderno sistema legal. (...) Com o advento da escrita legal e da teoria jurídica na transição da lei estrita para a equidade e o direito natural, um segundo elemento se desenvolveu e tornou-se um fator de controle na administração da justiça. Em lugar de regras detalhadas, determinando exatamente o que acontecerá em face de uma situação de fato precisamente detalhada, passa a confiar-se em premissas gerais para o raciocínio dedutivo, judicial e jurídico. Esses princípios legais, como lhes chamamos, são utilizados para fornecer novas leis, interpretar antigas, medir o âmbito e aplicação de regras e normas, e reconciliá-las quando conflitam ou se sobrepõem” (POUND, 1965, p. 62).

⁶ “Antes de Alexy e Dworkin, Boulanger, na mesma senda inovadora, onde ingressa como um dos precursores, posto que atuasse numa época em que as posições doutrinárias de cunho jusprivatista, civilista ou romanista – consolidadas pelo antigo Estado liberal – ainda conservavam considerável parcela de seu velho predomínio na Ciência do Direito, já distinguia regras e princípios” (BONAVIDES, 2003, p. 266). “A seguir, com propriedade e rigor, acentua que uma regra jurídica e geral se for estabelecida para um número

Poderíamos questionar, também, até onde é válido o estereótipo de que o Direito em Hart (2000, 2009) seria composto apenas por regras e se ele não teria antecipado alguns pontos interessantes do neoconstitucionalismo, mas isso talvez seja tema para outros trabalhos.

Um ponto interessante do ataque de Dworkin (1977, 2001) ao positivismo é que, ao mesmo tempo em que há uma crítica ao Direito como sistema composto apenas por regras, há uma preocupação em tentar vinculá-lo a um conceito de norma que seria mais amplo – com a finalidade de enfrentar a questão da discricionariedade judicial. Nessa perspectiva, talvez possamos pensar a proposta de Dworkin (1977, 2001), como uma tentativa de superar o paradigma anterior, mas sem romper totalmente com suas bases, na medida em que acaba permanecendo um certo apego à norma.

Acreditamos estar claro que no presente trabalho iremos focar apenas a questão estrutural dos princípios no neoconstitucionalismo, e, nessa perspectiva, a concepção de *princípio* em Dworkin (1977, 2001), como norma de abrangência semântica indeterminada, em oposição à *regra* como outra espécie normativa, acaba sendo apropriada pela *teoria dos direitos fundamentais* de outro estudioso ilustre, o alemão Robert Alexy (2008, p. 90-91, grifo do original):

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende

indeterminado de atos ou fatos (Ripert e Boulanger), mas sob certo aspecto ‘ela e especial na medida em que *rege tão-somente atos ou fatos*, ou seja, e editada contemplando uma situação jurídica determinada” (BONAVIDES, 2003, p. 267, grifo do autor).

somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* 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. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.”

Sem embargo das eventuais divergências entre Dworkin e Alexy – entre outras, podemos mencionar apenas *en passant* que Alexy (2008) não se atém à distinção entre princípios e *policies*, elaborada por Dworkin (1977, 2001), e a questão da discricionariedade das decisões judiciais não vai ser a mesma na perspectiva dos *mandados de otimização alexianos* e na tese da *única resposta correta dworkiniana* – o presente estudo toma como equivalente o caráter estrutural da diferenciação entre regra e princípio dos referidos autores. As regras seriam as normas que teriam uma *abrangência semântica bem determinada*, e estas as normas *indeterminadas semanticamente* (DUTRA, 2008, p. 116).

Mesmo tendo demorado a chegar ao Brasil, o modelo neoconstitucionalista de princípio ganhou larga aceitação, tornou-se o “modelo da moda” (NEVES, 2006). A concepção neoconstitucionalista não é, contudo, isenta de críticas. Se as regras, para esse modelo, são normas que possuem *abrangência semântica bem determinada*, aplicáveis com base no tudo ou nada, e os princípios são *indeterminados semanticamente*, e portanto ponderáveis (DUTRA, 2008, p. 116), como fica a questão da colisão entre regra e princípio? Hart (2000), em sua réplica a Dworkin, já atenta para o fato de que “as regras podem entrar em conflito com

princípios e que um princípio pode, algumas vezes, vencer uma regra e em outros casos ser vencido”, o que, invariavelmente, leva à conclusão de que “as regras não têm um caráter de tudo ou nada, porquanto são susceptíveis de entrar em conflito com os princípios, os quais podem vencê-las” (HART, 2000, p. 41-42).

Não bastasse o problema da colisão entre regras e princípios, apontado por Hart (2000, 2009), em determinados casos concretos, pode haver a necessidade de se *ponderarem e relativizarem regras*, ou, melhor dizendo, de relativizá-las a fim de encontrar a melhor solução para o caso concreto, sem, entretanto, invalidar ou incluir uma cláusula de exceção em qualquer delas. O caso do curandeiro Roux, narrado por Perelman (2000, p. 56-58), no qual há “contradição evidente entre as regras que proíbem a uma pessoa não formada em medicina imiscuir-se na prática da profissão médica e as disposições que obrigam qualquer pessoa a prestar assistência a um terceiro em perigo, na medida em que possa fazê-lo sem expor a si própria o perigo”, exemplifica bem isso.

Poderíamos seguir discorrendo sobre o que entendemos serem as incoerências da concepção neoconstitucionalista de princípio; o espaço que aqui temos, entretanto, não é o mais adequado. Se há algo em comum, contudo, entre a concepção neoconstitucionalista e a tradicional, é a afirmação do caráter normativo dos princípios. Princípios seriam, portanto, normas. E é precisamente aqui que exsurge a crítica saldanhiana, defendendo que princípios e normas são realidades que não necessariamente se confundem.

3. Os princípios na perspectiva hermenêutica de Nelson Saldanha

O pensamento de Nelson Saldanha (1994, 2000, 2005, 2008) – exposto em uma obra vasta, versando sobre temas variados – é marcado por um elemento que lhe é constante e unificador, o *ponto de vista his-*

tórico, e aproveitamos a menção ao ponto de vista histórico para fazer referência às fases do pensamento saldanhiano, conforme indicadas por Gustavo Just (2009, p. 15):

“O elemento mais constante de sua vasta obra, e o mais unificador do seu pensamento (que se autocensura de disperso) é exatamente o *ponto de vista histórico*.

Um ponto de vista que se exerceu, com o perdão da esquematização, em sucessivas etapas: num primeiro momento, aparece ‘aplicado’, por assim dizer, aos fundamentos do constitucionalismo, isso desde a tese sobre as formas de governo. Num segundo momento, que se sobre põe cronologicamente à segunda parte do primeiro, o ponto de vista histórico se projeta, como método crítico, sobre a tradição, sobretudo a recente, da teoria do direito. Em ambos os períodos, a sensibilidade hermenêutica está presente mas não integra as articulações conceituais – e sua presença se deve muito mais à ligação do autor à vasta tradição culturalista e historicista do que a uma influência específica da guinada ontológico-existencial da hermenêutica heideggero-gadameriana: esta deve ter sido recebida, na verdade, muito mais como uma espécie de confirmação de intuições historicistas mais antigas. E é, por isso, que ao se explicitar, num terceiro momento do pensamento de Saldanha, a perspectiva hermenêutica não poderia deixar de estar *radicalmente associada ao ponto de vista histórico*, e por ele de certa forma envolvida.”

Com o risco que é inerente ao reducionismo e à classificação, diríamos que é um pensamento crítico-hermenêutico, pontuado por um viés historicista – embora talvez não possa ser chamado de historiográfico. No que concerne à *alusão aos princípios*, contida na *Filosofia do Direito* de Saldanha

(2005), é interessante anotar com o jusfilósofo pernambucano que a problemática dos princípios acaba sendo próxima à da hermenêutica:

“Princípios, se falamos em um sentido ‘amplo’ e implícito, encontram-se em todas as filosofias, sobretudo no sentido de ‘pontos de partida’ ou de intuições fundamentais, e de maneira especial nos pensadores posteriores a Kant.

No que concerne ao direito, a questão dos princípios veio ampliando-se nos decênios mais recentes. Em parte permanece algo da idéia tradicional, que via nos princípios pontos de referência que informam a ordem jurídica e servem de base às normas; ou que podem ser nelas reconhecidos ou ‘extraídos’ delas através de um trabalho exegético. O conceito de *standard*, usado por determinados franceses, se acha próximo ao primeiro caso. Recentemente certos movimentos têm procurado rechaçar a idéia tradicional, buscando substituí-la por formulações polêmicas ou concepções insólitas, fundindo a noção de princípios com a de norma ou entendendo que *princípios* e *normas* seriam ‘espécies’ do gênero regra” (SALDANHA, 2005, p. 224-226, grifo do autor).

Cabe aqui um esclarecimento, a fim de contextualizar a frase final do excerto transcrito. É que atualmente a tendência parece ser entender o *princípio* e a *regra* como sendo espécies do gênero *norma*. Se por um lado bem havemos de convir que as palavras não podem ter outros significados além daqueles que lhes são dados pelos usos e convenções (CARRIÓ, 2001), por outro, tais significados podem ser depreendidos – além do contexto em que as palavras se encontram, evidentemente – da análise de sua história, como se as palavras possuíssem uma certa memória, quase numa perspectiva habwachiana.

As palavras, ou ao menos algumas palavras, parecem guardar alguma conexão com as formas com que tradicionalmente são empregadas. Nessa perspectiva, pode ser interessante repensar o termo regra, ora empregado como sinônimo de *norma*, ora como *espécie normativa* – e aqui tornamos a aludir aos princípios – o que nos remete à análise que o próprio Saldanha (1999) fez da convivência dos termos em questão:

“Põe-se contudo o problema dos limites da convivência entre os termos lei, norma e regra. Às vezes, e com frequência, diz-se que a norma é o gênero e a regra a espécie; outras vezes diz-se o inverso, e esta posição nos parece preferível. O termo regra, do latim *regula*, alude à relação de algo com um padrão (ou um ‘cânone’), mesmo sem conotações éticas nem ‘normativas’. O ‘regular’ pode aludir ao mediano, ao ‘comum’, bem como ao que possui regularidade. O ‘normal’, também (opondo-se a anormal); mas o emprego de norma e de regra veio assumindo conotações mais complexas.

‘Regras do método’ talvez tenha menos força obrigante do que ‘normas do método’: o uso do termo *règle* pelos franceses que trabalharam em torno da constituição de 1875 tinha porém uma conotação clássica, inserida na tradição gaulesa. Após o fim da *belle époque*, muitas coisas mudaram, inclusive com o advento do neopositivismo, que foi uma das bases do positivismo kelsiano; e com o sociologismo, com a axiologia e os tridimensionalismos” (SALDANHA, 1999, p. 209-210, grifo do autor).

E permaneceram mudando, principalmente com o advento do neoconstitucionalismo, sobretudo com o debate dos princípios enquanto normas de abrangência semântica ampla, abrindo o Direito à moral, uma abertura que, contudo, não consegue se desvencilhar do texto legal e de certos

fetichismos matematizantes quando da *ponderação de princípios*.

Necessário anotar que Saldanha (2005), ao aceitar a construção hermenêutica dos princípios a partir do texto da norma, não é exatamente contra a positivação de princípios, mas entende que princípio e norma positivada são coisas distintas; “os princípios da *razão*, expressados por Leibniz no século XVII, não eram ‘regras’; nem as *regulae* de Descartes, nem as regras-do-método de Durkheim eram ‘normas’ no sentido de um artigo do Código civil” (SALDANHA, 2005, p. 227, grifo do autor).

Partindo da clássica obra de Josef Esser, Nelson Saldanha (1994, 2005, 2008) constrói uma concepção original de princípio – dentro de um contexto original maior que é a sua compreensão da relação entre *hermenêutica e ordem*⁷ – o que acaba trazendo possibilidades interessantes, dentro da sua concepção filosófica original do Direito, compreendido como composto de ordem e hermenêutica.

Em apertada síntese, embora entenda que normas e princípios não se confundem, não os entende como antagonicos, os princípios podem ser extraídos das normas positivadas (que neles, de certa forma, se arrimam). O que fica claro é que os princípios *não se resumem e não se reduzem ao texto positivo, se a norma na qual se encontra positivado o princípio porventura deixar de existir, este segue existindo*. Princípios usualmente consistem na tradução de valores vigentes e podem ser decantados das normas, nas palavras do autor:

“A alusão a princípios diz respeito, na terminologia jurídica, a algo que se acha entre o plano dos valores e o das normas positivas. Algo, vale

⁷ Ordem e hermenêutica se condicionam e relacionam mutuamente, a interpretação remete à ordem mas esta só se apresenta diante de uma interpretação, algo à primeira vista paradoxal, mas que filosoficamente é pleno de sentido, sobre o tema, convém conferir os trabalhos do próprio Saldanha (1994, 2005 e 2008) e de Gustavo Just (2007 e 2009).

dizer, que parece apontar para uma suprapositividade apreensível pela visão hermenêutica. Princípios não são valores, se bem contenham obviamente um conteúdo axiológico; os valores, por outro lado, tendem a traduzir-se em princípios. Realmente os princípios (repita-se), não são normas, embora sua presença dentro da experiência jurídica conviva com a das normas, que de certo modo se ‘fundam’ sobre eles” (SALDANHA, 2005, p. 226-227).

Os princípios desempenham um papel importantíssimo na *perspectiva hermenêutica do direito* de Nelson Saldanha (2008), na medida em que são hermenêuticamente extraídos das normas e, paralelamente, informam a sua interpretação. Sobre esse segundo aspecto, aliás, oportunas são as palavras do autor extraídas da obra intitulada *Ordem e Hermenêutica*:

“Toda interpretação, se se trata de estruturas sociais e de sua atuação, tem a ver com princípios. Mas é preciso que estes princípios se articulem dentro de uma ordem, e estejam nela como significações, para que o trabalho interpretativo seja requerido com o fim de ‘desentranhar’ significações e de ‘remontar’ aos princípios” (SALDANHA, 2008, p. 257).

Os princípios, conforme compreendidos na referida *perspectiva*, desempenham, portanto, um papel fundamental na construção de qualquer conhecimento e no próprio estabelecimento de uma *ordem*, porquanto tal estabelecimento é em si, em grande parte, uma construção hermenêutica. Segundo Ortega y Gasset (apud SALDANHA, 2005, p. 224), todo conhecimento sempre será a “contemplação de algo através de um princípio”.

Ainda é Nelson Saldanha (2005) quem esclarece, em um excerto longo, mas que merece ser integralmente transcrito, por possibilitar uma adequada aproximação do que realmente deveria se compreender por princípio:

“Diremos, pois, que, enquanto os valores são entidades metafísicas, e as normas um dado positivo (do direito positivo), os princípios são uma construção *hermenêutica*. Os ‘princípios’, mencionados por Leibniz e readmitidos ao filosofar no tempo de Hegel e de Schelling, aparecem na experiência *jurídica* como uma coisa ambígua, com algo de citação anônima e algo de preceito ético; sua atuação se achará no ponto em que o marco teórico se acerca do trabalho prático.

Temos com isso um esquema que muitos acharão pouco próximo a certas novidades doutrinárias. [Saldanha refere-se a Dworkin, o que fica consignado em nota de rodapé] Há cem anos surgiram novidades doutrinárias das quais hoje ninguém mais fala. O mérito dos conceitos pouco tem a ver com o fato de serem ou não ‘novidades’, embora a sua situação histórica seja útil para compreendê-los.

Destarte mencionamos os valores, as normas e os princípios com alusão a três níveis (ou planos) concernentes ao referencial metafísico, ao direito positivo e à hermenêutica: os princípios, sempre reelaborados pela hermenêutica, são uma das passagens através das quais ocorre a ligação entre o direito e a ética. Certamente que os princípios se vinculam às normas: eles delinham uma parte da conexão entre valores e normas (a relação entre norma e princípio é um correlato da relação entre ordem e hermenêutica). O princípio não participa da ‘positividade’ da norma estatal, que integra o sistema de fontes e portanto perfaz o ‘ordenamento’.

Certos autores vêm fazendo uma distinção entre princípios ‘gerais’ e princípios jurídicos *tout court*, buscando aludir com isto ao alcance maior ou

menor dos mesmos, o que parece desnecessário. Todo princípio é geral (como todo valor é ‘fundante’): não há um princípio que se esgote no âmbito de determinada pessoa ou situação.

O direito ‘positivo’, como conjunto de fontes (os princípios não são fontes, ao menos neste sentido) se apresenta sempre como uma variedade de níveis e de planos positivos. Quanto ao argumento, que alguns esgrimem, de que o princípio é a norma quando ‘positivado’, a própria frase já indica que não: por que positivar, ou seja transformar em norma, algo que já é norma? E mais: se tal norma, na qual se acha positivado o princípio, deixa de existir, por desuso ou ab-rogação, o princípio, como princípio, segue existindo” (SALDANHA, 2005, p. 228-229, grifo do autor).

Do exposto, convém extrair e reafirmar que o *jusfilósofo* pernambucano não parece ser exatamente contra a sua posituação, mas deixa claro que os princípios não se resumem e não se reduzem ao texto positivo, *se a norma na qual se encontra positivado o princípio porventura deixar de existir, o princípio segue existindo*. A esse respeito, apenas a título de exemplo dentro da experiência jurídica brasileira, temos notícia de pelo menos um caso⁸, referente ao princípio da capacidade contributiva. Parece conveniente citá-lo já que se trata de um dos ramos mais pretensamente formais do Direito brasileiro.

Houve no passado uma *reforma constitucional* que aboliu a disposição expressa da capacidade contributiva, o princípio, contudo, continuou existindo e sendo va-

⁸ Dada a brevidade deste ensaio, não convém elencar mais exemplos, mas, um estudo de determinados períodos da nossa História, por exemplo a ditadura militar, pode facilmente trazer exemplos de vários “princípios” cujas normas foram revogadas, mas que permaneceram presentes nos debates jurídicos, eventualmente sendo até reconhecidos no âmbito do judiciário.

lorizado, passando a ser extraído de outras normas (BALEEIRO, 1977, p. 307). Outros exemplos certamente existem e poderiam ser pinçados da experiência jurídica brasileira, por hora, aproveitamos esse para, em analogia ao entendimento de Nelson Saldanha, dizer que seria possível pensar que o referido princípio da capacidade contributiva, intermediário entre o plano dos valores de justiça fiscal e o plano das normas escritas, permaneceu à revogação do texto que o positivava.

Nessa perspectiva, quer parecer que o princípio, na supramencionada perspectiva hermenêutica, embora mantenha alguma analogia, de certa forma, tanto da noção tradicional de princípio (no que concerne a *fundamentalidade*, um *standard*), quanto ao paradigma *neoconstitucionalista* (na medida em que normas de grande abrangência semântica não deixam de ser um critério de interpretação), não se confunde com qualquer das duas. Assume, muito mais, a característica de uma estrutura interpretativa intermediária entre valor e norma.

Aqui parece haver alguma aproximação entre a concepção de princípio em Saldanha e o modelo neoconstitucionalista – e cabe observar que a possibilidade de diálogo com Dworkin é maior que com Alexy (2008) – sobretudo quando lembramos do primeiro caso concreto que Dworkin (2001) traz pra apresentar seu modelo, o celebre *Riggs v. Palmer*. No caso em questão, um tribunal de New York se baseou no *standard* não positivado *nemo turpitudinem suam allegare potest* para negar a herança a um herdeiro que havia matado o ascendente intencionado a recebê-la.⁹

⁹“In 1889 a New York court, in the famous case of *Riggs v. Palmer*, had to decide whether an heir named in the will of his grandfather could inherit under that will, even though he had murdered his grandfather to do so. The court began its reasoning with this admission: ‘It is quite true that statutes regulating the making, proof and effect of wills, and the devolution of property, if literally construed, and if their force and effect can in no way and under no circumstances be controlled or modified, give this property to the mur-

der’. But the court continued to note that ‘all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime’. The murderer did not receive his inheritance” (DWORKIN, 2001, p. 23).

4. Considerações finais

Em linhas anteriores, vimos em breve síntese como a reflexão sobre os princípios, antiga e importante, se desenrolou; os juristas, possivelmente inspirados pela matemática, introduziram o conceito de princípio no Direito. Vimos também como os princípios foram associados à ideia de norma e como sua *normatividade* é considerada, por alguns, como uma vantagem.

O entendimento que se pode chamar de tradicional compreende como sendo princípios as normas dotadas de elevado grau de fundamentalidade e generalidade, o que viria a ser revisto a partir do neoconstitucionalismo desde aquele que pode ser considerado seu ponto inaugural: as críticas de Dworkin (1997, 2001) ao positivismo de Hart (2000, 2009), sendo que, entre tais críticas, a mais conhecida é justamente a suposta incapacidade do positivismo *hartiano* de compreender um direito que não fosse composto apenas por regras. A partir de Dworkin (1977, 2001), temos a bipartição da norma em duas espécies: *princípio* e *regra*, de acordo com sua abrangência semântica. Tal bipartição, que é um dos pontos-chave do neoconstitucionalismo

e angaria vários seguidores, entretanto, não é absoluta, encerrando em si mesma várias contradições decorrentes da colisão entre regra e princípio e possibilidade de ponderação de regras.

A partir das insuficiências do modelo tradicional e do modelo neoconstitucionalista, procuramos uma nova perspectiva na *Filosofia do Direito* de Nelson Saldanha (2005), autor que, embora não se posicione contrariamente à positivação, propõe a desidentificação entre princípio e norma, situando os princípios num plano intermediário entre valor e norma. Essa desidentificação parece coerente na medida em que a revogação de uma norma que contenha um determinado princípio não faz necessariamente com que o princípio em questão deixe de existir. Sobre esse aspecto, vimos um breve exemplo extraído do direito tributário brasileiro.

Certamente não esperamos, nesse breve ensaio, ter apresentado respostas definitivas no que concerne à discussão sobre os princípios ou uma compreensão adequada do vasto e rico pensamento saldanhiano; aliás, não esperamos ter apresentado resposta alguma. Nossa pretensão vai na via inversa, de suscitar questões e reflexões. Nessa perspectiva acreditamos ter deixado vários motes para outros trabalhos.

Referências

- ALEXÝ, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Míquel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. _____. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARRIÓ, Genaro. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 2001.
- DUTRA, Delamar Volpato. *A filosofia do direito dos filósofos e a filosofia do direito dos juristas*. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2009.
- _____. *Manual de Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1977.
- _____. _____. 18. ed. Cambridge: Harvard University, 2001.
- GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 11, n. 55, maio 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/35952>>. Acesso em: 29 maio 2011.
- HAAGE, Jaap. A theory of legal reasoning and a logic to match. In: PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. *Logical models of legal argumentation*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1997.
- HABA, Enrique. Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales. *Doxa*, Alicante, n. 22, p. 49-78, 1999.
- _____. Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho: el Bluff Dworkin. *Doxa*, Alicante, n. 24, p. 165-201, 2001.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *Post scriptum al concepto del derecho*. Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. México: UNAM, 2000. (Serie Estudios Jurídicos).
- JUST, Gustavo. Nelson Saldanha e a idéia de uma teoria hermenêutica do direito. *Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito (UFPE)*, Recife, v. 17, n. 17, p. 117-138, 2007.
- _____. O direito como ordem e hermenêutica: a filosofia do direito de Nelson Saldanha. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009.
- MAIA, Antonio Carlos de Souza Cavalcanti. Textura aberta da linguagem e interpretação jurídica: considerações acerca da tese da autoctonia do discurso jusfilosófico: considerações introdutórias. In: STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- NEVES, Marcelo. Palestra de Marcelo Neves sobre a interpretação e estado de direito: distinção entre princípios e regras. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 4., 2008, São Paulo.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos Direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

SALDANHA, Nelson. *Estudos de teoria do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. *Filosofia do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Ordem e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)*, Recife, n. 10, p. 203-216, 2000.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, 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.