

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 205

Brasília | janeiro - março/2015

Ano 52

SENADO FEDERAL





SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2015 – 2016

Senador Renan Calheiros

PRESIDENTE

Senador Jorge Viana

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romero Jucá

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Vicentinho Alves

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Zeze Perrella

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Gladson Cameli

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senadora Ângela Portela

QUARTA-SECRETÁRIA

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Sérgio Petecão

Senador João Alberto Souza

Senador Douglas Cintra



Brasília | ano 52 | nº 205
janeiro/março – 2015



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

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

IMPRESSO NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDO NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. REVISÃO DE ORIGINALS: Kilpatrick Campelo, Vilma de Sousa, Thiago Adjuto e Walfrido Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Bianca Rossi. REVISÃO DE PROVAS: Larissa Fernandes, Stella Tavares e Maria José Franco. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida e Leticia Törres. PROJETO GRÁFICO: Lucas Santos. CAPA: Daniel Marques. FOTO DA CAPA: Washington Brito.

CORPO TÉCNICO: Alessandro Hirata – Adriana Alves Zaban – Ana Carla Bliacheriene – Ana Carolina da Motta Kohlitz – Ana Lucia Romero Novelli – Antônio Flávio Testa – Arlindo Fernandes de Oliveira – Benedito Cerezo Pereira Filho – Benjamin Miranda Tabak – Bruno Dantas – Caetano Ernesto Pereira de Araújo – Camilo Zufelato – Carlos Fernando Mathias de Souza – Carlos Henrique Rubens Tomé Silva – Cláudio Araújo Reis – Cynthia Carneiro – Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Eduardo Saad Diniz – Fabiana Severi – Fabiano Augusto Martins Silveira – Fernando Boarato Meneguim – Flávia Orsi Leme Borges – Flávia Santinoni Vera – Frederico Quadros D’Almeida – Gilberto Guerzoni Filho – Gustavo Saad Diniz – Ivan Dutra Faria – Jair Aparecido Cardoso – João Henrique Pederiva – João Trindade Cavalcanti Filho – José Carlos Evangelista Araújo – Leany Barreiro de Sousa Lemos – Luiz Renato Vieira – Marcio de Oliveira Junior – Márcio Pereira P. Garcia – Marco Aurélio Gumieri Valério – Marcos Magalhães de Aguiar – Marcos Paulo da Rocha Eirado – Maria Luiza de Freitas Valle Egea – Nuno M. M. Coelho – Paulo Henrique Soares – Paulo Lopo Saraiva – Paulo Ricardo dos Santos Meira – Pérsio Henrique Barroso – Rafael Silveira e Silva – Renato Monteiro de Rezende – Ronaldo Costa Fernandes – Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior – Rubens Beçak – Rudinei Baumbach – Sebastião Sérgio da Silveira – Tatiana Lacerda Prazeres – Thiago Cortez Costa – Thiago Marrara – Tiago Ivo Odon – Valerio de Oliveira Mazzuoli

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, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Publicação trimestral da
Coordenação 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.leg.br

© 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. / Pídesse canje. / On demande l'échange. / Si richiede lo scambio. / We ask for exchange. / Wir bitten um Austausch.

Sumário

- 7 **Jurisdição e competência em matéria criminal na literatura de *decisiones* em Portugal, séculos XVI e XVII**
Gustavo César Machado Cabral
- 23 **Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário
Uma proposta de releitura do princípio constitucional**
Marcus Eduardo de Carvalho Dantas
- 39 **Precisamos falar sobre a sanção**
Mônica Sette Lopes
- 55 **Novos desafios da mediação judicial no Brasil
A preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa**
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Tatiana Machado Alves
- 71 **Do direito de família ao direito das famílias
A repersonalização das relações familiares no Brasil**
Mônica Teresa Costa Sousa
Bruna Barbieri Waquim
- 87 ***Compliance* e Lei Anticorrupção nas Empresas**
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Patrícia Dittrich Ferreira Diniz
- 107 **Teoria do Desenvolvimento e as perspectivas para um controle popular das contas públicas**
Ana Carla Bliacheriene
Bruna de Cassia Teixeira
Davi Quintanilha Failde de Azevedo
- 127 **A influência da internet na construção de movimentos sociais em defesa da democratização das comunicações e da sua regulamentação no Brasil**
Francieli Puntel Raminelli
Letícia Bodanese Rodegheri
Márcia Samuel Kessler
Rafael Santos de Oliveira

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

- 147 **As ideias “liberais” e a oposição à reforma do Código do Processo Criminal de 1841**
Danilo Panzeri Carlotti
- 161 **A trajetória da transcendência dos motivos determinantes
O fim da história?**
Breno Baía Magalhães
- 189 **X-Men: da ficção à realidade?
Posicionamentos de sentinelas bioconservadoras**
Éverton Willian Pona
Marcia Teshima
- 213 **Análise da relação entre laboratórios farmacêuticos e médicos do Sistema Único de Saúde à luz do princípio da moralidade administrativa**
Luciano Moreira de Oliveira
- 235 **Hans Kelsen
Filosofia jurídica e democracia**
Caio Henrique Lopes Ramiro
Luiz Henrique Martim Herrera
- 261 **Anacronismo do sistema proporcional de lista aberta no Brasil
Ocaso das razões originárias de sua adoção**
Rodolfo Viana Pereira
Lucas de Oliveira Gelape
- 281 **A dispensa coletiva e a ordem social**
Gustavo Carvalho Chehab
- 297 **As desventuras de um Estado de Direito Ambiental**
Cláudio Gonçalves Pacheco

Resenha Legislativa da Consultoria Legislativa do Senado Federal

- 321 **A Análise Econômica do Direito
Proposições legislativas e políticas públicas**
Benjamin Miranda Tabak

Jurisdição e competência em matéria criminal na literatura de *decisiones* em Portugal, séculos XVI e XVII

GUSTAVO CÉSAR MACHADO CABRAL

Sumário

Introdução. 1. Literatura de *decisiones*. 1.1. Características gerais. 1.2. A produção portuguesa de *decisiones*. 2. *Decisiones* e direito penal: visão geral e comparativa nas obras. 3. Jurisdição e competência. 4. Imunidade eclesiástica. 5. Considerações finais.

Introdução

O principal objetivo deste trabalho é analisar, nas obras de literatura de *decisiones* produzidas em Portugal, entre os séculos XVI e XVII, as discussões envolvendo alguns temas específicos em matéria criminal. Dentre várias discussões relevantes nessa temática¹, duas delas foram escolhidas para serem objetos deste trabalho, a saber, a fixação da competência em matéria criminal e a imunidade eclesiástica.

Trata-se de tema importante, não somente porque ainda são poucos os estudos sérios em língua portuguesa sobre matéria criminal no Antigo Regime, com honrosas exceções², mas também porque a literatura de *decisiones* em si é um tema ao qual pouca atenção costuma ser conferida. É possível delimitar algumas razões para esse “esquecimento” (CABRAL,

Gustavo César Machado Cabral é professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), doutor em História do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), pesquisador visitante no Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt, Alemanha).

¹ Dentre as matérias criminais discutidas nessas obras, podem ser citados os crimes sexuais, adultério, falsificação, moeda falsa, lesa-majestade e homicídio, bem como a aplicação de penas de exílio e de degredo, a concessão de graça e a utilização de fiança e de cartas de seguro. Uma discussão mais aprofundada sobre essas questões será realizada em trabalhos posteriores.

² Talvez o melhor trabalho em português sobre direito e processo penal na literatura jurídica do Antigo Regime tenha sido a versão para o vernáculo da tese de doutorado de Ana Lúcia Sabadell (2006).

2013, p. 113-115), as quais, contudo, não podem justificar a contento tamanha omissão. O impacto das obras de autores como António da Gama, Álvaro Valasco e Jorge de Cabedo pode ser medido pela quantidade de edições dos seus trabalhos; segundo levantamento realizado por Johannes-Michael Scholz, Gama teve 19 edições entre 1578 e 1735, Valasco teve 12 entre 1588 e 1730 e Cabedo teve 11 entre 1602 e 1734 (SCHOLZ, 1977, p. 1335-1336), números que evidenciam terem sido as obras em questão utilizadas com frequência por bem mais de um século.

As razões para o sucesso do gênero sob exame parecem estar ligadas a um fenômeno típico do Antigo Regime: a incerteza sobre o direito válido a ser aplicado. O período em tela foi marcado, no âmbito do Direito, pelo pluralismo de ordenamentos e de jurisdições e pela incerteza quanto ao que deveria ser aplicado. Conviviam simultaneamente, num mesmo espaço, diversas ordens jurídicas, compreendendo umas mais ou menos gerais – como tentava ser o direito régio e como era o direito eclesiástico – e outras particulares, baseadas, geralmente, nas concessões de privilégios – podem ser citadas aqui as jurisdições senhoriais, mercantis e de algumas corporações. Em alguns Estados, como em Portugal, percebe-se que a Coroa exerceu um papel de unificação dos direitos que conviviam na sua área, tanto através da edição de leis gerais quanto do exercício da jurisdição superior, com a criação dos altos tribunais, os quais, ligados ao rei, tinham a pretensão de tentar dar uniformidade à incerteza; não foi à toa que Italo Birocchi ressaltou essa pretensão unificadora do direito régio, que, ao longo do Antigo Regime, funcionou como um direito comum do reino (BIROCCHI, 2006, p. 32-40) – tese que é encontrada, com bastante frequência, nos autores aqui estudados³.

O exercício do poder régio, em reinos como o de Portugal, produziu essa incipiente pretensão unificadora do Direito. Contudo, é de se perguntar o que era utilizado para se alcançar esse objetivo; noutros termos, é importante saber qual direito, em meio a tantos, deveria ser a matriz da unificação. O período em questão é descrito por historiadores do Direito da importância de Helmut Coing (1977) como sendo “a idade do direito comum”⁴ ou do *ius commune*, o qual nada mais era do que um direito válido em toda a Europa cristã, cujas raízes eram encontradas no Direito Romano justiniano. Com a “redescoberta” do Direito

³“Ius regium, ius commune est in regno” (GAMA, 1683, p. 97). “Nostrum ius regium est nostrum ius commune. Lusitani non possunt consentire in Principem non suum” (CASTRO, 1621, p. 10).

⁴O subtítulo do volume do monumental *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, dedicado ao período compreendido entre 1500 e 1800, é indicativo disso, uma vez que foi batizado como *Neuere Zeit (1500-1800), das Zeitalter des Gemeinen Rechts* (a idade do direito comum).

Romano e o surgimento das universidades, na Baixa Idade Média, o uso do Direito Romano foi bastante intenso, mas se tratava menos de uma aplicação direta do texto do Digesto do que efetivamente das contribuições doutrinárias dos glosadores e comentadores, como Bártolo e Baldo⁵, fazendo surgir o que Koschaker chamou de *Juristenrecht*⁶. Criou-se, a partir da difusão das obras desses autores e do ambiente jurídico culto, um cenário propício à circulação dessa espécie de direito; conseqüentemente, em boa parte da Europa Ocidental, houve uma enorme influência do *ius commune* na formação dos direitos nacionais (BELLOMO, 1995, p. 78-111; CALASSO, 1954, p. 453-467).

Nesse panorama, a questão que se impõe é a seguinte: como deveriam ser resolvidos os conflitos entre os ordenamentos jurídicos ou entre as disposições do *ius commune* e do direito pátrio? Dever-se-ia privilegiar o particular ou o geral? As respostas a esses questionamentos não foram facilmente alcançadas, ainda que tenha havido uma grande tendência de se privilegiar o direito nacional, o qual, é importante que se diga, tinha, muitas vezes, fortes raízes no *ius commune*. Acredita-se que mais importante, contudo, do que averiguar, em cada situação concreta, se deveria prevalecer o *ius commune* ou o direito pátrio, ou, no caso deste, se teria havido influência do direito comum na sua elaboração, é ter em mente quem deveria decidir sobre a prevalência. Percebe-se o fortalecimento

⁵ É nesse sentido a opinião, dentre outros, de Cassandro (1980, p. 16), ao afirmar que, ao se falar em “rinascita del diritto romano, non si vuol parlare di rinascita del diritto romano, com'era stato sistemato nella compilazione giustiniana, nella pratica della vita giuridica (che è di quelle rinascite che la storia non ha mai registrato), ma del diritto romano come scienza o, se preferite, come oggetto di una autonomia consapevole interpretazione e sistemazione scientifica”.

⁶ Um “direito de juristas” (*Juristenrecht*) seria, segundo Koschaker (1958, p. 165), aquele cuja formação ficava a cargo de um pessoal profissionalmente ligado ao Direito.

do poder régio ao longo do Antigo Regime justamente em virtude de pertencer aos grandes tribunais – que eram órgãos ligados à jurisdição régia, deve-se lembrar – a última decisão (CABRAL, 2013, p. 47-65).

A importância da literatura de *decisiones*, nesse contexto, é enorme, justamente porque ela representou um importante canal de comunicação entre a teoria e a prática. Como se verá no próximo tópico, essas obras representavam opiniões sobre questões concretas cujos fundamentos residiam tanto em opiniões doutrinárias quanto em precedentes decididos pelos grandes tribunais; por outro lado, a ampla utilização dessas obras por quem tinha uma vivência prática no Direito (advogados e juizes) fazia circular essas ideias e permitia aos leitores terem contato tanto com a *opinio communis* sobre determinado assunto quanto com a jurisprudência dominante. Contribuiu-se, de forma decisiva, para a unificação do direito nacional.

Diante dessa introdução sobre o contexto que se pretende analisar, é possível apresentar um panorama deste trabalho. Inicialmente, serão discutidas as principais características da literatura de *decisiones*, observadas a partir de um amplo estudo comparado entre as obras produzidas em toda a Europa que seguiram esse padrão. No mesmo tópico, serão apresentadas informações sobre a produção literária portuguesa do gênero. A seguir, a parte substancial do trabalho: dentro de uma grande área, o Direito Penal, escolheram-se alguns temas extremamente importantes para serem explorados mais detalhadamente, a saber, competência, jurisdição e imunidade eclesiástica. Depois de uma introdução às discussões em direito penal nas obras lusitanas de *decisiones*, os temas serão analisados com profundidade a partir do que foi discutido pela literatura de *decisiones*. Pretende-se, portanto, identificar elementos de ligação

nesse material, possibilitando-se enxergar nele as características de uma *opinio communis* sobre os temas abordados.

1. Literatura de *decisiones*

1.1. Características gerais

Com a expressão “literatura de *decisiones*”, pretende-se alcançar todas as obras que possuam as características que serão discutidas a seguir. Como retratou Milletti, desde o século XVII, os repertórios bibliográficos costumavam agrupar numa mesma categoria as obras estudadas por este trabalho (MILETTI, 1998, p. 1-10), incluindo num mesmo grupo os livros de autores bastante populares na era do *ius commune*, a exemplo de Matthaes De Afflictis, Guido Papa, Octavianus Cacheranus d’Osascus, Johannes Gail, entre outros. No mais importante trabalho sobre fontes e produção doutrinária no Antigo Regime, o *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, organizado por Helmut Coing, essas obras foram chamadas de *Rechtsprechungssammlungen*; vários autores escreveram sobre esse gênero e a sua materialização em diversas partes da Europa (Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha, Áustria, Holanda, Bélgica e Escócia), elaborando, inclusive, listas das obras publicadas e ligadas a seu respeito. A partir desses repertórios, foram encontradas as referências sobre as quais se trabalhou⁷.

Allain Wijffels (2010, p. 37-62) identificou essas obras com os *reports*, categoria de trabalhos dedicados à coletânea e ao comentário direto de decisões dos tribunais reais ingleses; acredita-se, contudo, que essa identificação não seria muito precisa, tendo em vista que, nos

reports, a decisão judicial exercia um papel de protagonismo que nem sempre foi observado na literatura de *decisiones*. Por essa razão, optou-se por não utilizar esse termo para fazer referência ao gênero sob exame. O termo *decisiones* foi escolhido em virtude de grande parte de essas obras terem essa expressão no título e, principalmente, por fazerem da *decisio* a unidade fundamental dentro do livro, funcionando como uma espécie de capítulo. Nem todas as obras analisadas seguiram esse padrão, a exemplo das *Singularium observationum iudicii imperialis camerae*, de Joachim Mynsinger von Frundeck, e *as Practicarum observationum*, de Andreas Gail. O título, portanto, não era determinante para identificar a obra como parte do gênero em discussão.

Em trabalho anterior dedicado ao tema, buscou-se, a partir de uma ampla leitura comparada das obras dos principais autores comumente elencados no gênero em análise, estabelecer as características mais marcantes para a literatura de *decisiones*, tornando possível enxergar nessas obras um verdadeiro gênero da literatura jurídica. Aqui serão resumidas essas características, as quais devem ser observadas como uma totalidade; ou seja, em todas as obras de literatura de *decisiones*, as quatro características estiveram presentes⁸.

A primeira característica é o *raciocínio tópico/problemático*, o que se observou com muita frequência entre os juristas medievais e modernos. O pensamento desses autores era apresentado sem que se preocupasse com a construção de um grande sistema, pretensão que só passou a ser priorizada no começo do século XVIII, essencialmente com Christian Wolff e Christian Thomasius. Esse raciocínio casuista era marcado pela apresentação de pro-

⁷ Para detalhes sobre o panorama europeu da literatura de *decisiones*, ver Cabral (2013, p. 93-100).

⁸ Essas características foram abordadas com mais profundidade em Cabral (2013, p. 80-88).

blemas e a proposição de soluções, lançando-se para questões concretas uma argumentação convincente.

O segundo aspecto diz respeito ao texto, que era, essencialmente, uma *peça argumentativa*. Como partiam de problemas, os autores pretendiam construir soluções para o que se estava a discutir, o que acarretava a transformação do texto num verdadeiro libelo argumentativo destinado ao convencimento do leitor quanto à correção da opinião apresentada. Para essa finalidade, os argumentos trazidos deveriam ser suficientemente consistentes, baseando-se na estrutura lei/decisões judiciais/doutrina, na qual eram fundamentadas as opiniões nesses livros. Não eram quaisquer leis nem decisões de todo tribunal nem tampouco opiniões de autores pouco relevantes; as leis eram régias, os tribunais eram os mais altos do reino⁹ e os autores eram os mais importantes dentro da *opinio communis doctorum*.

Em terceiro lugar, observou-se que a origem dos problemas concretos apresentados estava na *prática processual*, especialmente nos grandes tribunais régios. Muitas vezes, isso se observava a partir dos próprios títulos dos livros, que relacionavam o conteúdo das *decisiones* (unidades argumentativas dessas obras) a um tribunal; isso ocorreu, por exemplo, com o *Sacro Regio Consiglio* de Nápoles nas *Decisiones S. R. Consilii Neapolitani* de Matthaeus De Afflictis, o Senado de *Piemonte* nas *Decisiones S. Senatus Pedemontani* de Octavianus Cacheranus d'Osasco e com o *Parlement de Grénoble* nas *Decisiones grationopolitanae* de Guido Papa. É fundamental perceber, contudo, que o fato de a obra se basear em problemas práticos significava essencialmente que essas questões haviam sido inspiradas em casos práticos; isso não significa, contudo, que houvesse necessariamente uma referência ao caso concreto que originou o problema retratado na *decisio*. Se isso foi comum em autores como De Afflictis ou Guido Papa, em outros, como Álvaro Valasco, não se observou com tanta frequência. A consequência disso é que as obras de *decisiones* possibilitavam aos leitores acesso a algo que não era tão facilmente conhecido, o conteúdo das decisões dos grandes tribunais.

Por fim, percebeu-se que os *autores dessas obras tinham ligações com os tribunais* que haviam inspirado as questões. Quase todos foram juízes desses tribunais, a exemplo de Benedikt Carpzov (*Decisiones illustres saxonicae*) na Suprema Corte de Apelação da Saxônia, Johannes Petrus Surdus (*Decisiones S. Mantuani Senatus*) no Senado do Ducado de Mantova e Johannes à Sande (*Decisiones Frisicae siue rerum in Suprema Frisorum Curia*) no *Raad* da Frísia, nas Províncias Unidas. Em menor

⁹Não era frequente, mas foram encontradas referências a julgados estrangeiros nas obras desses autores. Sobre o tema, ver Wijffels (2010, p. 37-62) e Nörr, (2010, p. 9-16).

escala, houve autores que atuaram como advogados com permissão especial para litigarem nesses tribunais, como Paul van Christynen ou Christianaeus (*Practicarum quaestionum rerumque in Supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones*) no Grande Conselho de Mechelen, nas Província Unidas, e Belchior Febo (*Decisionum Senatus Regni Lusitaniae*) na Casa da Suplicação de Lisboa. Isso explica como os autores tinham acesso a julgados dos grandes tribunais em uma época em que ainda se falava em *arcana imperii* para órgãos jurisdicionais.

Como já se afirmou, essas características não devem ser observadas isoladamente, mas em conjunto. Em todos os autores analisados, cada uma delas esteve presente.

1.2. A produção portuguesa de *decisiones*

Em Portugal, a produção da literatura de *decisiones* começou relativamente tarde. Se na França as primeiras obras do gênero foram manuscritas, elaboradas por Aegidius de Bellemera e Jean Le Coq, ainda no século XIV, e o mais famoso desses livros, o de Matthaes De Afflictis, teve a sua primeira edição em 1499, em terras lusitanas, a primeira obra foram as *Decisiones Supremi Senatus Lusitaniae*, de António da Gama, impressa em 1578. A partir de investigações em repertórios bibliográficos, como a *Bibliotheca Lusitana*, de Diogo Barbosa Machado, e o recente banco de dados do Projeto SILA¹⁰, foram encontradas oito obras ligadas à literatura de *decisiones*. As *Decisiones et quaestiones Senatus Archiepiscopalis Metropol. Ulyssiponensis Regni Portugalia* (1643), de Manuel Themudo

da Fonseca, foram elaboradas a partir da prática processual do tribunal da Arquidiocese de Lisboa, fugindo dos objetivos deste artigo, da mesma forma que as *Decisiones seu quaestiones forenses ad amplissimo integerrimoque Portuensi Senatu decisiae* (1738), de Diogo Guerreiro Camacho de Aboim, cujos problemas práticos eram oriundos da jurisprudência da Relação do Porto. Priorizaram-se, para este trabalho, as obras relacionadas à jurisdição secular e do mais alto tribunal português no Antigo Regime, a Casa da Suplicação.

Este trabalho lidou, portanto, com as seis obras mais representativas do gênero jurídico-textual em apreço em Portugal, a saber: *Decisiones Supremi Senatus Lusitaniae*, de António da Gama, primeira edição em 1578; *Decisionum, consultationum ac rerum judicatarum in Regno Lusitaniae*, de Álvaro Valasco, primeira edição em 1588¹¹; *Practicarum observationum sive decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae*, de Jorge de Cabedo, primeira edição em 1602¹²; *Decisiones Senatus Regni Lusitaniae*, de Belchior Febo, primeira edição em 1619¹³; *Decisiones Supremi Senatus Portugaliae*, de Gabriel Pereira de Castro, primeira edição em 1621; e *Decisiones Supremi Senatus Justitiae Lusitaniae et Supremi Consilii Fisci*, de António de Sousa de Macedo, primeira edição em 1660. Em meio aos outros gêneros literários produzidos em Portugal¹⁴, o número de obras ligadas às *decisiones* pode ser considerado como bastante relevante.

Como já mencionado no primeiro tópico deste artigo, algumas das obras de *decisiones* foram verdadeiros sucessos editoriais. Os

¹⁰ O Projeto SILA (*Stotia Iurisprudentiae Lusitanae Antiquae*) foi organizado pelos professores Nuno Camarinhas e António Manuel Hespanha, que gentilmente cedeu a este autor os resultados, e consiste num banco de dados que contempla toda a produção jurídica entre os séculos XVI e XVIII. Os dados são bastante completos, alcançando todos os gêneros literários produzidos em Portugal nesse período.

¹¹ O primeiro tomo foi editado inicialmente em 1588, ao passo que o segundo tomo saiu pela primeira vez em 1601.

¹² A primeira edição do segundo tomo datou de 1604.

¹³ O primeiro tomo foi publicado em 1619, saindo o segundo apenas em 1623.

¹⁴ Para um panorama amplo dos gêneros literários produzidos em Portugal, ver Hespanha (1982, p. 518-524).

trabalhos de Gama, Valasco e Cabedo tiveram mais de dez edições, algumas delas publicadas nos principais centros editoriais da Europa do período, como Veneza, Antuérpia, Frankfurt am Main, Colônia e Genebra, além de edições que saíram em Lisboa e Coimbra. O primeiro tomo de Febo saiu em 1619, com uma segunda edição em 1623, e o segundo saiu sozinho em 1625; a partir de 1672 e por outras três vezes (1713, 1737 e 1760), foram publicados conjuntamente, sempre em Lisboa e Coimbra. Tiveram quatro edições tanto Castro (entre 1621 e 1745) quanto Macedo (entre 1660 e 1734), todas em Lisboa e Coimbra.

2. *Decisiones* e direito penal: visão geral e comparativa nas obras

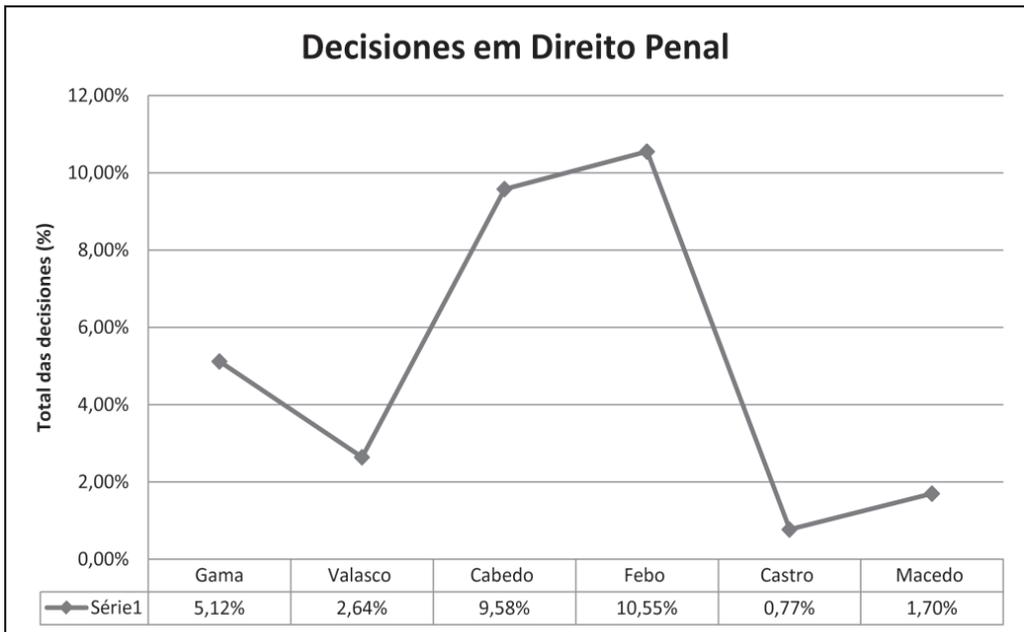
Para se realizar um estudo comparativo das obras de *decisiones* em Portugal, é fundamental que sejam escolhidos alguns parâmetros, os quais guiarão a visão geral sobre o gênero jurídico-literário em apreço. Esses parâmetros podem ser classificados em dois grandes grupos, o dos elementos formais e o dos elementos materiais. No primeiro, a comparação das obras pode envolver aspectos como a quantidade de edições, os editores e as cidades em que foram editados; a estrutura formal também pode ser estudada, a fim de saber se houve semelhanças, por exemplo, no uso e na forma como se apresentavam e se estruturavam as unidades argumentativas dos livros, as *decisiones* ou, no caso de Valasco, as *consultationes*. Já na questão material, é essencial que a análise recaia sobre os fundamentos das *decisiones*, ou seja, aquilo em que se apoiavam os autores para optar por um ou outro caminho argumentativo; esses fundamentos seguiam basicamente o já mencionado tripé legislação/jurisprudência/doutrina, ou seja, ou eram opiniões doutrinárias, ou decisões dos grandes tribunais ou textos legais, com as

características que tinham as leis no Antigo Regime (MOHNHAUPT, 1972, p. 188-239).

Finalmente, a análise comparativa que tenha por objeto elementos materiais pode se interessar pelo conteúdo de cada uma das *decisiones*, agrupando-as de acordo com determinadas matérias. No já mencionado estudo monográfico sobre o tema em discussão, optou-se por classificar cada uma das *decisiones* de todas as seis obras mencionadas, dividindo-as em quatro grandes grupos, num critério que seguiu a estrutura das Ordenações do Reino. Ao primeiro grupo pertenciam as matérias de direito público e as relacionadas ao direito eclesiástico¹⁵; ao segundo, as *decisiones* com conteúdo predominantemente de direito processual civil; ao terceiro, as questões de direito privado; e, por fim, ao quarto, as questões de direito e processo penal. Essa classificação pretendeu trazer os temas mais repetidos em cada um dos grupos, mas a monografia não avançou à análise de conteúdo das obras de *decisiones*. A intenção foi essencialmente fornecer uma visão geral, possibilitando que se enxergassem essas obras como um gênero textual específico da esfera discursiva jurídica. Acredita-se que investigar a fundo o conteúdo seja trabalho para artigos específicos, a exemplo deste que agora se desenvolve.

As estatísticas comprovam que o direito penal foi, em todas as obras analisadas, a seção do conhecimento jurídico menos frequente. Se a maior parte das *decisiones* tratou de questões relativas ao direito privado, em direito penal esse número foi bastante reduzido. O gráfico abaixo retrata os referidos números:

¹⁵ Diante da dificuldade de se tratar do Direito Público no Antigo Regime, seguiu-se uma linha em que se viam como parte deste grupo as questões que abordassem temas como doações régias, bens régios, ofícios, tributos, organização da justiça (em que não se tratasse de questões processuais) e privilégios, razão pela qual as matérias de direito eclesiástico que aqui se classificaram diziam respeito aos privilégios concedidos à Igreja.



Enquanto o interesse pelo direito penal parece ter sido maior em Jorge de Cabedo e em Belchior Febo; em António da Gama e em Álvaro Valasco, ele foi bem menor; ao passo que em Gabriel Pereira de Castro e em António de Sousa de Macedo, ele foi mínimo. Ao serem apresentados números brutos referentes a essas questões, os resultados são reveladores: em Gama, 20 *decisões* cuidaram de questões de direito e processo penal num total de 390; em Valasco foram 5 de 195 (dois tomos); em Cabedo, foram 32 de 334 (dois tomos); em Febo, 23 de 218 (dois tomos); em Castro, 1 de 129; e em Macedo 2 de 117. Ao se comparar os resultados de direito penal com outros grupos, percebe-se que, de fato, não se tratou de tema da predileção dos decisionistas: se em Gabriel Pereira de Castro direito penal não correspondeu sequer a 1% do total, as questões envolvendo direito privado chegaram aos 78%, número próximo aos 72% de Valasco e ainda inferior aos 84% de Gama.

Por um lado, esses números significam, sem dúvida, um pequeno interesse pelas matérias

criminais, o que pode ter diversas explicações. Entretanto, eles não devem fazer o pesquisador relegar esses casos a um plano de inferioridade. Mesmo sendo poucas as *decisões* dedicadas a questões criminais, elas oferecem inúmeras possibilidades de discussões sobre como era visto e aplicado o direito penal pela doutrina jurídica e pelos tribunais.

As questões indicadas pelo título deste trabalho foram algumas das mais importantes entre as enfrentadas pela literatura de *decisões* em matéria criminal. Por serem questões que se relacionam intimamente ao exercício do poder político dentro do reino, compreender a forma como esses autores lidavam com esses temas pode auxiliar a enxergar, de forma geral, a organização do Estado em Portugal.

3. Jurisdição e competência

Em meio à pluralidade de ordenamentos e de jurisdições, as discussões envolvendo questões de competência eram muito frequentes no Antigo Regime, e, em matéria criminal, elas também

se fizeram presentes. Na obra de Jorge de Cabedo (1620), algumas *decisiones* trataram do tema.

Na *Decisio* LXXIII, discutiu-se a extensão da competência dos vereadores (*decuriones*) em matéria criminal, notadamente sobre a possibilidade de eles determinarem a pena de prisão. Essa discussão remete à questão dos poderes locais, notadamente aos conselhos cujos poderes e deveres eram fixados, desde o Medievo, pelos forais¹⁶. Acerca da origem desses documentos, que eram outorgados pelo rei ou por senhores a vilas ou cidades, percebe-se uma espécie de transferência ou delegação, ainda que simbólica, de poderes, situação que ajuda a entender a resolução da questão proposta por Cabedo.

Retornando à *decisio*, vê-se que, nos prolegômenos, Cabedo foi categórico ao indicar que os vereadores não possuiriam jurisdição nem quando atuavam como juízes¹⁷; os juízes ordinários guardavam semelhanças com os vereadores, especialmente pela forma de investidura (eletiva), e com eles se equiparavam, mas isso não implicava serem os vereadores dotados de poderes jurisdicionais; só exerciam a jurisdição aqueles a quem havia sido transferida essa prerrogativa. Não podiam, portanto, mandar alguém ao cárcere, mas tinham apenas alguns poderes de coerção, a exemplo da aplicação de multas pecuniárias. Ao final da *decisio*, Cabedo transcreveu decisão tomada pela Casa da Suplicação, em 1527, em que o tribunal seguiu essa linha, afirmando que os vereadores da cidade do Porto não tinham poderes para mandar encarcerar sujeito que cometeu crime de injúrias verbais, mas podiam mandar aplicar pena de multa pecuniária (CABEDO, 1620). O

único autor citado por Cabedo, nesta *decisio*, foi Bártolo.

Precipualemente de matéria processual penal cuidou a *Decisio* CLVI, na qual Cabedo discutiu a possibilidade de os corregedores do processo criminal conhecerem de determinado feito por meio de apelação. A questão de fundo dizia respeito ao uso do recurso para impugnar decisão desfavorável em caráter pontual. A matéria discutia um pronunciamento sobre incompetência do juízo para conhecer do referido caso, o qual não é esclarecido pelo autor, e a tese de Cabedo, fundada nas opiniões de António da Gama e Álvaro Valasco, era que o pronunciamento sobre incompetência deveria ser fixado por decisão interlocutória¹⁸. Consequentemente, a decisão deveria ser atacada por recurso de agravo de instrumento (*instrumentum grauaminis*), e não por apelação. Além dos dois autores citados e das Ordenações do Reino, Cabedo (1620) indicou, sem dar maiores detalhes, uma decisão tomada pela Casa da Suplicação em 11 de julho de 1594 que foi justamente nesse sentido.

Também sobre competência é a *Decisio* CCIX. Cabedo relatou caso ocorrido na cidade de Tavira, em que o juiz de fora¹⁹ foi acusado de ter cometido lesão grave contra indivíduo, o que o fez se questionar sobre qual o juízo competente para conhecer o caso. A dúvida inicial era se a competência seria do corregedor da comarca (*praeses provinciae*), mas Cabedo respondeu negativamente à questão, pois esse magistrado careceria de poderes para julgar crime cometido por juiz de fora durante o seu ofício, uma vez que suas funções de fiscalização

¹⁶Sobre os forais, ver, dentre muitos outros, Caetano (2000, p. 235-239) e Silva (1985, p. 116-119).

¹⁷“Decuriones nullam habent iurisdictionem ad iudicandum, nisi simul cum iudice, & adsque eo non possunt iubere, ut quisque capiatur” (CABEDO, 1620, p. 95).

¹⁸“[...] nam semper pronuntiatio incompetentiae, siue pronunciet quis se pro iudice, siue pro non iudice, est simplex interlocutoria” (CABEDO, 1620, p. 169).

¹⁹Juizes de fora eram magistrados letrados, ou seja, que tiveram formação universitária e foram aprovados no exame para ingresso na magistratura, a chamada Leitura de Bacharéis, perante o Desembargo do Paço.

recaíam apenas sobre os oficiais locais²⁰. A autoridade competente, nesse caso, era o Corregedor do Crime da Corte (*praetore curiali*), da Casa da Suplicação, e o fundamento para essa medida residia no texto das Ordenações Filipinas (Livro III, Títulos VI e VIII), que garantia o direito de alguns de serem citados e trazidos à Corte para serem julgados por esse magistrado²¹. Mesmo sem apresentar maiores detalhes, afora a cidade de origem (Tavira, em Algarves) e o ano do julgamento (1591), percebeu-se que o caso é oriundo da prática processual da Casa da Suplicação (CABEDO, 1620, p. 206).

Já no segundo tomo, Cabedo apresentou a *Decisio LX*, cujo tema principal era a aplicação das penas a cativos (CABEDO, 1620, p. 101-102). O argumento trazido pela *Decisio LXXIII* reaparece, e Cabedo mantém a determinação de que apenas os oficiais de justiça, que a exercerem em nome do rei, podiam aplicar penas, especialmente os casos de encarceramento; os vereadores até poderiam dispor sobre penas e executá-las, mas somente em se tratando de penas pecuniárias²². Portanto, Cabedo reafirmou a necessidade de ter um oficial régio como aplicador da pena.

Por fim, resta mencionar a solitária discussão de Gama sobre jurisdição e competência. Na *Decisio LIII*, o autor tratou da possibilidade de um português que já fora condenado em Castela por crime cometido contra castelhano ser julgado também em Portugal, por juiz ordinário. Partindo de descrição da situação concreta, Gama trouxe detalhes sobre o caso, como os nomes das partes, a cidade de origem e até o valor da multa aplicada ao indivíduo condenado, além dos desembargadores que cuidaram do caso (António de Macedo, Ario Pinz Cabral, Francisco de Leiria, Felipe Antunes e o próprio António da Gama). A opinião de Gama acerca dessa situação foi pela possibilidade do julgamento, mesmo diante de condenação anterior em outro reino. Como fundamentos da sua opinião, o autor usou várias obras doutrinárias, podendo ser mencionados os nomes de Bártolo, Johannes Andreae, António Gómez e Diego Covar-

²⁰ Em síntese, “no plano jurídico, os corregedores tinham funções de fiscalização da justiça e dos seus oficiais locais (com excepção dos juizes de fora)” (CAMARINHAS, 2010, p. 100).

²¹ É esclarecedor este trecho das Ordenações: “E podem ainda ser citados para a Corte, e hão de responder nella perante os Corregedores, ou outros Desembargadores, a que o conhecimento do caso pertencer, os Concelhos, não sendo o da cidade de Lisboa, que tem Juiz particular, e os Corregedores, Juizes e Alcaldes Mores, e quaisquer outras pessoas seculares, que jurisdição de Nós tiverem em qualquer parte de nossos Reinos e Senhorios, e os Mestre de Ordens, e os Commendadores, que tem lugar de senhorio, nos casos, em que a jurisdição à Nós pertença” (Liv. III, Tit. VII, 5).

²² “[...] quod loquuntur solum in poenis positis ab officialibus iustitiae, qui nomine regio exercent iurisdictionem, & qui poenas imponere possunt, his enim iubent ordinationes, ut eas ad arbitrium suum non applicent, at non loquuntur in Decurionibus seu officialibus Camerae, qui statuta, & decreta possunt facere, & poenas in illis ponere in bonum publicum oppidorum, & ciuitatum” (CABEDO, 1620, p. 102).

rubias y Leiva, além da já comentada decisão da Casa da Suplicação (GAMA, 1683, p. 100-101).

4. Imunidade eclesiástica

Entre os conflitos de jurisdição, provavelmente o mais frequente no Antigo Regime dizia respeito às situações em que se cruzavam as jurisdições secular e eclesiástica. De um modo geral, em Portugal era muito forte a tese de que as relações entre o Estado e a Igreja seriam marcadas pelos privilégios que esta detinha em face daquele, e eram justamente esses privilégios que justificavam tratamentos diferenciados, como a isenção de tributos. Sobre o assunto, a retratar o que se pensava no período, é ilustrativa a opinião do principal comentarista das Ordenações, Manuel Álvares Pegas, que escreveu, na segunda metade do século XVII, que essas imunidades não poderiam ser revogadas pelo rei²³. Desta forma, conviviam a jurisdição secular e a eclesiástica, mas havia grandes dificuldades em se determinar quando cada uma deveria predominar. Nas Ordenações, as regras sobre a questão pressupunham a independência das jurisdições, mas trouxe uma disciplina para essas relações, a começar, no Liv. II, Tit. I, com os casos em que clérigos e religiosos deveriam responder perante as autoridades seculares. O tratamento da imunidade, por sua vez, vinha do Título V do mesmo livro.

Entre os aspectos em que se tocavam as jurisdições secular e eclesiástica, a imunidade é de uma importância notável para as questões criminais. As relações entre o tema e o direito penal são tamanhas que é justamente nesse sentido o primeiro comentário a ele dedica-

do por Pegas, que a relaciona às fugas e aos refúgios de delinquentes em igrejas²⁴. O texto das Ordenações sobre a imunidade é expresso quanto à finalidade desse instituto, destinado primordialmente aos casos em que pode a Igreja proteger todo aquele que nela adentra, ainda que seja um malfeitor. Os limites para essa proteção foram traçados em todo o Liv. II, Tit. V, a começar pelo próprio *caput*, em que o critério da pena aplicada ao condenado já começa a se fazer presente:

“E porque a Igreja somente defende o malfeitor, que tem feito tal malefício, por que merece haver morte natural, ou civil, ou cortamento de membro, ou qualquer outra pena de sangue: E não cabendo no malefício cada huma dessas penas, a Igreja o não defende, ainda que se acoute a ella, em tal caso o Juiz secular poderá tirar dela o malfeitor, e fazer delle justiça, dando-lhe pena de degredo, ou qualquer outra pena de Direito” (ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1957-1966).

Unicamente as penas mais graves justificariam a proteção da Igreja; caso contrário, não haveria que se falar em imunidade. Os parágrafos do Título V indicam outras situações não alcançadas pela imunidade eclesiástica, como o malefício deliberado antes de entrar na Igreja (§2) e a ação de ladrão público de estradas (§3). O elemento subjetivo – dolo – descrito no §4 merece uma investigação à parte, bem como o refúgio de escravo fugido (§6). Em linhas gerais, as disposições do Direito Pátrio sobre imunidade eclesiástica eram as descritas, mas é justamente a partir desses textos legais que sur-

²³ “Aduerte tamen, quod quamuis haec exemptio Clericorum sit inducta lure humano, Princeps saecularis, utcumque summus sit, non poterit huic immunitati, aut exemptioni proprijs Legibus, propriave autoritate, derogare” (PEGAS, 1683, p. 3).

²⁴ “De immunitate Ecclesiarum, siue eorum, qui ad Ecclesias confungiunt, & quando gaudeant immunitate delinquentes ad eam confugientes [...]” (PEGAS, 1683, p. 341). Logo em seguida, Pegas trouxe rica revisão da literatura produzida sobre a questão, indicando majoritariamente autores lusitanos, mas também nomes de outras partes, como Jerónimo Castillo de Bobadilla, Diego Covarrubias y Leiva e Johannes Gutiérrez.

giram dúvidas sobre a aplicabilidade do direito escrito a determinadas situações. Pensando em resolver essas questões, os autores de literatura de *decisiones* abordaram casos concretos problemáticos, que serão comentados a seguir.

Sobre esses conflitos, Gama escreveu algumas *decisiones*, geralmente retratando casos em que os réus ou condenados por crimes comuns buscavam refúgio em igrejas, visando escapar à perseguição pelo poder público. A *Decisio CXLI* traz uma curiosa situação em que o ladrão, um João Dias, de epíteto Limosna, mesmo estando amarrado, saltou em cima de jumento e fugiu da prisão, parando em átrio de igreja e sendo acolhido pelo vigário. No procedimento de recaptura, alegou que não poderia ser preso por estar protegido pela imunidade da Igreja. O corregedor da província não aceitou esse argumento, no que foi seguido na Casa da Suplicação pelos desembargadores Simão de Miranda, Gaspar de Melo, Simão Carvalho, Luís Alunz e o próprio Gama. Como fundamento da sua opinião, além da referida decisão judicial, Gama citou Tiberius Deciano e Oldrado da Ponte, não mencionando as Ordenações (GAMA, 1683, p. 194). Caso parecido, exceto pela caricata situação descrita, foi o da *Decisio CLXXI*, também baseada em situação concreta julgada por Gama na Casa da Suplicação. O ladrão João Pedrosa, que à época trabalhava na Igreja de São Nicolau, em Lisboa, refugiou-se com a coisa furtada na própria Igreja, mas foi considerado “ladrão público”, o que implicou a não aceitação da tese da imunidade eclesiástica (GAMA, 1683, p. 222).

Nas duas outras *decisiones* em que Gama abordou a questão, também prevaleceu o argumento de que não se poderia falar em imunidades eclesiásticas. Na *Decisio CCLXXXI*, Gama se questionou sobre a aplicação da imunidade eclesiástica ao caso de condenado a pena de tortura que se refugia em igreja. Para ilustrar a situação, relatou três casos, sendo o principal

deles, que aparece logo no início da *decisio*, o de Belchior Dias, condenado à tortura por ter cometido adultério e homicídio contra o esposo de sua amásia. A justificativa para a negativa de Gama residia na gravidade da pena aplicada, que não seria uma pena ordinária (GAMA, 1683, p. 362).

A *Decisio CCCLXII*, por sua vez, baseou-se na situação concreta de um condenado a pena de três anos de exílio que buscou refúgio em igreja da cidade de Setúbal, mas tampouco logrou êxito na sua alegação da imunidade religiosa, que não prevaleceu em nenhuma das instâncias em que o processo foi apreciado. Trata-se de caso interessante, entre outras razões, por permitir um contato com situação concreta que foi julgada pelas três instâncias da jurisdição régia (o juiz da localidade, a corregedoria da comarca e a Casa da Suplicação). Inexistem indícios de que o condenado fosse pessoa influente ou com bens, o que representa uma sinalização de que processos comuns poderiam alcançar as mais altas instâncias da justiça portuguesa no Antigo Regime, mesmo diante da infinidade de dificuldades encontradas nesse percurso. Ademais, a fundamentação de Gama sobre a preponderância da jurisdição secular residiu, precipuamente, no fato de o réu ter sido condenado à pena de trabalhos forçados de duração perpétua, a qual foi permutada pela Casa da Suplicação, em exílio por três anos²⁵, sendo necessário, nesses casos, ser mantida a jurisdição secular para que seja acompanhada, pelo Estado, a execução da pena²⁶.

²⁵ “Et iudicatum fuit per iudicem, auditorem, ac Senatores nostros, ut ipse immunitate Ecclesiae non debeat gaudere. Ea ratione, quia per condemnationem perpetui exilij in opus publicum servus poenae remansit, ideo immunitate Ecclesiae non gaudebit” (GAMA, 1683, p. 479).

²⁶ “At vero sententia iudicialis est, quatenus iudicat executionem poenae perpetui exilij prius faciendam, quia semper saeculares iudices in executione negotium ad finem cum effectu perducere debent” (GAMA, 1683, p. 480).

Esses dois últimos casos indicam que a aceitação da alegação da imunidade eclesiástica – a qual, na prática, significava a competência para a aplicação da pena, tendo em vista que haveria, nessa esfera, uma punição, ainda que mais branda do que a originalmente pensada – não poderia ser aceita quando a pena aplicada fosse severa. Dentre as várias penas previstas no Livro V das Ordenações, as perpétuas de trabalhos forçados e de tortura seguramente estavam entre as mais graves, impedindo, assim, que os casos em que elas fossem aplicadas autorizassem o usufruto de uma espécie de anistia com base na imunidade eclesiástica.

Por fim, os dois casos trazidos por Valasco. A *Consultatio XLVIII*, diferentemente das *decisiones* de Gama, teve uma estrutura diferente, tendo em vista que, mesmo retratando uma situação concreta, não houve indicação de decisão judicial da Casa da Suplicação; o caso foi retratado de forma genérica, sem detalhes sobre os envolvidos. Valasco, como de costume, buscou aprofundar as discussões com os temas que serviam de base para os seus argumentos. A situação em questão tratava de condenado a pena de exílio que se integrou a ordem religiosa e passou a alegar o benefício eclesiástico. Valasco começou relatando que a remissão pelo juízo secular, em casos de condenados que entram para ordem religiosa, era comum, mas não liberava o condenado em casos de dolo, fraude ou de fuga do juízo secular (VALASCO, 1593, p. 49-49); ao lidar com a possibilidade de a entrada em ordem religiosa ter sido com o intuito de fraudar a justiça secular, servindo, assim, para possibilitar a fuga da perseguição, Valasco afirmou que o direito pátrio dispensava a prova a depender de o réu ter feito o voto antes da prática do delito criminal, a caracterizar a presunção absoluta de sua imunidade. Em seguida, discutiu-se situação em que já havia sentença transitada em julgado no juízo secular, conde-

nando-se o indivíduo à pena de exílio por dez anos – antes da sua entrada na ordem religiosa. Mas, no juízo eclesiástico, houve remissão. Após ilustrar a situação com diversas opiniões sobre o tema, o autor se posicionou pela prevalência da decisão do juízo eclesiástico, uma vez que não havia, de fato, sentença lata secular, pois esta deveria ser dirigida a pessoa leiga, o que não era o caso relatado, tendo em vista que o indivíduo em questão havia se tornado membro de ordem religiosa²⁷. Portanto, no caso em questão, após bem articulada construção de hipóteses e de argumentos, prevaleceu a imunidade religiosa.

A *Consultatio LXXXI*, por sua vez, tratou da possibilidade de se realizar citação, em processo criminal na justiça secular, de réu refugiado em igreja. Novamente, nesse caso, Valasco segue uma estrutura diferente da utilizada por Gama, já que não apresenta dados reais sobre a situação concreta descrita na *consultatio*. Ademais, a forma como foram colocadas as questões denota que o autor buscou dar maior complexidade à estrutura do texto, levantando vários pontos que pretendia responder ao longo do texto. Inicialmente, Valasco buscou deixar claro que a imunidade eclesiástica alcançava os cemitérios das igrejas²⁸. A questão de fundo da *consultatio*, contudo, dizia respeito ao que era alcançado pela imunidade eclesiástica, ou seja, o que a justiça régia realmente não poderia fazer em locais onde prevalecia a imunidade clerical. Nessa altura, a citação em processos laicos sobressai justamente por ser o ato que oficializa

²⁷ “Nec est mirandum, quod remissione facta ad ecclesiasticum in casu quo reus laicus post condemnationem in fraudem iurisdictionis factus est clericus, non teneatur stare sententiae iudicis laici, quia tunc remittitur tanquam homo fori illius, qui non potest puniri per sententiam iudicis saecularis, quae est lata tanquam contra laicum, non tanquam contra clericum, unde contra eum procedere tanquam contra subitum non auit ut purus executor” (VALASCO, 1593, p. 50).

²⁸ VALASCO, 1593, p. 117-118. Também Pegas (1683, 16-17, p. 349) examinou a questão.

a entrada do réu no processo. Sua nulidade, segundo as próprias Ordenações, causaria a nulidade de todo o processo. Valasco discutiu a possibilidade de citação pela justiça laica ser feita em igreja e afirma, seguindo os argumentos de dois expoentes da *opinio communis*, Bártolo e Alexandre Tartagnus, que a citação verbal realizada em igreja e em cemitério é válida, mas a citação real é nula, acarretando, assim, a nulidade de todo o processo (VALASCO, 1593, p. 118-118). Por fim, Valasco levantou a hipótese de o réu ser citado por justiça criminal secular e, antes de a citação ser efetivada, refugiar-se em igreja e fazer parte de ordem religiosa; para o autor, isso não seria motivo para que ele não fosse parte no processo, uma vez que ele poderia formar o processo, receber sentença e ter seus bens executados, e, ainda que não saísse da igreja para comparecer em juízo, poderia nomear procurador que o representaria (VALASCO, 1593, p. 118). Nas últimas linhas, Valasco utilizou estrutura conclusiva, a qual não é muito facilmente encontrada nos demais autores; assim, ele arrematou o seu argumento no sentido de ser válida a citação verbal em processo criminal feita em igreja ou cemitério²⁹.

Ao se compararem as discussões travadas por Gama e Valasco com relação ao alcance da imunidade eclesiástica, percebe-se que as suas exceções eram suficientemente amplas para alcançarem casos de fraude, diretamente direcionados a uma tentativa do réu ou do condenado de escapar da percução criminal por parte da justiça secular. Ainda que se res-

peitasse o ambiente eclesiástico, esse privilégio não poderia significar a institucionalização da impunidade. Os textos apresentados, típicos representantes da *opinio communis* em Portugal nos séculos XVI e XVII, são exemplares dessa preocupação, a qual tem um forte significado no sentido do fortalecimento do poder estatal.

5. Considerações finais

A partir do que se apresentou, especialmente nos dois últimos tópicos deste trabalho, pode-se perceber a grande importância das obras de *decisiones* portuguesas, que são preciosas fontes tanto para entender o processo de formação de um direito nacional lusitano quanto para compreender um pouco da dinâmica processual do período. Em uma época marcada pela pluralidade de ordenamentos jurídicos, o direito régio passou a exercer um papel de liderança no sentido da unificação, a qual representou uma das principais consequências – ainda que isso não seja tão facilmente percebido pelos estudiosos do período – dos movimentos liberais que sepultaram o Antigo Regime e fizeram surgir um modelo de Estado que, com algumas modificações, é a base daquilo que se tem hoje. Essa ideia do monopólio do Direito pelo Estado, tão forte ao longo dos séculos XIX e XX, sucedeu a um momento em que a pluralidade foi a regra, e o direito régio, manifestação do poder soberano detido pelo monarca, foi crucial para que o processo de centralização avançasse durante o Antigo Regime.

O papel da literatura de *decisiones* nesse contexto foi notável, em virtude de ela servir de ligação entre o que se produzia e funcionava como doutrina jurídica e o direito vivo da prática forense. Tratou-se de verdadeiro movimento dialético, em que a produção literária e as decisões dos altos tribunais se relacionaram e se influenciaram mutuamente, tornando o direito

²⁹ “Itaque apparet, quod commissio de citando censetur, ac dicitur esse pars processus, & actus iudicialis, quae si fiat in ecclesia, vel eius cimiterio, est nulla ipso iure, sed si nuncius verbaliter citet in ecclesia, etiam ad causam criminalem, non erit nulla talis citatio, & tenebunt processus sententiae eius virtute secure. Dummodo tamen per talem sententiam non infligatur citato aliquo poena sanguinis vel corporalis, sed tantum quaelibet alia poena pecuniaria, satisfactoria delicti prout” (VALASCO, 1593, p. 118).

comum e os direitos pátrios ao mesmo tempo indissociáveis, em virtude da dependência mútua que os envolvia, e cada vez mais segregados, pois a delimitação do que correspondia às especificidades nacionais ficava cada vez mais clara com as decisões tomadas pelos altos tribunais e que, graças às obras de *decisiones*, eram divulgadas a quem lidava com o Direito. Essas obras atuavam como espécies de coletâneas de jurisprudência e doutrina modelares.

Os dois grupos de questões dentro das matérias criminais que foram abordados neste trabalho são exemplares disso. Ao mesmo tempo em que os autores mencionados eram fortemente influenciados pela *opinio communis* relativa aos temas, citando, assim, nomes como Bártolo, Baldo, Alexandre Tartagnus e outros, os casos concretos por eles discutidos haviam sido inspirados em decisões tomadas pela Casa da Suplicação. Gama, Valasco e Cabedo resolviam situações concretas a partir de uma série de elementos fundamentadores (a tríade legislação/jurisprudência/doutrina), interligando-os e oferecendo respostas que, justamente por resolverem problemas da vida forense cotidiana, contribuíram para a construção de um direito nacional. Pensar que os ordenamentos jurídicos nascem unicamente a partir de uma disposição do poder soberano ou de seus representantes é esquecer a vital importância de outras manifestações, e o estudo das obras dos decisionistas possibilita, de forma bastante clara, a sua visualização.

Referências

BELLOMO, Manlio. *The common legal past of Europe, 1000-1800*. Tradução de Lydia G. Cochrane. Washington, DC: Catholic University of America Press, 1995.

BIROCCHI, Italo. La formazione dei diritti patri nell'Europa Moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento. In: BIROCCHI, Italo; MATTONE, Antonello: *Il Diritto Patrio tra Diritto Comune e codificazione* (secoli XVI-XIX). Roma: Viella, 2006.

CABEDO, Jorge de. *Practicarum observationum sive decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae*. Antuérpia: Ioannem Keerbergium, 1620.

CABRAL, Gustavo César Machado. *Os decisionistas portugueses entre o direito comum e o direito pátrio*. 380f. 2013. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CAETANO, Marcelo. *História do direito português (sécs. xii-xvi)*. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000.

CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto: le fonti*. Milão: Giuffrè, 1954. v. 1.

CAMARINHAS, Nuno. *Juízes e administração da justiça no Antigo Regime: Portugal e o império colonial, séculos XVII e XVIII*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2010.

- CASSANDRO, Giovanni. *Lezioni di Diritto Comune*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1980.
- CASTRO, Gabriel Pereira de. *Decisiones Supremi Eminentissimique Senatus Portugalliae*. Lisboa: Petrum Craesbeeck, 1621. v. 1.
- FEBO, Belchior. *Decisiones Senatus Regni Lusitaniae*. Lisboa: Officina Georgij Roderici, 1623.
- GAMA, António da. *Decisionum Supremi Senatus Lusitaniae Centuria*. Antuérpia: Joannem Baptistam Verdussen, 1683. v. 4.
- HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982.
- KOSCHAKER, Paul. *Europa und das römische Recht*. München: C.H. Beck, 1958.
- MACEDO, António de Sousa. *Decisiones Supremi Senatus Justitiae Lusitaniae, & supremi Consilij Fisci*. Lisboa: Typs & sumptibus Iannis a Costa, 1677.
- MILETTI, Marco Nicola. *Stylus judicandi: le raccolte di "decisiones" del Regno di Napoli in Età Moderna*. Napoli: Jovene, 1998.
- MOHNHAUPT, Heinz. Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime. *Ius commune*, v. 4, p. 188-239, 1972.
- NÖRR, Knut Wolfgang. Iura novit curia: aber auch fremdes Recht. In: DAUCHY, Serge; BRYSON, W. Hamilton; MIRROR, Matthew C. *Ratio decidendi: guiding principles of judicial decisions: 'foreign' law*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 9-16. v. 2.
- PEGAS, Manuel Álvares. *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*. Tomo VIII. Lisboa: Typographia Michaelis Deslandes, 1683.
- SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta juris permissione: tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI-XVIII)*. Rio de Janeiro: REVAN, 2006.
- SCHOLZ, Johannes-Michael. Portugal. In: COING, Helmut. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500-1800), das Zeitalter des Gemeinen Rechts. Zweiter Teilband: Gesetzgebung und Rechtsprechung. München: C.H. Beck, 1977, p. 1319-1342. 2v.
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.
- VALASCO, Álvaro. *Decisionum, consultationum, ac rerum iudicatarum in Regno Lusitaniae*. Tomo I. Lisboa: Antonius Alvarez Typog, 1593.
- WIJFFELS, Alain. Orbis exiguus: foreign legal authorities in Paulus Christianaeu's Law Reports. In: DAUCHY, Serge; BRYSON, W. Hamilton; MIRROR, Matthew C. *Ratio decidendi: guiding principles of judicial decisions: 'foreign' law*. Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 37-62. v. 2.

Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário

Uma proposta de releitura do princípio constitucional

MARCUS EDUARDO DE CARVALHO DANTAS

Sumário

Introdução. 1. Função social como limite imposto pelo Estado. 2. Propriedade como noção abstrata. 3. Função social como limite interno: sistema de direitos e conformação do direito subjetivo. 4. Superando a abstração do conceito: propriedade e “propriedades”. 5. O exercício como uma dimensão integrante do conceito de propriedade. 6. Estrutura, função e autonomia da posse frente à propriedade. 7. A função social da propriedade como função social da posse exercida pelo proprietário. 8. Benefícios decorrentes da interpretação da função social da propriedade como função social da posse exercida pelo proprietário. Conclusão.

Introdução

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas é mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado (PUC-Rio); doutor em Direito Civil (UERJ). Bolsista de pós-doutorado Jr. (CNPQ/UERJ). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF-MG).

Na cerimônia de instalação do Fórum Nacional para Monitoramento e Resolução dos Conflitos Fundiários, o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ressaltou que, no que diz respeito ao acesso à terra, “o Brasil chegou ao século XXI sem ter resolvido problemas com raízes no século XVI” (CNJ, 2009). Sem desconsiderar o peso das questões políticas e econômicas incidentes sobre o tema, parte-se do pressuposto de que as investigações doutrinárias ainda têm um campo para avançar no desenvolvimento de soluções para o problema indicado. A hipótese que se pretenderá defender aqui é a de que a maior valorização da posse pode contribuir para amenizar o desequilíbrio do cenário.

O objetivo é, de um lado, explicitar o equívoco na avaliação da propriedade como conceito abstrato, com existência autônoma do modo através do qual se materializa. Ou seja: a discussão acerca do direito de propriedade tem relevância como investigação acerca de como esse direito se concretiza, sobre como ele é efetivamente posto em prática pelo seu titular em uma determinada realidade social e econômica (FACHIN, 1988, p. 23). Isso permitirá caracterizar a função social como o exercício do direito de propriedade, aproximando-a da forma concreta que ela adquire através da posse, pois o possuidor é aquele que tem, “de fato, o exercício dos poderes inerentes ao proprietário” (CC, art. 1196). Em tais condições, pretende-se caracterizar a função social da propriedade como a função social da posse exercida pelo proprietário.

Esta primeira etapa será importante para que seja possível ressaltar que a discussão acerca do “lugar” a ser ocupado pelo conceito de função social – se interno ao próprio conceito de direito de propriedade ou limitação externa – é fortemente influenciada por uma visão jusnaturalista de direito subjetivo, a *facultas agendi* que o proprietário naturalmente tem e que cabe ao Estado apenas “reconhecer”. É daí que surge a visão, fundamentalmente distorcida, de que a regulamentação constitucional e legal do exercício do direito de propriedade representa uma “limitação” a um direito que, sendo natural, não admitiria restrições.

Nesse sentido, pretende-se realizar uma contraposição entre essa “visão clássica” e a concepção presente em alguns estudos desenvolvidos por Pietro Perlingieri (1971; 2008) e Stefano Rodotà (1968; 1976; 2013), nos quais a noção de direito subjetivo é superada em favor do reconhecimento da existência de “situações jurídicas subjetivas”, de caráter complexo e variado. Essa frente de trabalho permitirá fundamentar a existência não de uma noção abstrata

e unitária de direito de propriedade, mas uma visão concreta e multifacetada, indicativa de mosaico de “propriedades” que, em cada caso, atrai normativa específica e diferenciada (TEPEDINO, 2004, p. 317).

Por último, se a função social da propriedade é, na verdade, a função social da posse exercida pelo proprietário, tal raciocínio tem consequências importantes na dinâmica de resolução de conflitos possessórios, já que permite a ampliação do objeto de incidência do princípio da função social, em consonância com o caráter principiológico da sua previsão constitucional no art. 5º, XXIII.

Em grande parte das disputas fundiárias relacionadas à disputa pela terra, a parte ré – em tese, aquela que realiza o esbulho – invoca como justificativa do seu comportamento o fato de que o proprietário não cumpre a função social. O objetivo é fazer com que a posse inicialmente qualificada como injusta possa ser considerada uma posse justa, tendo em vista que o titular não teria observado os desígnios constitucionais no modo como exerce o seu direito. Como consequência, a parte ré, na condição de possuidora justa, não poderia ser liminarmente retirada do imóvel, mantendo a capacidade de pressão necessária para chamar a atenção das autoridades estatais com a ocupação realizada.

Ocorre que esse tipo de argumentação não é acolhido pelos tribunais, justamente com base no argumento que se pretende contrastar aqui: o de que a função social, sendo “da propriedade”, não tem relação com o exercício da posse, não sendo possível levá-la em consideração nas ações possessórias, visto que o objeto de tais demandas é a tutela da posse. Se a função social da propriedade for reconhecida como função social da posse exercida pelo proprietário, tais barreiras perderão a sua sustentação.

Do mesmo modo, será preciso demonstrar que, dada a variedade de formas que a proprie-

dade pode concretamente adquirir, variada também será a função social exigida em cada caso. Como consequência, será possível reconhecer que a desapropriação é o mais intenso resultado do descumprimento, mas não o único: o proprietário que não cumpre a função social pode também perder o direito de manejar os interditos possessórios, permitindo que os conflitos fundiários sejam resolvidos por meio de uma análise mais detida das razões de cada uma das partes envolvidas em tais disputas.

1. Função social como limite imposto pelo Estado

Concebendo o direito de propriedade privada como tema de direito público, a função social foi historicamente mais estudada pelos publicistas, que normalmente tratam do assunto por meio de um percurso pela história constitucional, buscando traçar uma linha que vai desde Weimar até a Constituição brasileira de 1988, passando pela de 1946, 1967 etc. (SILVA, 2012, p. 123; DANTAS; RENTERIA: 2006, p. 667). Essa investida histórica tem o objetivo de demonstrar como o tema foi sendo gradativamente objeto de preocupação estatal e, aos poucos, deixou de ser apenas uma obrigação que o Estado deveria ter – a de legislar sobre a propriedade tendo preocupação com a função social – para passar à condição de princípio gerador de deveres para toda a coletividade, adquirindo a condição de direito fundamental (BERCOVICI, 2003, p. 72-74).

Nesse contexto de investigação, os deveres que dão conteúdo ao princípio da função social são normalmente encarados como limites que o Estado impõe ao titular do direito de propriedade privada, diminuindo o âmbito no qual ele poderia concretizar os poderes inerentes à sua condição, ou seja, a função social seria uma barreira no exercício da autonomia privada do proprietário.

Essa concepção pode ser criticada, em primeiro lugar, porque pressupõe o direito de propriedade privada do mesmo modo que os civilistas do século XIX, que o concebiam da forma “*plus absolute*”, com a única diferença de que, ao ser direcionado ao cumprimento de uma função, ele teria passado a ser um poder que deveria ser exercido numa esfera de menor extensão, mas ainda de maneira egoística, tendo em conta apenas os interesses do proprietário.

Trata-se da mesma equação que historicamente conectou os conceitos de “propriedade” e de “liberdade”, tornando-os expressões um do outro: o direito de propriedade tinha o seu fundamento no fato de que era encarado como materialização da liberdade e da personalidade humana, razão pela qual deveria ser exercido de maneira ilimitada e protegido, do modo mais intenso possível, contra violações perpetradas por uma entidade abstrata, o “sujeito passivo universal”. Era o “modelo antropológico

napoleônico-pandectista” (GROSSI, 1988, p. 242), que guiou as análises sobre o tema durante todo o século XIX e boa parte do século XX.

Sob tal prisma, a relação entre “direito” e “função social” é necessariamente adversarial: um se contrapõe ao outro como mecanismo de contenção, pois, se a propriedade é expressão da liberdade, qualquer forma de regulação representa uma violação a um direito que naturalmente todos têm em uma medida absoluta.

O desafio aqui é fundamentar as razões pelas quais o proprietário, concebido historicamente pelo pensamento liberal como senhor absoluto de um direito, deveria agora se “conformar” com as limitações ao seu poder empreendidas pelo Estado.

Trata-se de uma equação que chega a desarrumar a visão doutrinária sobre o tema, a ponto de causar, mesmo antes da Constituição de 1988, reações incisivas em setores de excelência no cenário jurídico nacional, como a que se pode verificar na escrita de Antônio Junqueira de Azevedo (1975, p. 20):

“[...] o ‘proprietário’, que deve usar a sua propriedade de acordo com sua função social, quer dizer, que deve usar a sua propriedade no interesse social, já não tem um direito, tem um dever. Ele é alguém que cumpre uma função (é um ‘funcionário’), e, não já, o ‘proprietário’, o ‘dono’ (‘Eu sou o dono!’), com toda a conotação que essas palavras têm.”

Em última instância, a discussão passa a ser até que ponto a exigência decorrente da necessidade de cumprimento da função social não descaracteriza o direito de propriedade, posto que “seria inconstitucional uma lei que, a despeito de definir tal conceito, lhe desse um conteúdo que ficasse muito aquém desse mínimo aceito como sendo o núcleo essencial do domínio” (BASTOS, 1988, p. 102). Mas surge um questionamento pertinente: qual é o mínimo de liberdade que tal direito deve permitir ao proprietário para que se mantenha como tal?

O questionamento é, evidentemente, fruto da dificuldade em conceber que esse direito possa sofrer algum tipo de restrição, e o impasse demonstra a insuficiência desse tipo de abordagem.

2. Propriedade como noção abstrata

A relação adversarial entre “propriedade” e “função social” decorre da concepção de propriedade como uma noção abstrata que tem validade independente da forma por meio da qual se concretiza, e foi fundamental para o desenvolvimento do percurso da burguesia no seu caminho revolucionário de superação das estruturas hierarquizantes do Antigo Regime e, como indicado, estava umbilicalmente ligada à ideia de liberdade.

Concebida como um atributo natural, a concepção de liberdade cunhada pelo racionalismo moderno demandava um ambiente de livre circulação de ideias e de coisas para a sua materialização, razão pela qual o mercado passou a ser o *locus* privilegiado de desenvolvimento da nova sociedade surgida após a Revolução (VARELA, 2002, p. 744).

Entretanto, considerando que nem todos os integrantes dessa sociedade pós-revolução tinham bens por meio dos quais poderiam efetivamente “realizar” suas liberdades naturais, a construção do sistema de direitos inevitavelmente precisou se assentar em bases abstratas, por intermédio do conceito de um “sujeito de direitos”, destinatário de normas gerais e virtualmente capacitado para a celebração de contratos, instrumento essencial para circulação de mercadorias (CLAVERO, 1989, p. 82). Assim, o sistema de direitos decorrente da revolução burguesa transformou a sociedade numa comunidade de proprietários, proprietários de si e, portanto, da força de trabalho necessária para o desenvolvimento da economia. Nesse sentido,

“A partir das contribuições da teologia voluntarista tardo-medieval (em especial dos teólogos franciscanos) e, após, da filosofia jusnaturalista, firma-se um processo de ‘interiorização do *dominium*’, *dominium sui*: o indivíduo descobre-se proprietário, descobre-se centro da ordem jurídica, em substituição à centralidade da *res*. Propriedade, como um ato interior, uma vontade, uma intenção, uma *potentia*, na linguagem dos teólogos voluntaristas – noção simples e, por conseguinte, abstrata – eis algumas das bases da propriedade moderna” (VARELA, 2002, p. 740).

Entendida como um conceito abstrato, a propriedade – “*droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent*” –, desempenhou um papel central no Código Civil de 1804, que era “mais do que um código de pessoas, um código das coisas e da riqueza adquirida” (VARELA, 2002, p. 743). Na verdade, os sistemas jurídicos elaborados pelo pensamento jurracionalista europeu aspiravam à condição de sistemas

“análogos aos que constituíam os sistemas axiomáticos da geometria, cuja base fosse integrada por certos princípios evidentes por si mesmos para a razão humana. Daqueles princípios se deduziriam normas para todos os casos juridicamente relevantes, constituindo-se assim sistemas precisos, completos e coerentes” (NINO, 2010, p. 380).

Essas considerações não têm o objetivo de questionar a diferença entre “ser” e “dever-ser”, que inevitavelmente marca a forma jurídica, garantindo ao sistema de direitos uma estrutura contrafáctica. Mas o processo de abstração por meio do qual a concepção do direito de propriedade foi modernamente engendrada, garantindo a passagem do “*dominium*”

para o “*dominium sui*” ou “*dominium sine usu*”, retirou-lhe inegavelmente o fundamento material que marcava a conformação medieval por intermédio da qual a sua legitimidade estava submetida à forma através da qual ele era concretamente exercido. Como consequência, o “*dominium* compreendido como vontade, como *animus*, pode tranquilamente ser separado dos fatos da vida cotidiana e ser imune a eles” (GROSSI, 1975, p. 248), ou seja, a propriedade passa a ser um direito que não se confunde com as faculdades por meio das quais ele pode ser exercido, não tem relação com a forma através da qual ele ganha uma forma concreta. Essa é a concepção pandectística que, na obra de Windscheid, ganha uma espantosa clareza, como se pode verificar na tradução livre realizada pelo brilhante trabalho de Laura Beck Varela (2002, p. 747):

“A propriedade é a plenitude do direito sobre a coisa, e as faculdades singulares que nela vão distintas não são nada além de exteriorizações e manifestações dessa plenitude [...] assim, a propriedade é também um direito diverso destas faculdades singulares. Ao determinar o conceito de propriedade, não se deve nem mesmo considerar as mudanças destas singulares faculdades nele contidas. A propriedade não nasce mediante a reunião em uma unidade de uma pluralidade de faculdades, mas, ao contrário, as relações singulares da propriedade existem somente em virtude da propriedade.”

É essa abstração que permite pensar a propriedade como uma noção que não tem relação com a forma pela qual ela se materializa através do exercício das faculdades inerentes ao domínio, tornando-se um conceito meramente “operacional”, segundo o qual a referência aos fatos passa a ser uma ilusão (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 121) conservadoramente instrumentalizada pela dogmática. Ao ganhar essa “independência perante a realidade”, o conceito deixou de ter um

conteúdo exclusivo, pois mesmo o possuidor pode ter, “de fato, o exercício”, inclusive “pleno”, dos poderes inerentes ao proprietário, fazendo com que, muitas vezes, a diferença entre o possuidor e o proprietário seja visível apenas pela inscrição no registro.

Duas conclusões podem ser extraídas desse ambiente de ideias: a exigência do cumprimento de uma função social – que por definição se refere à forma de exercício da titularidade – será sempre algo externo ao próprio conceito e, por tal motivo, o direito de propriedade tem existência – e demanda proteção do Estado – independente da sua concretização. Como consequência, a superação dessa visão demanda o reconhecimento de que a função social é uma parte integrante do conceito de direito subjetivo de propriedade e, concomitantemente, o de que ser proprietário só é algo relevante por conta da possibilidade de exercício, “de fato”, e com exclusividade, de um conjunto de poderes atribuídos aos titulares de tal direito.

3. Função social como limite interno: sistema de direitos e conformação do direito subjetivo

O pensamento que coloca a função social como elemento externo ao direito subjetivo de propriedade apresenta uma distorção grave, pois desconsidera a relação de mútua implicação entre a necessidade de compatibilização da autonomia privada e as exigências decorrentes da construção de um sistema de direitos democraticamente constituído.

Se todos são iguais e participam como cidadãos em condições idealmente semelhantes da construção da sociedade e reconhecem a necessidade de tutela de valores coletivamente relevantes, então é inegável que a ideia de um direito “absoluto” ou “incondicionado” é incompatível com a noção de sistema democrático de

direitos: se todos têm os mesmos direitos e na mesma medida, é ilógico considerar que qualquer deles possa ser absoluto. Nenhum bem de existência finita que precise ser distribuído de forma democrática a um determinado número de pessoas pode ser concedido, de forma absoluta ou irrestrita, a qualquer uma delas, e quem quer que vislumbre tal possibilidade estará, na verdade, desconsiderando a essência de um sistema de direitos construído democraticamente (HABERMAS, 2001, p. 151).

Nessa linha de entendimento, a ideia de uma função social nada mais é que o reconhecimento de que os interesses do titular daquele direito precisam se compatibilizar com os de outros cidadãos não proprietários – “contraproprietários” (CATERINI, 2005, p. 284) –, mas que, em um regime democrático, precisam do mesmo respeito e consideração por parte do sistema de direitos construído para a regulação da sociedade como um todo, e em igual medida.

Na verdade, esses interesses não proprietários não são apenas representativos da autonomia privada cidadã, mas dos valores que uma dada sociedade entende que são socialmente relevantes e, por esse motivo, considera que devam ser protegidos pelo seu sistema de direitos cunhado através do exercício da autonomia pública de cada um dos participantes da comunidade democraticamente estruturada.

Assim, a concepção da função social – mecanismo de conformação e compatibilização entre interesses proprietários e não proprietários –, como elemento externo dos direitos subjetivos, está fundamentalmente impregnada por uma visão jusnaturalística que os qualifica como prerrogativas anteriores ao Estado e à própria ideia de sociedade estruturada democraticamente por meio de um sistema de direitos que dá a todos os seus integrantes as mesmas possibilidades de ação, numa relação de co-originalidade entre autonomia pública

e autonomia privada (HABERMAS, 2001, p. 172).

Dessa forma, a ideia de um direito subjetivo absoluto é descartada simplesmente por ser incompatível com a ideia de um sistema de direitos que, democraticamente instituído, tutela interesses de cidadãos proprietários ou não em igual medida de relevância. Nesse sentido, supera-se o entendimento de que a atribuição e a tutela da propriedade estariam ancoradas na expressão da liberdade (RODOTÀ, 2013, p. 65).

Sem obviamente negar a autonomia privada inerente à possibilidade de escolha sobre a apropriação de bens, a atribuição do direito e a sua tutela têm na função social o seu elemento de legitimação, a própria causa de sua atribuição (PERLINGIERI, 1971, p. 53), ou seja, “a propriedade dotada de função social é justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função” (GRAU, 2010, p. 315). Como consequência, se a função social integra o perfil interno do domínio, o seu descumprimento, em última instância, faria desaparecer o próprio direito. A conclusão é em grande medida polêmica – e, diga-se, sem respaldo constitucional –, mas tecnicamente correta e, de certa forma, lógica:

“[...] se a partir deste ponto deixarmos fluir coerentemente o raciocínio, forçosamente concluiremos que a propriedade dotada de função social, que não esteja a cumpri-la, já não será mais objeto de proteção jurídica. Ou seja, já não haverá mais fundamento jurídico a atribuir direito de propriedade ao titular do bem (propriedade) que não está a cumprir sua função social. Em outros termos: já não há mais, no caso, bem que possa, juridicamente, ser objeto de propriedade [...]. A hipótese, se um mínimo de coerência nos for exigido, há de conduzir a perda e não essa estranha ‘desapropriação’” (GRAU, 2010, p. 316).

Se a exigência do cumprimento de uma função social integra o próprio conceito de direito

de propriedade, então é incorreto pensar na necessidade de cumprimento de tal princípio constitucional somente nas hipóteses que podem levar à desapropriação. Essa concepção enseja a superação da dinâmica adversarial historicamente consolidada na sua compreensão como limite a um direito absoluto.

“Disso deriva, conseqüentemente, a necessidade de abandonar a ideia de uma propriedade que, falsamente reconstruída, sofreria um tipo de “corrosão”, provocada pelos princípios constitucionais, de sorte que poderia conferir uma espécie de salvo-conduto (*ius plenum domini*) ao proprietário no interior do território (*meum esse*) que lhe restou, ainda não corroído. [...] A propriedade constitucional, ao contrário, não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transformasse em uma ‘mini-propriedade’ [...], mas, ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa, na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não proprietários (igualmente ou predominantemente) mercedores de tutela, não pode ser examinada ‘*se non costruendo in una endiadi le situazioni del proprietario e dei terzi*’. Assim considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional” (TEPEDINO, 2004, p. 323).

Se os direitos decorrem de um sistema democraticamente estruturado, então nenhum deles é absoluto, e a coordenação entre eles se faz por meio do conceito de função social que, justamente por isso, não esgota seus efeitos na ideia de desapropriação.

4. Superando a abstração do conceito: propriedade e “propriedades”

O artificialismo da concepção abstrata e unitária de propriedade pode ser comprovado, em primeiro lugar, pela simples leitura do modo como a Constituição de 1988 disciplinou o tema, posto que o cientista do direito precisa “lastrear sua investigação em dados oferecidos pelo ordenamento legislativo, refutando uma metodologia falsamente generalizante” (RODOTÀ, 1968, p. 129; 2013, p. 73).

O exame do material legislativo permite reconhecer que a “forma proprietária” (rural, urbana, produtiva, improdutiva, titularizada por estrangeiro etc.) pode se apresentar de maneiras muito diferentes e, como consequência, atrair uma disciplina normativa muito variada (TEPEDINO, 2004, p. 317). Nessa variedade, é inevitável reconhecer que “o mínimo denominador comum entre as diversas figuras de propriedade privada é tão tênue que ao intérprete interessa enfatizar mais as diferenças que as afinidades” (PERLINGIERI, 2008, p. 927), porque a semelhança entre os diversos estatutos proprietários em grande medida se limita ao reconhe-

cimento jurídico de que um ente portador de personalidade jurídica tem a possibilidade de fruir, de maneira exclusiva, de um determinado bem.

Extrai-se da leitura do dado normativo a visão de um conjunto de “propriedades”: não um direito subjetivo a ser exercido sempre da mesma maneira, mas uma “situação jurídica complexa” a demandar, em cada caso, uma regulação específica de acordo com os interesses relevantes em cada estatuto proprietário (RODOTÀ, 1976, p. 893). Como consequência, “chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário” (TEPEDINO, 2004, p. 316).

A pluralidade de formas por meio das quais a propriedade pode se materializar evoca a idêntica diversidade de modos de exercício dos poderes titularizados pelo proprietário, o que demanda o aperfeiçoamento da tese que preconiza a indissociabilidade entre o direito subjetivo de propriedade e a necessária avaliação da sua concretização por meio da operacionalização dos poderes inerentes a tal condição. É o que se pretende realizar no tópico a seguir.

5. O exercício como dimensão integrante do conceito de propriedade

A noção pandectística de propriedade cunhada principalmente por Windscheid decorre da desconsideração de que o conceito é resultante de uma união indissociável entre estrutura e função (BOBBIO, 2007, p. 53), pois o direito de propriedade não é relevante “em si mesmo”, desvinculado do conteúdo que dá corpo ao domínio. Um determinado bem só é qualificado como relevante em função do modo pelo qual concretamente se estruturam as relações sociais. Um bem jurídico de caráter patrimonial, portanto, só é relevante porque é intensamente desejado no mercado de trocas econômicas em torno do qual a sociedade está arrumada – de nada adiantaria ser proprietário de uma barra de ouro em uma ilha deserta. Como consequência, a noção de uma propriedade relevante em “abstrato” é um *non sense*: qual a relevância em ser proprietário em uma sociedade que não valora de forma positiva a prerrogativa de concretização exclusiva da vontade sobre os bens que compõem o objeto da relação?

O equívoco da proposta foi muito bem descrito por Alf Ross em uma passagem do livro “Direito e Justiça” (2007, p. 213), quando indica o protesto de seus filhos ao serem postos na condição de titulares da propriedade “nua” do jardim no qual disputavam as flores: ser nu-proprietário, para eles, não significava nada, porque a palavra “propriedade”, como indica Ross, não tem “referência semântica alguma” (ROSS, 2007, p. 205). Mais uma vez, “ser proprietário” só é importante em um ambiente onde

a concretização exclusiva da vontade sobre um determinado bem é valorado positivamente e em função disso.

O desconforto produzido por um conceito de propriedade que não tem nenhuma potencial conexão com a sua concretização é resultado da desconsideração do fato de que tal noção abstrata serve apenas para indicar o sujeito de direito autorizado a exercer os poderes inerentes ao domínio. Assim, a expressão “direito subjetivo de propriedade” tem o papel de sintetizar todo o conjunto de normas que regulam a condição daquele que se encontra na posição de titular de tal direito:

“Assim, quando dizemos que um indivíduo tem legitimamente o direito sobre uma propriedade, significamos que há um fato condicionante de uma série de consequências, tudo regulado na forma de normas: assim, possuir como algo seu uma casa significa que a situação está regulada por normas que protegem o uso e o gozo do objeto, que obrigam ao pagamento de tributos, que autorizam o recurso aos tribunais em caso de turbação, que exigem registro em órgãos públicos, etc.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 120).

Mas é objetivamente verificável que todas as normas efetiva e potencialmente incidentes sobre o caso estão a regular o modo como os poderes inerentes a tal condição serão postos em prática, bem como os deveres daí decorrentes, ou seja, “[...] normas que protegem o uso e o gozo do objeto, que obrigam ao pagamento de tributos, que autorizam o recurso aos tribunais em caso de turbação, que exigem registro em órgãos públicos”. A dimensão funcional, relativa ao exercício do direito, passa à condição de parte integrante do conceito, tendo em vista a inadequação da valoração de um direito subjetivo de propriedade relevante em si mesmo.

Visível em tais considerações é o fato de que “ser proprietário” é algo importante em

decorrência da possibilidade de exercício dos poderes inerentes a tal condição, o que inegavelmente aproxima os conceitos de propriedade e de posse, pois se “o fato jurídico [...] deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individuar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve)” (PERLINGIERI, 2008, p. 642), parece adequado reconhecer que a exigência do cumprimento da função social da propriedade remete, como exercício, ao modo pelo qual o titular de tal direito materializa a sua posse. Surge então a necessidade de explicitação da forma como tal raciocínio se harmoniza com os históricos esforços de autonomização da posse frente à condição proprietária. É o que se pretende esclarecer adiante.

6. Estrutura, função e autonomia da posse frente à propriedade

Quando Ihering considerou que a posse era a porta de entrada para o direito de propriedade, ele foi interpretado como alguém que colocava a posse em posição subalterna. Essa visão foi combatida por toda uma série de estudos doutrinários que tiveram o mérito de consolidar o reconhecimento de que nem sempre os dois institutos andam juntos, ou seja, que nem todo possuidor é proprietário, mas nem por isso ele deve deixar de ter proteção do ordenamento. Mas o proprietário é sempre possuidor?

O mesmo Ihering, que defendeu que a propriedade era o fundamento da defesa da posse, considerou que “a propriedade sem a posse é um tesouro sem chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem escada para colher seus frutos” (IHERING, 2005, p. 9), ou seja, a posse dá relevância social à titularidade. Mas a adequada compreensão de tal raciocínio depende de uma determinação do tipo de posse a que se faz referência na hipótese. Nesse iter, a posse pode ser “direta” – como aquela de

que dispõe o possuidor que “tem a coisa em suas mãos” – ou “indireta”, a de que dispõe o titular que, não tendo relação material com o bem, controla o modo pelo qual se dará o seu aproveitamento econômico e social por meio de negócio jurídico.

A qualificação da prerrogativa de coordenação do exercício direto da posse como sendo, também ela, uma das formas de materialização do *corpus* foi desenvolvida por Ihering, entre outros motivos, como forma de resolver um problema prático: o conceito de *corpus* utilizado por Savigny era excessivamente restrito, porque o concebia como representativo de um domínio direto sobre a coisa. Tal interpretação não servia como explicação para a forma como o trânsito negocial se estruturava mesmo entre os romanos, fonte em que ambos os autores buscaram o argumento de autoridade para o desenvolvimento de suas teorias.

A indagação que se apresenta aqui é: qual a diferença entre a propriedade, compreendida como “puro direito subjetivo”, e a posse indireta, compreendida como autorização para coordenação do exercício direto dos poderes inerentes ao proprietário?

Ao que parece, a construção do conceito de posse indireta tem como objetivo realçar o fato de que a coordenação do exercício direto dos poderes inerentes ao proprietário é, também ela, uma forma de exercício, razão pela qual aquele que tem esse tipo de posse também é possuidor, mesmo não tendo relação material e efetiva com o bem. A prerrogativa de “delegar” a outrem o direito ao “contato direto” com a coisa é uma forma de materialização do exercício dos poderes decorrentes de tal condição, mas nem assim a condição de “possuidor indireto” se confunde com a de proprietário “puro”, destituído da posse “concreta” sobre o bem, porque o desdobramento ínsito na condição de “posse indireta” já representa, como se indicou, uma

forma de exercício inerente ao proprietário, ainda que não exclusiva dele.

Ainda uma vez, fica realçada a dimensão do exercício e, da mesma forma, a artificialidade existente em um conceito de propriedade totalmente alheio a tal dimensão fática. Daí se infere, novamente, que a função social é parte constitutiva da própria ideia do direito, razão pela qual mesmo a “nua propriedade” só tem relevância social por ser representativa de um dos modos pelos quais o exercício dos poderes proprietários se dá.

Quer isso significar que, dentro do esquema proposto, a valoração da condição de proprietário passa necessariamente pela compatibilização entre a sua posse e os desígnios constitucionais, ou seja, a chamada função social da propriedade pode e deve ser encarada como a função social da posse exercida pelo proprietário. É o que se procurará explicitar na seção seguinte.

7. A função social da propriedade como função social da posse exercida pelo proprietário

De uma maneira geral, a afirmação de que a função social é equivalente à de exercício do direito não é polêmica, dada a inviabilidade de uma “função abstrata” a ser desempenhada pelo titular do direito subjetivo de propriedade. O que deve ser agora explicitado é que as múltiplas formas de exercício da titularidade podem ser divididas entre dois grandes grupos: o das formas de exercício material ou direto e o das formas de exercício indireto.

As primeiras se caracterizam pela exploração imediata do bem pelo titular do direito subjetivo que lhe permite fazê-lo de modo exclusivo, seja ele proprietário ou possuidor direto. As segundas formas de exercício dizem respeito ao controle sobre o modo através do qual o exercício direto irá ser operacionalizado

por outrem, no que fica ressaltada a existência de um desdobramento dos poderes inerentes ao titular do direito.

Tal categorização tem o único objetivo de deixar assentado que o exercício do direito subjetivo de propriedade pode ganhar formas de exploração econômica do bem que vão muito além daquelas diretamente ligadas à dimensão material existente no modo como, por exemplo, o proprietário cultiva a terra. Mas é necessário reconhecer que as formas de exploração que vão além da posse direta não dizem respeito à função social da propriedade propriamente dita mas, antes, à função social do contrato. Isso porque a existência de uma posse direta, concomitante à posse indireta, se dá em função do desdobramento realizado por intermédio do negócio jurídico mormente na forma de um contrato entre as partes envolvidas. Em tais casos, a função social do contrato seria uma especificação da função social da propriedade, devidamente compreendida como função social da posse exercida pelo proprietário.

É lícito então concluir que a função social da propriedade se concretiza pelo exercício, e este se apresenta na forma da posse materializada pelo proprietário. Tal posse pode se apresentar na versão de uma posse direta ou indireta mas, como a posse indireta, mesmo sendo inegavelmente uma forma de exercício, ganha corpo por intermédio de um negócio jurídico, é razoável considerar que a Constituição de 1988 tratou da função social da propriedade como exercício da posse “real e direta” por parte do proprietário, como se pode atestar pela redação dos arts. 182, § 2º, 184 e 186.

Não se deve extrair daí o esfacelamento das linhas que demarcam os conceitos de posse e de propriedade, mas o reconhecimento de que o proprietário materializa a sua condição através da posse e, consequentemente, dará corpo à função social que tem que cumprir por meio de um exercício da posse que corresponda às exigências constitucionais em cada caso existentes.

8. Benefícios decorrentes da interpretação da função social da propriedade como função social da posse exercida pelo proprietário

Como indicado na seção anterior, a interpretação aqui defendida mantém intactas as linhas demarcatórias entre posse e propriedade, posto que significa apenas que, quando o titular do direito for o proprietário, o cumprimento da função social dependerá de como exerce o seu direito, ou seja, pela posse. Quando o titular for o possuidor não proprietário, o exercício de sua condição ganhará o nome de função social da posse. Uma vez que seja possível concordar que, quando tratou da função social da propriedade, a Constituição o fez indicando formas de exercício direto

dos poderes inerentes a tal condição, inevitavelmente se chega à conclusão de que a função social da propriedade – como função social da posse exercida pelo proprietário – tem o mesmo conteúdo da função social da posse diretamente exercida pelo possuidor.

A leitura é pertinente, pois contribui para o enfrentamento de um problema que desafia a doutrina especializada: a questão relativa ao modo adequado de compreensão das relações entre os conceitos “função social da propriedade” e “função social da posse”. Como se sabe, parte da doutrina considera que existe uma relação de precedência entre os dois conceitos, privilegiando a função social da posse frente ao seu equivalente na propriedade sob o argumento de que a função social mostrar-se-ia mais evidente naquela do que nesta (MARÉS, 2003, p. 91; FACHIN, 1988, p. 19-20).

Na leitura até aqui desenvolvida, defende-se a existência de uma relação de equivalência entre a situação do possuidor e do proprietário no que diz respeito à exigência constitucional. Isso porque, se a função social é exercício, e este representa, em verdade, a posse, então não há diferença no que tange à materialização do direito de cada um: se o titular é o proprietário, ter-se-á função social da posse exercida pelo proprietário; se o titular é possuidor, o exercício de seus poderes se dará como materialização da função social da posse.

Acrescente-se que tal interpretação permite uma ampliação do âmbito de análise quanto ao merecimento de tutela do exercício dos poderes titularizados pelo proprietário, o que parece imprescindível para um novo olhar sobre dramáticos episódios concernentes à resolução de conflitos possessórios.

A interpretação consolidada nos tribunais brasileiros é aquela que não considera possível a avaliação do cumprimento da função social desempenhada pelo proprietário no âmbito do

juízo das ações possessórias, por razões que vão desde o simples fato de tal exigência não constar no rol dos requisitos estabelecidos no Código de Processo Civil (CPC) para o manejo dos interditos, até o fato de que, como a verificação do cumprimento da função social é pressuposto da desapropriação, tal investigação só poderia ser feita em processos nos quais a titularidade é discutida (DANTAS, 2013).

O fato de que a titularidade não esteja sendo questionada nas ações possessórias não deve ser impedimento para que o magistrado faça uma análise do cumprimento da função social por parte do proprietário. Considerando a função social da propriedade como função social da posse exercida pelo proprietário, tal investigação passa a ser imprescindível como mecanismo de qualificação da posse exercida pelos contentores, mesmo que a consequência da constatação do descumprimento da função social por parte do autor da ação de reintegração não seja a perda da titularidade, tampouco seja decorrente da delimitação dos índices de produtividade da área, conforme requisito imprescindível para a eventual desapropriação por descumprimento da função social.

Essa mudança interpretativa tem um inegável apelo social. Como se sabe, a doutrina majoritariamente considera que os vícios da posse devem ser interpretados de forma não exaustiva. Nesse sentido, ainda que não tenha sido empregada violência, clandestinidade nem precariedade, o apossamento, simplesmente por não ter sido autorizado, demandaria a qualificação da posse como posse injusta, e o apossamento seria qualificado como esbulho (GONÇALVES, 1998, p. 53).

Tal interpretação, porém, beneficia enormemente o proprietário desidioso, que muitas vezes abandona o bem do qual é titular, deixando de exercer a “posse concreta”, tampouco transferindo a outrem essa possibilidade por

meio do negócio jurídico. Mas seria correto considerar como esbulho a ocupação de um imóvel sobre o qual não está sendo exercida, de nenhuma forma, a posse “direta”?

De todo modo, a questão será inegavelmente decidida no âmbito possessório, pelo julgamento da ação de reintegração. Ocorre que a interpretação majoritária – criticada anteriormente – acaba por interditar o debate mais aprofundado sobre o âmbito de incidência do princípio da função social da propriedade, enfraquecendo o potencial expansivo característico dos princípios e diminuindo o seu poder de transformação social.

Conclusão

A ninguém escapa que grande parte dos conflitos fundiários está diretamente relacionada à concretização de direitos fundamentais de caráter social, seja o direito ao trabalho – característico do labor realizado sobre a terra através da atividade agrícola –, seja o direito à moradia.

Nesse diapasão, a devida delimitação dos contornos da relação entre posse e propriedade – reconhecimento da autonomia entre os institutos sem descurar do fato de que o requisito da função social só pode ser cumprido pelo exercício característico da posse – pode abrir novos caminhos de investigação das potencialidades do princípio. Em tais condições, não haveria qualquer impedimento para a avaliação da legitimidade das posses dos envolvidos em um conflito fundiário através das lentes da função social da propriedade, uma vez que ela seja reconhecida como a função social da posse exercida pelo proprietário.

Referências

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito Civil tende a desaparecer? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 427, 1975.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 666-669.

BASTOS, Celso Ribeiro. Função social como limite constitucional ao direito de propriedade. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, p. 101-113, 1988.

* O termo “ocupação” é utilizado como reflexo de uma valoração positiva do ato, reconhecendo-o como reflexo de uma legítima manifestação democrática, tal qual usado no STJ, REsp, 168461/ES (BRASIL, 1 998). Já na decisão STF, MS nº 23.759/GO (BRASIL, 2013), o mesmo ato foi considerado como “esbulho”. Alguns setores da doutrina civilista vem trabalhando na defesa da função social como elemento de qualificação da posse, como se pode verificar em: FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 83; TARTUCE; SIMÃO, 2009, p. 57.

BERCOVICI, Gilberto. O direito de propriedade na Constituição de 1988: algumas considerações críticas. *Cadernos de Direito* (UNIMEP), Piracicaba, SP, v. 3, n. 5, p. 67-77, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 out. 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.759/GO. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 17 abr. 2002b. *Diário da Justiça*, 22 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 168461/ES. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. DJ, 25 ago. 1998. *Diário da Justiça*, 26 out. 1998.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 35559 MG 2005.38.00.035559-5. Relator: Desembargador Hilton Queiroz. DJ, 18 abr. 2006 *Diário da Justiça*, 16 maio 2006.

CATERINI, Enrico. Proprietà. In: PERLINGIERI, Pietro. *Temi e problemi della civilistica contemporanea: vintecinque anni della Rassegna di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 283-291.

CLAVERO, Bartolomé. Codificación y Constitución: paradigmas de un binómio. *Quaderni Fiorentini*, Milano, v. 18, 1989. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/18/0080.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Presidente do CNJ defende especialização do Judiciário para solucionar conflitos fundiários. *Agência CNJ de Notícias*, 11 maio 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&catid=1:notas&id=6579:mososida%20de-e-falta-de-estrutura-sao-problemas-denunciados-no-amazonas>. Acesso em: 14 out. 2014.

DANTAS, Marcus; RENTERÍA, Pablo. Propriedade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 666-669.

DANTAS, Marcus. Função social na tutela possessória em conflitos fundiários. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 18, 2013. No prelo.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Dos vícios da posse*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

GROSSI, Paolo. *Historia del derecho de propiedad*. La irrupción del colectivismo en la consciéncia europea. Barcelona: Ariel, 1986.

_____. La proprietá e le proprietá nell'officina dello storico. *Quaderni Fiorentini*, Milano, v. 17, p. 359-422, 1988. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/17/0359.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2014.

_____. Proprietá: diritto intermédio. In: ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Milano: Giuffrè, 1975. v. 37.

HABERMAS, Jürgen. *Factitividad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2001.

IHERING, Rudolf Von. *Teoria Simplificada da Posse*. Tradução de Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2005.

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. Revisão técnica de Denise Matos Marino. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Napoli: Jovene, 1971.

RODOTÀ, Stefano. Proprietà (diritto vigente). In: NUOVÍSSIMO DIGESTO ITALIANO. Torino: 1968. v. 14.

_____. La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali. *Quaderni Fiorentini*, Milano, v. 5/6, 1976/1977. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/05/0885.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2014.

_____. *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Bologna: Il Mulino, 2013.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2. ed. Tradução de Edson Bini. Revisão técnica de Alysson Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: direito das coisas*. São Paulo: Método, 2009. v. 4.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

Precisamos falar sobre a sanção

MÔNICA SETTE LOPES

Sumário

1. A narrativa do direito, os oficiais de justiça e os carcereiros. 2. A sanção e os oficiais de justiça. 3. A sanção e os carcereiros. 4. Precisamos conversar.

“Não sei ao certo por que o incidente banal desta tarde acabou provocando em mim a vontade de lhe escrever. O fato é que, desde que nos separamos, o que mais sinto falta, acho, é chegar em casa e ter a quem contar as curiosidades narrativas do meu dia, do jeito como um gato às vezes larga um camundongo aos pés do dono, as pequenas, modestas oferendas com que os casais se brindam, depois de revolver quintais diferentes” (SHIVER, 2007, p. 9).

1. A narrativa do direito, os oficiais de justiça e os carcereiros

Se queremos conhecer bem o direito, como escolher os temas de que precisamos nos ocupar nas várias escalas da epistemologia jurídica? Essa é a pergunta que este texto pretende fazer, na medida em que seu objetivo é tratar da sanção como acontecimento invisível da experiência jurídica. A pena e a execução forçada não são apenas a letra da lei que as prevê como parte de um rito. E, por isso, é preciso falar sobre a sanção. E, para isso, parte-se de um livro que virou filme.

Em *Precisamos falar sobre Kevin* (SHIVER, 2007)¹, de cujo primeiro parágrafo foi extraído o trecho que vem como pórtico desse artigo, a mãe-personagem não tem limites quanto ao que pode dizer-pensar e encurrala o leitor que pretende fazer um juízo sobre ela, sobre seu filho, sobre sua família, sobre os fatos. O desejo de entender por que um ado-

Mônica Sette Lopes é Professora Associada da Faculdade de Direito da UFMG, desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e doutora em Filosofia do Direito.

¹ O título em inglês é *We need to talk about Kevin*, o mesmo do filme de 2011, dirigido por Lynne Ramsay.

lescente matou tantas pessoas num colégio cede lugar à estupefação de percorrer o somatório das contingências no fluxo da história, sem que ela consiga reconstruir a totalidade das vivências e das justificativas que permitam entender o acontecimento. E, discutindo sua própria culpa, escreve cartas ao marido rasgando-se em sentimento e exposição. O rato que o gato joga aos pés do dono. A história na narrativa miúda. O livro virou filme, mas a intenção analógica apropria-se aqui da carpintaria da escrita, porque ela condensa a narrativa escancarada e o desenlace de todas as certezas e dúvidas de uma mãe que sobreviveu aos crimes que o filho cometeu. Retomando o lugar comum, o livro é melhor do que o filme: nem tudo o que acontece se traduz na ação, nem tudo é visível, audível. A linguagem epistolar, porém, é tradução da minúcia não acessível aos sentidos na experimentação do mais sentido, do mais sincero. A intimidade substancial. A explicitação do sentir no ângulo mais aberto. A liberdade de exposição é absoluta entre os que se conhecem tão bem e compartilham as boas e as más viradas da vida.

No arrevesado das possibilidades de narrar o cotidiano do direito, esse é um bom mote. É preciso falar sobre a sanção. É preciso que nos apropriemos dela com *curiosidade narrativa*, como se escavássemos um quintal e depois contássemos a história de cada resto reencontrado. Jogar o rato, recolhido no dia vivenciado, aos pés do dono é um movimento fundamental dos que somos os *caçadores do direito* e dos que o experimentamos na realidade que não nos autoriza devaneios ou ilusões. Não esperar que a notícia da primeira página do jornal devolva à visibilidade a ferida que lateja, o entumecido da cela cheia de sempre, da morte por vingança, do descontrole na cena dos presídios, da execução forçada que não se materializa no dinheiro devido ao credor.

Falar sobre a sanção não é dizer de sua estrutura, mas escancarar a estrutura em uso, a estrutura no seu modo de funcionar, porque só assim ela existe. Por isso, precisamos falar sobre a sanção como a mãe que procura entender por que seu filho não foi exatamente o que a roupagem teórica ou abstrata do amor materno projetava para ele. O amor que se espera das mães pode, nesse sentido às vezes assustador da metaforização, ser comparado às expectativas que se tecem no direito como técnica para resolver os vínculos humanos. E para falar sobre a sanção, é preciso ouvir para além do que normalmente se dispõe a ouvir. Porque ela não é apenas o potencial: a sanção só interessa em ato. E ela é um acontecimento de variados detalhes. É preciso escutar quem pode dizer como as sanções se dão. Entre tantas possibilidades importantes, é preciso falar com os oficiais de justiça e com os agentes penitenciários. É preciso conhecê-los o ofício de fazer a ação e a sanção acontecerem. É preciso deixar que eles se exponham.

Nas salas de aula das faculdades de direito, desde os primeiros dias, os alunos são estimulados a associar a regra jurídica à sanção. Ela representa o ponto de distinção entre a norma tipicamente jurídica e regras de outra natureza que disciplinam a conduta humana. A comparação reprisa a contraposição com a etiqueta, a moda, a religião, a moral etc., as quais também impõem normas de conduta, mas com efeitos diversos das normas jurídicas em sua tipicidade heterônoma. Do ponto de vista conceitual ou estrutural, associando-se, na concepção kelseniana, estática e dinâmica jurídicas, ela é produzida fora dos seus destinatários (*não-autonomamente*) e incide independentemente da vontade deles:

“Se o Direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado. Atos de coerção são atos a executar mesmo contra vontade de quem é por eles atingido e, em caso de resistência, com o emprego da força física” (KELSEN, 1985, p. 121).

Como desdobramento, tem-se o caráter incondicional da sanção que implica, de igual modo, justificação para a incidência independentemente da adesão do destinatário. É nela que se condensa a possibilidade do emprego da força, obrigando alguém a fazer o que não quer.

Tecnicamente, tudo isso é preceito que deve ser essencialmente transposto para a formação do conhecimento jurídico em sua especificidade, inclusive para a conformação da cadeia argumentativa. Não se constrói o argumento jurídico sem escalar a dimensão correlacional de incidência da sanção sempre que uma norma jurídica não é cumprida.

O aluno que começa a penetrar o mundo da *estática jurídica*, logo imerge nos conceitos de pena e de execução forçada. Repetem para ele, com a naturalidade das relações de causalidade mais singelas – depois da primavera vem o verão, depois do verão, o outono, o inverno e, de novo, o verão –, que, descumprida a norma, incide a sanção. Ele compreende a estrutura dinâmica de autorizações segundo a qual uma norma mais geral autoriza a vigência de outra mais individualizada até chegar ao contrato e à sentença, ambos a exigir a aplicação de efeitos concretos que, no mais das vezes, vão resultar em compelir alguém a fazer algo contra a sua vontade mais rasa.

E, de novo, o velho Kelsen é recitado ou confrontado com versões diversas que no detalhe não são suficientes para escamotear o automatismo do nexos entre a norma jurídica e a sanção:

“As sanções no sentido específico desta palavra aparecem – no domínio das ordens jurídicas estaduais – sob duas formas diferentes: como pena (no sentido estrito da palavra) e como execução (execução forçada). Ambas as sanções consistem na realização compulsória de um mal ou – para exprimir o mesmo sob forma negativa – na privação compulsória de um bem” (KELSEN, 1985, p. 121).

Privação compulsória da liberdade, uso da força, realização compulsória de um mal, as expressões estruturais deixam encobertas questões fundamentais: *Quem* admite que a aplicação da sanção é sinal da disfuncionalidade do direito? *Quem* usa a força, priva da liberdade, realiza o mal para fazer com que a sanção aconteça?

Não é fácil expor, numa perspectiva científica, ordenada, metodologicamente concentrada quanto aos meios e aos procedimentos, em que medida a trama do direito compõe um emara-

nhado confuso no que concerne aos fenômenos jurídicos e aos seus processos de aplicação.

Se falta um relato minudente da forma como a processualidade do direito se efetiva, falta especialmente a descrição/a narrativa da contingencialidade na atuação dos agentes de elaboração dos fenômenos típicos. Isso não ocorre apenas a partir da análise do teor deles ou dos efeitos de sua aplicação a partir dos textos. Não basta acessar as etapas formais do processo legislativo ou o conteúdo de uma decisão que resultou da interpretação de uma norma. Não basta ler a lei ou a sentença. É preciso uma atenção maior para o percurso de formação da lei e da decisão judicial como matéria da teoria jurídica. É preciso uma atenção maior para as etapas de formação essencialmente oral do processo legislativo (que se realizam nos corredores e atrás das portas dos gabinetes de parlamentares e dos interessados de vários matizes) e do processo judicial (que se realizam nas secretarias e nas salas de audiência em movimentos que nem sempre são traduzidos para a escrita, mas que trazem implicação efetiva no resultado da ação). Todas essas são coisas sobre as quais precisamos falar.

A invisibilidade da dinâmica do direito torna-se silêncio eloquente quando se considera a sanção como um acontecimento na ordem concreta da juridicidade, e não apenas como um fator na sua composição abstrata. A expressão mais enfática disso está precisamente em que a atividade dos agentes que são os responsáveis por sua realização nos efeitos não têm qualquer importância na epistemologia jurídica. Eles são o outro do direito, são o dejetivo da ciência do direito. Se ninguém quer falar sobre a sanção, menos ainda se quer falar sobre os oficiais de justiça e sobre os agentes penitenciários, responsáveis, respectivamente, na última ponta da invisibilidade, pela execução forçada das sentenças cíveis, trabalhistas etc. e pela execução forçada da pena.

Não se trata apenas de perquirir sobre efeitos também jurídicos de sua atuação, a partir da noção de responsabilidade já bem escandida no campo da juridicidade (pela lei, pelas decisões, pela teoria), como anunciada, entre tantos, por Nawiasky: “Ao juiz que denega justiça e ao funcionário administrativo moroso se demanda a responsabilidade” (NAWIASKY, 1962, p. 36).

Quando as pessoas se queixam da demora em receber valores decorrentes de condenação já atingida pela autoridade do trânsito em julgado ou quando os jornais estampam as atrocidades cometidas no sistema penitenciário brasileiro, não se está cuidando de aspectos periféricos da realidade jurídica, mas da essência da atuação do direito, que implica, insitivamente, como se viu, a ideia de que o descumprimento da norma leva à incidência da sanção e à execução forçada que promove a privação da liberdade e/ou o pagamento compulsório do valor devido.

A sanção é, em si, sinal de disfuncionalidade do direito. Ela é expressão franca de que não houve adesão espontânea ao conteúdo da norma. Mas, presentes os seus pressupostos, a sanção precisa acontecer, ou seja, é preciso que ela ultrapasse a estatura potencial que está na previsão normativa e ocorra no plano da realidade da vida de alguém que será compelido a fazer o que não deseja, sem que sua vontade tenha qualquer efeito no processo de concretização coercitiva. Quem deve pagar. Quem foi condenado a uma pena de privação de liberdade *ficará preso*.

Conhecer o direito envolve o saber sobre ofícios tipicamente jurídicos como o de juízes, advogados, procuradores, promotores, servidores do Poder Judiciário etc. Entretanto, a epistemologia jurídica também exige a dissecação do modo como se dá a realização das tarefas atribuídas aos oficiais de justiça e aos agentes penitenciários. Porque são eles que empregam

a força física, como movimento literalmente corporal, para fazer com que o seu cumprimento se dê. São os oficiais de justiça que realizam grande parte das penhoras e das entregas dos bens alienados para suprir a execução. São eles que nomeiam depositários e também recebem deles os bens avaliados anteriormente para a entrega aos arrematantes. São os agentes penitenciários que vivem nos presídios talvez tão presos quanto os condenados. Se a ordem e os limites para a coerção são definidos pelos juízes, não é deles a força que mobiliza a sanção. No circuito do emaranhado das possibilidades de compreender, remete isso às razões pelas quais Tornatore resolveu fazer *Cinema Paradiso*:

“Ninguém fala dos projetoristas, por isso eu quis abordar o cinema através desse profissional. O que fascina Totó é o buraco por onde passa o feixe de luz que vem da cabine. Eu quis falar desses pioneiros do cinema. O projetorista do filme fica cego pouco antes do nascimento da televisão e morre antes da demolição da sala” (TORNATORE, 1989 apud CARLOS, 2011, p. 53).

Ninguém fala de oficiais de justiça e de carcereiros. Mas eles veem o direito em ação pelo feixe de facticidade que passa pela vivência de seu ofício.

E é disso que precisamos falar. Com a narrativa franca de alguém que escreve uma carta a quem mais ama. De alguém que ainda acredita que possa haver alguma esperança para o direito.

2. A sanção e os oficiais de justiça

Era uma vez uma juíza que era também professora e que estava fazendo audiências e foi avisada de que havia um oficial de justiça querendo falar com ela. Ela deixou a audiência daquela sexta-feira, um momento, e foi ver o que era. O oficial de justiça estava lá para citá-la de uma petição sem pedido e sem causa, que insinuava dela algo que nunca fora. Um oficial de justiça que fora seu aluno. Na história dos oficiais de justiça, é provável que não seja corriqueiro o modo daquela citação: a contrafé foi entregue com um abraço e um beijo. Na memória dos dois, que nada se perguntaram e que nada mais disseram, que nunca mais se viram, há uma história que não pode ser certificada, que não cabe certificar. O que foi aquilo, como ele se sentiu, qual a dificuldade, o que ele pensou não interessa ao processo. Não interessa ao direito que acha irrelevante saber das histórias sobre como é o percurso do oficial de justiça. No fim do dia, depois da última audiência, doída porque acabara de saber algo de sua vida em torno do processo, como se fosse uma aparição das descritas por Kafka, ela ouviu do advogado um elogio por sua calma. E não

havia calma, mas uma lembrança para sempre do oficial de justiça que chegou com uma mensagem, como uma carta sobre a injustiça, e de que ela ganhara abraço e beijo, como nota sobre o afeto de sempre. Como é estar com as pessoas no momento em que elas recebem a notícia da ação? O que é intimar as pessoas de que sua vida foi transformada num processo? Como é tirar da pessoa algo que é dela para fazer justiça? Para cumprir o desiderato da sanção?

Em meados da década de 80, fiz um concurso para o cargo de Oficial de Justiça do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Foram duas provas de múltipla escolha: uma versando tópicos jurídicos e outra, de português. Nesta última, errei uma única questão pela dificuldade na memorização de certas dicotomias, essa dislexia suave que dificulta dividir o mundo em dois lados. Na hora da prova, não sabia se se trata de *o alface* ou de *a alface*.

Foi com a lembrança dessa pequena história e a exposição de fragilidades cognitivas, que podem ser consideradas comprometedoras, que iniciei uma fala aos Oficiais de Justiça reunidos, há alguns anos, em Curitiba, por suas associações, para discutir seus problemas². E o fiz porque há um subliminar relevante na questão mencionada, que reflete a saga de desconhecimento do ofício e de seu papel para o direito: de que modo saber se se trata de *o alface* ou de *a alface* poderá interferir no trabalho do oficial de justiça potencial que estava consagrado em cada um dos candidatos?

A pergunta revela, ainda que indiretamente, a desconexão na contextualização do que é essa atividade e de sua significação para o direito.

Qual é a chance de alguém penhorar *alface*, no seu caráter extremamente perecível, como garantia de uma execução? Qual é a chance de um oficial de justiça ter que escrever essa palavra ao certificar uma diligência na execução?

Nenhuma, mas reconhecer isso significa penetrar a identidade de um ofício que é essencial para o entendimento do direito em dinâmica.

Ninguém discutirá sobre a utilidade das ferramentas postas à disposição dos juízes condutores da execução para a busca de resultados. Bacenjud, Renajud e Infojud podem permitir a detecção de informações que tornarão mais difícil o encobrimento de bens do devedor. No entanto, sabem os que frequentam as secretarias das varas trabalhistas, onde elas são rotineiramente usadas, que não é comum que os devedores deixem dinheiro nas contas à espera da pesquisa feita pelo Bacenjud; é fato que gerentes de banco sabem como fazer a mágica de transferência de valores

² Trata-se do IV Congresso Nacional dos Oficiais de Justiça Avaliadores da Justiça Federal, realizado em Curitiba, no ano de 2011.

para contas paralelas não alcançadas pelo sistema; que nem sempre o Infojud traz informações que possam diretamente levar à penhora; que o registro de propriedade de um veículo não significa que o bem se materialize e baste para suprir o débito. É preciso que o oficial de justiça o localize, verifique o seu estado (se ele tem motor, bancos, portas) e faça a sua avaliação.

Há alguns anos, não muitos, julgando um agravo de petição, recurso que, no Processo do Trabalho, serve para impugnar atos da fase de execução, veio a informação do Renajud de que o executado era proprietário de um Fiat 147. Nos limites do razoável, havia pouca probabilidade de que aquele veículo pudesse render valor bastante para quitar a execução numa alienação judicial, em que os valores são usualmente defasados dos de mercado. A questão era se valeria a pena deixar aberta a fresta para a nulidade, como um risco que não compensa correr. O mais simples para o processo na execução representava o mais complicado para o oficial de justiça. Obrigá-lo a procurar e a avaliar o Fiat de antigamente e dizer como ele estava era certamente uma tarefa tendente ao inútil, que talvez não coubesse como fundamento da decisão que levaria à paralisação da execução. Ao redigir a decisão, não pude deixar de me lembrar do carro de mesma marca que o amigo de sempre possuía e de que ele sempre parava com a chuva, sem considerar que dentro dele estava o jovem bacharelado vestido para o baile de formatura em meados da década de 80.

O oficial de justiça é o intérprete de uma mensagem sobre a justiça na sua dinâmica. Ele a traduz aos destinatários nas várias etapas do processo: ele diz que há a ação pendente; ele, principalmente, diz que a parte será privada de algo que é dela para fazer face à execução. Mas a sua interpretação da vivência da sanção em concretude perde-se no desprezo geral da epistemologia jurídica pela realidade. Por

mais que não se queira a pecha de positivista, num resumo canhestro que normalmente tira do contexto vivido os pensadores que assim se colocavam, repete-se a fórmula no que ela tinha de pior: o desprezo pela contingência como dado do direito nas suas diversas processualidades.

O porteiro reclama do oficial de justiça que chegou às sete horas da manhã para intimar um dos condôminos. O constrangimento dele é patente porque se viu obrigado a intervir chamando o morador que tem se esquivado de receber intimações. A dificuldade é de ambos: do oficial de justiça, que não consegue cumprir o mandado; do porteiro, que é um empregado a saber do morador algo que não lhe interessa saber e que só lhe traz problema.

O oficial de justiça descreve, no enxuto da certidão, o que os olhos do juiz não alcançam. Ele traduz, no circunscrito da frase minimalista, a imagem do que interessa. A casa é guarnecida por cacarecos que não vale a pena penhorar. A empresa só tem cacarecos que não vale a pena penhorar. O carro, que antes estava completo, hoje, na hora de sua entrega ao arrematante, não tem parte de seus componentes essenciais. O estabelecimento da empresa está fechado, e o *diz-que-diz-que* da vizinha se contorce entre o inútil e o ocioso. A dona de casa, antiga sócia da empresa, perdeu tudo no seu sonho de empresária. O sócio da empresa sumiu sem deixar rastro. O *laranja* assusta-se com o risco de perder o pouco que tem por haver acreditado em alguém.

Na avaliação do bem imóvel, ele vê a dificuldade de separar a gleba que pode cobrir o valor da execução. E ele descreve o lugar, a casa, diz das benfeitoras, imagina um valor para cada coisa e lança no auto de avaliação. Ou volta cem vezes ao mesmo lugar para repetir o ato de busca e penhora dos mesmos bens para garantir as execuções múltiplas da empresa que fechou,

até chegar ao ápice épico da declaração de que não há mais bens a penhorar.

A história da execução forma uma imagem em caleidoscópio, mais uma das do direito (HESPANHA, 2007)³, que se move pelas várias partes da cidade: no bar no meio da favela onde resta apenas a velha geladeira, no luxo do apartamento que é residência do sócio da empresa desaparecida, na precariedade dos equipamentos da fábrica que não resiste à concorrência, na empresa sólida onde basta a ele entregar o mandado, e o pagamento se fará dentro dos padrões fixados para a organização dos conflitos.

Na interpretação dos fatos, na escolha entre o que deve e o que não deve certificar, o oficial de justiça atesta o acontecimento e o desconhecimento do direito. Ele registra o que vê, mas nem tudo.

A certidão do oficial de justiça lavra uma mensagem sobre sua percepção dos fatos no cumprimento de um mandado, de um mandamento do direito. Não é raro o argumento de autoridade com a ideia de sua *fé pública* e narrativa na certificação: *O oficial de justiça tem fé pública e, por isso, é correta a sua avaliação do bem penhorado. O oficial de justiça tem fé pública e, por isso, acata-se a informação de que o devedor não se encontra mais no endereço fornecido.* E assim por diante.

Talvez bastasse um vislumbre das perguntas que foram encaminhadas após a palestra a que acima se referiu.

A certidão do oficial de justiça pode ser usada para aplicação de multa por litigância de má-fé? Existe algum melindre em relação a isso? É possível que uma certificação circunstanciada ajude a decisão do juiz? O que fazer quando se exige do agente público (oficial de

justiça) o cumprimento de ordens inexecutáveis? Até onde vai a legitimidade da coerção e o uso da força física para o cumprimento da ordem? Qual o limiar entre o abuso e a omissão? Como conter a força pública que auxilia o oficial de justiça no sentido de evitar eventual abuso de autoridade ou abuso da força física? Na esfera de manifestação do oficial de justiça nos autos, o que dizer de servidores e juizes que sequer leem o principal ato de comunicação do oficial de justiça, que é a sua certidão? E, em relação a esta última, as razões se explicitaram:

“A sensação é de que a maioria dos servidores da secretaria não leem o que é certificado, pois muitas vezes informo o novo endereço ou o endereço correto e sempre continuo certificando a mesma coisa no mesmo processo, ou seja, não mudam o que é por mim devidamente certificado.”

De cada pergunta ou colocação sobressaem o essencial dilema entre conhecimento-desconhecimento e, essencialmente, os percalços e os obstáculos que se antepõem ao percurso de conhecer, que é o aspecto que realmente interessa na construção do direito e de sua epistemologia. Para cada uma, abre-se um feixe de facticidade que torna precária a resposta preliminar pelo risco do que pode ocorrer.

A inexecutabilidade da ordem também só se resolve na demonstração narrativa das contingências. Há um *porquê* sobre a resolução do problema que só pode ser compreendido no enfrentar dos detalhes do como acontece a *execução forçada* pelo *esforço* de alguém, que fica longe da folha de papel em que se registra a decisão, mas tem a *força física* de fazer a transformação-tradução da coisa julgada em realidade. E pode não conseguir. E, não conseguindo, precisará falar sobre isso, como nas cartas em que a mãe despeja suas culpas e suas desculpas no saber sobre o filho assassino.

³ Antonio Manuel Hespanha usa a imagem do caleidoscópio num interessante livro de introdução à teoria jurídica – ver Hespanha (2007).

Os acontecimentos não são inventados. Eles irrompem de um circuito em que a fala é essencial, assim como a audição, o (con)tato, a experimentação pelos sentidos sobre como se dá o direito vivido.

Há uma responsabilidade funcional (um poder que é competência e dever) que permite ao oficial de justiça e exige dele a narrativa do que viu, como elemento essencial do processo.

Uma oficial de justiça veio ao final dos debates falar da preocupação com a redução do quadro de oficiais de justiça, com a desvalorização de sua atividade, como se fosse desaparecer a demanda a partir da simples implantação do processo eletrônico. E ela relatou como eles acabam como mensageiros da novidade porque não se pode desconsiderar que há um processo de implantação de outro meio, que exigirá conhecimento. No mandado de citação, entrega-se à parte um papel com um número que é uma chave. Entretanto, para usar a chave, é preciso saber dela e de sua capacidade de abrir o processo. É preciso entender a tecnologia da informação. É preciso conhecer. E o oficial de justiça acaba sendo agente da difusão desse conhecimento e de outros.

Nas respostas às questões formuladas, há um sim para a possibilidade de uso da certidão para a prova da litigância de má-fé da parte. Há um não para a existência de melindres nesse proceder. Há um sim para a possibilidade de uma certificação circunstanciada ajudar a decisão do juiz.

No entanto, a ruptura nos saberes, na reciprocidade deles, e o corte da comunicação estão na exigência do cumprimento de ordens inexequíveis, nos limites para o uso da coerção, na imprecisão do limiar entre o abuso e a omissão, na contenção da força pública que auxilia o oficial de justiça no sentido de evitar eventual abuso de autoridade ou abuso da força física. E tudo isso talvez se resolva na atenção, na oitiva, no cuidado de saber ouvir. Apenas talvez, porque a resposta para tudo parte da narrativa de contingências na expressão do acontecimento. E as perguntas mais contundentes vieram dobradinhas num único e minúsculo pedaço de papel:

“A importância ou papel do oficial de justiça para a construção/aperfeiçoamento do direito concreto poderia ocorrer pelo despojamento da solidão temerosa da magistratura gestora do Poder Judiciário emanado do povo? Ou falta humildade no aprendizado do viver o fenômeno jurídico? Compartilhar saberes, pode/deve? Há cognição contida? Contida por que razão? Ausência de alteridade reconhecida pela hierarquia do Poder Judiciário?”

A atividade do oficial de justiça e a relevância de sua atuação são vistas pela ótica do juiz numa via única de mão única (do juiz para o jurisdicionado), e o tempo corrido dos processos compromete a oportunidade de ter contato com o mundo real, que via de regra o juiz desconhece.

No papelzinho dobrado, as perguntas denotam o lugar de onde se fala, o muito visto, o pouco ouvido.

Juízes poderiam mandar mensagens, como cartas enviadas na esperança de falar sobre seus fazeres, se lhes fosse dado narrar e dizer por inteiro; se, de algum modo, a cultura pudesse absorver o fazer, o não fazer, o feito e não feito, tudo como parte da experiência escandida da epistemologia jurídica. Oficiais de justiça também.

De novo são os *camundongos escavados em vários quintais* e que se lançam aos pés dos donos. As curiosidades narrativas do cotidiano que dão sentido e justificam a vida são relevantes.

Para a epistemologia do direito, é fundamental reconhecer essa passada que pede um relato que vai do corpo de alguém que se encontra com outro alguém para formar o espaço efetivo da juridicidade e tornar real o processo e a sanção aplicada. Alguém que procura o devedor, que avalia o bem que ele tem, que verifica que ele não tem bem algum, que percebe a realidade das relações jurídicas em seu movimento. Alguém que é encarregado de vigiar os que foram punidos. Na grandiloquência do cotidiano, esse registro é ainda mais importante porque trata da dose mais brutal da aplicação do direito: a dos corpos como volume, como peso, como forma e substância no sistema carcerário.

3. A sanção e os carcereiros

E nesse tópico falo menos, porque o meu ofício não permitiu, ainda que pela via indireta, o acesso aos fatos. Não me permitiu, até aqui, conhecer a cena. Isso, porém, não impede a curiosidade e não impede que forme uma hipótese, aparentemente superficial, de que há na busca desse conhecimento em profundidade, na minudência do relato, uma chave para o saber que interessa mais sobre o direito como técnica ou como acontecimento humano. É preciso que os agentes penitenciários falem de seus fazeres.

O primeiro caderno de *O Globo* do domingo, 12/1/2014, trouxe várias páginas sobre o sistema carcerário brasileiro. Outros jornais trataram do tema por causa das mortes no presídio de Pedrinhas, no Maranhão.

Não se faz ciência do direito com matéria de jornal. Mas o recorte temporal, de contingência, que se infere da ressonância dada ao tema, é um sinal que não pode ser desprezado. Por alguns dias, as manchetes de primeira página versaram mortes ocorridas no presídio maranhense e ações tramadas dentro dele, de que resultou como vingança a morte de uma criança. Não se trata de um caso isolado, mas o calor da notícia deflagrada reproduz a curiosidade e a angústia coletivas. Numa das páginas daquele jornal de domingo, suplemento especial, dada a importância atribuída a

um tema invisível, havia uma entrevista do Ministro Gilmar Mendes do STF que respondeu à pergunta sobre o nível de gravidade da situação do Maranhão, onde os fatos ocorreram, comparada à dos demais estados da federação:

“Os fatos são de extrema gravidade. Mas na audiência pública que tivemos (no STF) sobre o regime semiaberto, o juiz da Vara de Execuções penais de Porto Alegre disse que ninguém mais tem comando sobre o Presídio Central. Tem um preso encarregado de fechar a sala, e esse é um candidato a morrer porque está de alguma forma prestando serviço. Acredito que o quadro de desorganização, de caos, existe em vários lugares do Brasil” (MENDES, 2014, p. 4).

A entrevista é aberta, na manchete, com a frase pinçada do conteúdo das respostas: “Não falta dinheiro. Falta gestão”.

A notícia de alguns meses depois já não dá primeira página, já não dá caderno especial. Corriqueira, quase banal, ocupa espaço insignificante no caderno de cotidianidades, invisível como o tema normalmente é, desinteressante como ele aparenta ser, reforçando o ocaso da curiosidade: “Detento é encontrado morto em Pedrinhas no Maranhão” (2014).

Os mortos de todos os pedrinhas, e não apenas de *Pedrinhas-no-Maranhão*, enquanto vivos, representam o ponto de máxima tensão do confronto entre a estrutura do sistema jurídico e a funcionalidade da sanção. Os mortos de todos os pedrinhas, enquanto mortos, no curso do processo de serem mortos, provam que, na contramão de tudo o que a norma estabelece, o Estado não manda na sanção. Ele sequer consegue fechar a porta por dentro, porque é preciso que um dos presos o faça no encadeamento das normas de conduta internas que se tecem em desconexão completa com o sistema normativo formal e com aquilo que se fala dele e do Direito Administrativo.

Os carcereiros sabem disso. Mas não têm como dizer.

Retomando a mensagem das primeiras aulas de teoria geral do direito, será difícil compatibilizar esse quadro com a ideia abstrata da sanção e de sua incidência incondicionada. Na parte do direito que mais incisivamente demanda a atuação e o controle do Estado, no uso da força, é um presidiário que *fecha a porta*, porque não há organização da atividade pública de controle. O exercício dos poderes, na versão clássica do direito administrativo, não se dá pelos órgãos ou agentes públicos, submetidos que estão às diretivas fixadas pelas regras costumeiras compostas dentro do sistema prisional, as quais compõem uma versão de pluralismo inconcebível no plano da estrutura normativa tradicional. A aplicação da norma individual, que é a sanção imposta na sentença que leva à privação de liberdade, não pode ficar ao alvedrio do condenado em qualquer de suas passagens. Mas não é isso que acontece.

O agente penitenciário, no isolamento dos seus afazeres, é também um detento. Ele está privado da liberdade de dizer. Ninguém se interessa por conhecer como são os elementos da técnica e da cultura. Segundo o interessante livro de Dráuzio Varella, que faz a crônica de sua experiência com eles, são profissionais que não planejam ser o que são como destinação de sua vida:

“A motivação que os levou às cadeias foi muito mais a segurança do emprego público do que algum apelo vocacional. Até o primeiro dia de trabalho, a maioria deles jamais havia imaginado pôr os pés numa prisão” (VARELLA, 2012, p. 29).

Se essa afirmativa é verdadeira, e tem grande chance de ser, não é razoável supor que eles e elas estivessem preparados para antecipar

o que viveriam⁴. É diferente de alguém que tece desde pequeno, na paralela das histórias que ouve, dos filmes que vê, dos relatos que apreende, o que compreende do dia a dia de um juiz, de um advogado, de um promotor. Nesses ofícios que têm conexão com o direito, há sempre uma noção do que seja, ainda que esvaziada de conceitos técnicos. Há sempre um princípio de conversa na imaginação sobre o futuro. Quando se trata dos agentes penitenciários, os relatos sobre o dia a dia se calam, e não é uma profissão que se espere nos sonhos de futuro de alguém.

Ele tem que conviver numa margem da vida que normalmente não se visita e precisa entendê-la em seus elementos fundamentais, entre os quais se inclui uma tensão entre passado, presente e futuro em cenários sem conexão – o da vida lá dentro e o da vida lá fora. Para saber como fazer, não basta a compreensão do sistema normativo, mesmo quando tudo o que depende dele tenha sua raiz na estrutura formal do direito, porque é assim que se dá a execução forçada da pena como sanção:

“Do novato ao mais experiente, todos convivem com a tensão que se instala ao ouvir o baque de ferro do portão de entrada que se fecha. A partir dali, deixam de ser cidadãos do mundo livre, e passam a conviver com uma comunidade formada por assaltantes, seqüestradores, ladrões, estelionatários e assassinos, que preza valores estranhos aos do mundo civilizado e impõe leis draconianas, segunda as quais a vida humana é moeda de pouca valia” (VARELLA, 2012, p. 100).

O confronto desses valores e das regras que eles criam dentro do sistema carcerário é um dado de interesse da epistemologia jurídica,

⁴No mesmo sentido, ver a história das pessoas que trabalhavam no Colônia, manicômio localizado em Barbacena, Minas Gerais, no interessante e essencial Arbex (2013).

porque permitiria avaliar o grau de assimilação do sistema normativo formal nas regras costumeiras que são vivenciadas pelos detentos. Isso não é o *outro do direito*, mas é o *direito mesmo*, na sua literalidade ontológica, que só se realiza aplicado e que só pode ser compreendido a partir da aplicação. A vida humana em sua inteireza é um fator da interpretação e na interpretação do modo de incidir das regras jurídicas. A grande questão é que o saber sobre como é fazer cumprir a pena – como sanção de maior relevância, por suas consequências – não pode ficar enclausurado no conhecimento oral dos agentes penitenciários. Não pode ficar preso, trancafiado na experiência envergonhada de alguns atores de sua execução. A melhoria do próprio sistema penitenciário, a depender do que eles sabem, do que os juízes da execução penal sabem, importa mais do que uma estatística de números de presos. No fundo das cadeias, no escondido das delegacias, nos corredores das penitenciárias, todos vivem e são e aprendem uma cultura que é específica nas representações que fazem do mundo e dos fenômenos jurídicos, entre os quais está a sanção vivida ali na intensidade de escolhas e de parâmetros mais reais do que os termos da condenação. Os agentes penitenciários observam muito do que precisa ser enxergado e experimentam a crueza do modo de ser da sanção:

“De alguma forma, o agente penitenciário é contaminado por esses valores [os valores dos que vivem do e no crime e que aprendem a desconfiar de todos]. Logo cedo aprende a desacreditar, a suspeitar de complôs existentes ou imaginários, a ir atrás de explicações lógicas para acontecimentos obscuros, a buscar sentido nas atitudes e nos gestos mais insignificantes. Comportam-se como montadores de quebra-cabeças a encaixar as peças que se ajustam, sem perder de vista o formato das que estão soltas” (VARELLA, 2012, p. 100).

É sobre isso que precisamos conversar. Sobre um mundo detalhado de circunstâncias que escapam à narrativa, mas que perseveram na realidade da sanção em concreto.

4. Precisamos conversar

A palavra não consegue conter nem traduzir a incerteza do vivido para além do idealizado formalmente como o modo de ser do direito. No desejo da segurança da lei, desejo legítimo porque não se vislumbra outra forma de mais intensa participação e publicidade para a construção dos limites nas relações humanas, deixa-se escapar o processo de sua implantação e, de modo muito especial, como é a vivência da imposição da sanção hoje no Brasil como um dado do conhecimento do direito, como um pressuposto para o direito como deveria ser. Por isso, optou-se pela metáfora epistolar e se imaginou que o conhecimento pudesse percorrer as narrativas dos que vivem a sanção no momento em que se tenta dar a ela o efeito de ser concreta. Daqueles que, mesmo na fragilidade ou na precariedade de seus saberes, adquirem um conhecimento pela vivência de um ofício: o de carcereiro, o de oficial de justiça. Nesse sentido, retomando o ponto de partida, eles seriam como a mãe-narradora, que é a única pessoa que pode dizer como se sente a mãe de um assassino e faz isso no relato íntimo das cartas que escreve ao pai do assassino que é filho de ambos. Sem receios, sem qualquer contenção do pensado. Apenas dizendo, dia a dia, da intercorrência dos encontros, como foi. E no dizer, faz perguntas para as quais não tem resposta. E, ao fazê-las, permite conhecer: “Mais uma vez a verdade é sempre maior do que a compreendemos” (SHRIVER, 2007, p. 463).

Como a mãe que sobrevive ao filho assassino, o direito sobrevive a todos os seus erros e se refaz no cotidiano daqueles que, a cada dia, cuidam de refazê-lo na realidade de cada caso, nas possibilidades de sua apropriação espontânea ou na infração que leva à necessidade da sanção. E a sua verdade é maior do que compreendemos. Contar a narrativa miúda do direito, na crônica do dia a dia, significa trabalhar com ele; é um dos caminhos para torná-lo melhor e, nesse relato, dar a conhecer, como *pequenas oferendas*, os traços do percurso dos diversos ofícios, entre os quais se incluem, pela importância na concretude da sanção, os de oficial de justiça e de agente penitenciário.

Não se espera o relato espetacular, mas o saber que só se dá a conhecer aos que fazem algo e que, por fazerem, têm a habilidade de expor os vários lados e de ensinar sobre o ser do que produzem. Oficiais de justiça e agentes penitenciários podem falar da sanção, como a atriz fala da representação do ator nos vários meios de expressão. Algo singelo,

apenas uma visão de como é fazer, na casualidade de uma oportunidade de encontro, que diz mais do que a eloquência das teorias:

“Fernanda concordou. Empolguei-me e, indo além da sola, arisquei que, mais até do que o autor de teatro, o romancista tinha liberdade para se meter pelos cantos mais remotos da cabeça de seu personagem – que, afinal, era só dele e de sua imaginação –, sem as limitações materiais que o palco impunha ao teatrólogo. Fernanda continuou ouvindo e, apesar dos 30 mil pés, com uma frase me trouxe de volta à Terra: ‘Mas este é o trabalho do ator – não do autor. O ator trabalha com o que o autor escreveu. E com o que ele não escreveu. O ator lê as entrelinhas’.

É isso mesmo. No teatro, o ator tem o poder sobre o personagem. Fernanda faz de conta que não me deu uma aula e continua:

‘Mas isso é no teatro. No cinema, o ator só fornece dados para o montador. Às vezes, digo uma frase que merecia um close, e o montador me põe em plano americano. Ou capricho numa expressão, e ele me mostra de costas. Ele é que tem o poder’.

Observo que, mesmo a 30 mil pés, Fernanda tem os pés no chão.

Ela discorda: ‘Que nada, eu nem sei onde meus pés estão!’ (CASTRO, 2011).

Que chãos pisam os pés de oficiais de justiça e de carcereiros? O que eles sabem que nós, os que nos arvoramos o conhecimento total do direito, não sabemos? Onde estão os nossos pés? Como podemos conversar sobre a sanção? Quanto precisamos conversar sobre ela fora da perspectiva das estruturas?

Terminar com perguntas pode não ser uma boa solução para o texto dentro da tradição de escrever. Mas é a única possível quando o que se deseja dele é que faça um convite para uma conversa enorme.

Referências

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

CARLOS, Cássio Starling. *Giuseppe Tornatore: cinema paradiso*. São Paulo: Moderna, 2011 (Coleção Folha cine europeu; v. 4).

CASTRO, Ruy. A 30 mil pés. *Folha de São Paulo*, sexta-feira, 12 ago. 2011.

DETENTO é encontrado morto em Pedrinhas, no Maranhão. *Folha de São Paulo*, 8 jul. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/07/1482658-detento-e-encontrado-morto-em-pedrinhas-no-maranhao.shtml>>. Acesso em: 9 jan. 2015.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MENDES, Gilmar. País: as prisões do Brasil. *O Globo*, domingo, 14 jan. 2014. p. 4 Entrevista.

NAWIASKY, Hans. *Teoria general del derecho*. Tradução de José Zafra Valverde. Madrid: Rialp, 1962.

SHRIVER, Lionel. *Precisamos falar sobre o Kevin*. Tradução de Beth Vieira e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2007.

VARELLA, Dráuzio. *Carcereiros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

Novos desafios da mediação judicial no Brasil

A preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO

TATIANA MACHADO ALVES

Sumário

1. Considerações iniciais.
2. Evolução normativa da mediação no Brasil.
3. Novos desafios.

1. Considerações iniciais

O Brasil vive um momento de renovação no processo civil, implementada pela elaboração de um novo Código de Processo Civil e da prática judiciária, que vem se adaptando para se adequar a um novo modelo de processo civil, mais aberto ao diálogo e à colaboração entre as partes.

Nessa dimensão, podem-se apontar não só os meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação, que está prestes a ganhar um marco legal próprio, regulamentando a sua utilização dentro e fora do Poder Judiciário, como também a advocacia colaborativa, que, tendo sido trazida para o Brasil com aplicação originalmente no Direito de Família, está se expandindo para abarcar outros ramos do Direito, como o Civil e o Empresarial.

Não é de espantar, portanto, que, em um ambiente de profundas mudanças, surjam dúvidas e questionamentos sobre a relação desses mecanismos de pacificação com as garantias constitucionais processuais, tais como a duração razoável do processo e a inafastabilidade de controle jurisdicional. Na verdade, tais dúvidas indicam que está por nascer um novo modelo de processo civil.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho é doutor e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pós-doutor pela University of Connecticut (EUA). É professor associado da UERJ, professor adjunto na Universidade Estácio de Sá e Promotor de Justiça no Rio de Janeiro.

Tatiana Machado Alves é graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e advogada no Rio de Janeiro.

O principal mecanismo estabelecido pelo direito processual para a resolução de conflitos é a jurisdição. Não se trata, todavia, do único mecanismo de pacificação social, podendo ser apontados também os comumente denominados “meios alternativos de solução de conflitos”. Dentre eles estão a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação, objeto do presente artigo.

É bem verdade que hoje em dia o termo “alternativos” vem sendo substituído por “apropriados, adequados, ou mesmo amigáveis”, na medida em que, numa sociedade desejavelmente evoluída, a jurisdição deveria ser o último degrau a ser galgado, bem depois das soluções consensuais, e apenas em caso de insucesso dessas.

Com efeito, a importância e a valorização que serão dadas a cada um desses mecanismos dependerão – e muito – do modelo de Estado e, por conseguinte, de processo civil que esteja sendo adotado por uma determinada sociedade. Isso porque o Estado de Direito, embora sempre tenha mantido seu conteúdo nuclear no que tange à submissão de toda a sociedade – e do próprio Estado – à Lei, passou por diversas e significativas transformações, que refletiram na concepção e estruturação dos ramos do Direito. O Direito Processual Civil não foi exceção, sendo hoje possível identificar três modelos de processo civil.

Os mais tradicionais são o modelo *adversarial* e o modelo *inquisitivo*. O primeiro é marcado pelo caráter altamente privado e liberal, segundo o qual as partes são as únicas responsáveis pela condução do processo, e o órgão jurisdicional assume uma postura passiva perante o conflito que se desenvolve.

Por sua vez, no modelo *inquisitivo*, o processo tem como objetivo precípua a busca da verdade, de modo que às partes é imposto o dever absoluto de afirmá-la, e ao Estado é re-

conhecida a possibilidade de fazer de tudo – até mesmo mentir – para obtê-la (MITIDIERO, 2011, p. 19). Por esse motivo, nesse modelo, o juiz assume o papel de condutor e diretor do processo, cabendo a ele, a partir de sua posição de supremacia em relação às partes, tomar a iniciativa na busca da verdade.

De forma geral, a doutrina costuma associar o modelo de processo adversarial a modelos de estados liberais, e o modelo inquisitivo a regimes autoritários. Se, por um lado, não se nega que é possível identificar certa influência dos ideais liberais na concepção adversarial de processo¹, não se pode dizer, de forma absoluta, que o aumento dos poderes dos juízes implica um regime autoritário. Ainda mais tendo em conta a dificuldade em se identificar um modelo processual que seja inteiramente adversarial ou inquisitivo. O mais comum é que se encontre a prevalência de um ou outro princípio com relação a determinados institutos de direito processual – tanto penal, como civil.

Ademais, ainda que os princípios inquisitivo e dispositivo continuem permeando o processo civil, é inegável que as essências dos modelos processuais que eles representam não mais se ajustam às necessidades contemporâneas.

A experiência tratou de demonstrar que a resolução de conflitos pela via da jurisdição contenciosa, com o Estado-juiz dando uma solução para a lide que muitas vezes não agrada a nenhuma das partes e demora excessivamente para chegar, gera gastos e transtornos excessivos para os indivíduos.

¹ Pode-se dizer, por exemplo, que a ideia do processo adversarial de que o conflito que se coloca perante o Poder Judiciário será resolvido pelo “livre jogo de forças sociais” (OLIVEIRA, 2003, p. 3) reflete, em certa medida, a própria ideia liberal de Adam Smith aplicável ao campo econômico da “mão invisível” que regula o mercado, de forma a indicar que o mercado econômico é capaz de se regular, da mesma forma que o conflito entre as partes seria – na perspectiva adversarial – capaz de se “auto-resolver”, sem a necessária intervenção do juiz.

A insatisfação da sociedade com a demora do Poder Judiciário, a saturação da própria máquina judiciária abarrotada de processos, as condutas – muitas vezes ímprobas – das partes e de seus procuradores são elementos que, somados, geram um verdadeiro caos.

Nesse contexto, vem-se falando em um terceiro modelo de processo civil, que se almeja alcançar: o processo cooperativo, no qual as partes são chamadas a atuar em colaboração junto com o juiz, ajudando a ele e a si próprias a alcançar um resultado final que seja justo, tempestivo e o mais satisfatório possível para todos.

No Direito Brasileiro, o princípio da cooperação – que prevalece nesse novo modelo de processo civil – vem ganhando cada vez mais adeptos, seja na prática judiciária, seja no Poder Legislativo. Com efeito, o novo Código de Processo Civil, que está em tramitação no Congresso Nacional, traz em seus dispositivos a previsão expressa de uma cláusula geral para a cooperação, da qual poderão ser extraídos direitos e deveres tanto para as partes como para o próprio magistrado.

Dentro desse novo modelo de processo civil, instrumentos que incentivam o diálogo e a colaboração das partes entre si e delas com o juiz, tais como os meios alternativos de solução de conflitos, em especial a mediação e a advocacia colaborativa, ganham um significativo espaço e importância para se fortalecerem no ordenamento jurídico.

Um dos componentes fundamentais desse modelo é a capacidade de implementar meios não adversariais de solução de conflitos no aparelho judicial. Esses meios ou ferramentas devem ser utilizados de acordo com as peculiaridades de cada conflito, segundo o princípio da adequação. A ferramenta que vem chamando maior atenção dos estudiosos é a mediação.

2. Evolução normativa da mediação no Brasil

Hoje, no Brasil, não há, ainda, uma Lei Federal que trate da mediação, embora tenha havido muitas iniciativas, desde os anos 90.

Por aqui, a primeira iniciativa legislativa ganhou forma com o Projeto de Lei nº 4.827/98, oriundo de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, tendo o texto inicial levado à Câmara uma regulamentação concisa, estabelecendo a definição de mediação e elencando algumas disposições a respeito².

Na Câmara dos Deputados, já em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94, de 2002.

² Para um histórico completo da evolução legislativa brasileira, remetemos o leitor à *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do Direito Comparado* (PINHO, 2008).

O Governo Federal, no entanto, como parte do Pacote Republicano, que se seguiu à Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (conhecida como “Reforma do Judiciário”), apresentou diversos Projetos de Lei modificando o Código de Processo Civil, o que levou a um novo relatório do PL 94.

Foi aprovado o substitutivo (Emenda nº 1-CCJ), ficando prejudicado o projeto inicial, tendo sido o substitutivo enviado à Câmara dos Deputados no dia 11 de julho. Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto. Desde então, dele não se teve mais notícia até meados de 2013 quando voltou a tramitar, provavelmente por inspiração dos projetos que já tramitavam no Senado.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, com base nas seguintes premissas³:

“[...] o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciais, implica acesso à ordem jurídica justa;

[...] cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

[...] a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

[...] a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

[...] é imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;

[...] a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça” (BRASIL, 2010).

O art. 1º da Resolução institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com o objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados, deixando claro que

³Para um estudo mais completo sobre a Resolução 125 e seus efeitos no desenvolvimento da mediação no Brasil ver Peluso; Richa (2011).

incumbe ao Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão⁴.

Para cumprir tais metas, os Tribunais deverão criar os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Em 2009, foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, com o objetivo de apresentar um novo Código de Processo Civil.

Na redação atualmente disponível do Projeto do novo CPC, podemos identificar a preocupação da Comissão com os institutos da conciliação e da mediação, especificamente nos artigos 166 a 176.

O Projeto se preocupa, especificamente, com a atividade de mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos (art. 176).

Na versão inicialmente apresentada na Câmara, ficavam resguardados os princípios informadores da conciliação e da mediação, a saber: (i) independência; (ii) neutralidade; (iii) autonomia da vontade; (iv) confidencialidade; (v) oralidade; e (vi) informalidade. Na versão de outubro de 2013 (Emenda Aglutinativa Global), tais princípios foram omitidos.

Importante frisar, aqui, a relevância de a atividade ser conduzida por mediador profissional. Em outras palavras, a função de mediar não deve, como regra, ser acumulada por outros profissionais, como juízes, promotores e defensores públicos.

No art. 166, §§ 3º e 4º, a Comissão de Juristas, após anotar que a conciliação e a mediação devem ser estimuladas por todos os personagens do processo, refere uma distinção objetiva entre essas duas figuras. A diferenciação se faz pela postura do terceiro e pelo tipo de conflito.

Assim, o conciliador pode sugerir soluções para o litígio, ao passo que o mediador auxilia as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo. A conciliação é a ferramenta mais adequada para os conflitos puramente patrimoniais, ao passo que a mediação é indicada nas hipóteses em que se deseja preservar ou restaurar vínculos.

Com o advento do Projeto do Código de Processo Civil, no ano de 2011 o Senador Ricardo Ferraço apresentou ao Senado o Projeto de Lei 517/11, propondo a regulamentação da mediação judicial e extrajudicial, de modo a criar um sistema afinado tanto com o futuro CPC como com a Resolução nº 125 do CNJ.

Em 2013, foram apensados ao PLS 517 mais duas iniciativas legislativas: o PLS 405/13, fruto do trabalho realizado por comissão instituída pelo Senado e presidida pelo Min. Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, e o PLS 434/13, fruto de comissão instituída pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça, presidida pelos Mins. Nancy Andrichi e Marco Buzzi, ambos do STJ, e pelo Secretário da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Flavio Croce Caetano.

Em novembro de 2013, foram marcadas audiências públicas com o objetivo de discutir os três projetos e amadurecer as questões controvertidas que ainda cercam o tema. O Relator da matéria do Senado, Sen. Vital do Rego, apresentou um substitutivo ao PLS 517/11 com o objetivo de congregar o que há de melhor nas três iniciativas. Foram, então, apresentadas duas emendas pelo Sen. Pedro Taques e três pelo Sen. Gim Agnello. A primeira emenda do Sen. Taques foi acolhida integralmente e a segunda,

⁴Sobre o uso da mediação enquanto política pública, ver Spengler; Spengler Neto (2010).

parcialmente. As três apresentadas pelo Sen. Agnello foram desacolhidas (COELHO, 2013).

Ultimada a votação, o texto do substitutivo foi remetido à Câmara, onde foi recebido como Projeto de Lei 7.169/14. Em junho de 2014, foi apresentado parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), Dep. Sergio Zveiter, pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do projeto de Lei, com duas emendas – a Emenda nº 1, com redação dada pela subemenda da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), e a Emenda nº 5, apresentada perante a própria CCJC.

A referida emenda nº 1, na forma da subemenda da CTASP, acrescenta os parágrafos 6º e 7º ao art. 30 do Projeto de Lei⁵. O objetivo de tal alteração seria eliminar eventual insegurança jurídica que poderia surgir com relação à possibilidade da adoção da mediação para discutir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados entre a Administração Pública e particulares, em razão do uso da expressão “oneriosidade excessiva” no parágrafo 4º do mesmo artigo.

Por sua vez, a Emenda nº 5, de autoria do Dep. Alessandro Molon, recomendava a inclusão do inciso IV no parágrafo 3º do artigo 2º do Projeto de Lei, de modo a excluir do escopo da mediação os conflitos nos quais se discutam relações de trabalho, salvo em relação aos seus aspectos patrimoniais ou às questões que admitam transação. O objetivo de tal emenda é salvar a proteção dos direitos do trabalhador, em vista do inerente desequilíbrio de forças da

relação empregador-empregado, o qual poderia acarretar a realização de transações indevidas durante o procedimento de mediação realizado sem a participação das autoridades estatais de fiscalização do trabalho.

Em razão das emendas ao Projeto de Lei, foi aberto prazo para apresentação de novas emendas ao substitutivo apresentado pelo Dep. Sergio Zveiter. Até o fechamento deste artigo, não estava disponível a versão definitiva, que deverá, então, retornar ao Senado, para depois seguir para a Presidência da República.

3. Novos desafios

O processo pode ser entendido como um espaço de realização de garantias constitucionais, sendo o juiz (e seus auxiliares) um agente de promoção e preservação dessas garantias. A partir desses conceitos, é possível que surja algum conflito entre a mediação e essas regras constitucionais da jurisdição.

É possível, em tese, alegar incompatibilidade entre a mediação, em especial a obrigatória, e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988). Contudo, a nosso ver, trata-se de uma visão claramente limitada do conteúdo nuclear desse princípio constitucional e da própria garantia do acesso à justiça.

A finalidade do princípio da inafastabilidade de jurisdição é evitar que o acesso do indivíduo ao Poder Judiciário seja negado ou dificultado, em especial pelo Poder Legislativo, através da edição de legislação infraconstitucional.

Nessa linha, o ajuizamento de uma ação judicial não significa que o órgão jurisdicional deverá, necessariamente, por fim ao conflito através de uma ordem impositiva. É possível que o Juiz, ao analisar aquele conflito de interesses, entenda que a melhor solução para o caso é submeter a lide a uma forma alternativa

⁵ Art. 30. § 6º “Para fins de aplicação do § 4º deste artigo, não se exclui a discussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos por ela celebrados com particulares;” § 7º “A submissão de conflitos à mediação não retira do particular o direito de submeter a questão à apreciação de juízo arbitral ou do Poder Judiciário, nas hipóteses admitidas em Lei” (BRASIL, 2014).

de resolução de disputas, como, por exemplo, a mediação ou, em outros casos, a conciliação.

Em um país como o Brasil, no qual a cultura do litígio ainda é muito forte, é necessário que nos desprendamos da noção de que a adjudicação é a resposta para todos os problemas da sociedade.

Vale ressaltar que a finalidade maior da jurisdição não é a prolação de uma sentença ou a resolução de uma questão jurídica, mas sim a pacificação social.

A submissão de uma lide ao procedimento da mediação não significa, portanto, que o sujeito foi impedido de propor a sua demanda perante o Poder Judiciário. Até mesmo porque a chamada “obrigatoriedade da mediação” nos ordenamentos que a utilizam, é voltada apenas para o Poder Judiciário, que, nos casos em que for possível e recomendado, deverá sugeri-la às partes antes de prosseguir no exame jurídico da causa. Contudo, a mediação só se realizará de fato se ambas as partes estiverem de acordo com a sua instauração, até porque não faria sentido perder tempo com uma tentativa de busca de uma solução consensual quando uma das partes não demonstra interesse nela. Além disso, não sendo possível um acordo, o processo judicial que fora suspenso pela instauração da mediação incidental voltará a tramitar.

Assim, o acesso à justiça não comporta apenas o direito do jurisdicionado colocar sua pretensão perante o Poder Judiciário, mas também engloba a própria tutela (proteção) jurisdicional (adequada, tempestiva e, principalmente, efetiva) a quem tiver razão.

De nada adiantaria que, ao ser proferida a decisão final de mérito pelo Juiz, a prestação jurisdicional não fosse entregue tempestivamente ou não se mostrasse adequada para a solução daquele conflito, em razão dos males que a litigância já teria gerado para as relações pessoais das partes entre si (como, por exemplo, nas relações entre familiares ou entre vizinhos).

Ademais, os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça estariam sendo observados na medida em que os princípios constitucionais aplicados ao processo e que garantem a observância do devido processo legal fossem também aplicados à mediação incidental judicial. É o caso do contraditório e da ampla defesa, para referir apenas os mais relevantes.

Nessa seara, surge o questionamento pertinente sobre o alcance desses princípios à luz das “sessões privadas de mediação”. O mediador tem muita flexibilidade e discricionariedade em seu atuar, como, por exemplo, poder realizar sessões individuais com uma das partes, sem a participação da outra. No direito norte-americano, essas sessões são denominadas de *caucus*.

No Projeto de Lei de 2011, o legislador pareceu admitir a possibilidade de realização de sessões privadas entre o mediador e uma das partes, em vista do que dispõe o seu art. 29: “Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado” (BRASIL, 2014).

O problema que existe aqui é justamente para as hipóteses nas quais a mediação é realizada incidentalmente a um processo judicial. Isso porque, conforme já dito, nesse caso ela será um derivação, uma extensão do processo judicial, devendo, assim, obedecer aos princípios constitucionais. Desse modo, à primeira vista, a realização das sessões privadas, ainda mais considerando que elas se encontrariam cobertas pelo dever de confidencialidade do mediador, violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que não estaria sendo dada à outra parte a oportunidade de se manifestar ou sequer tomar conhecimento do que foi dito na sessão privada.

Entretanto, embora o ideal fosse que todas as reuniões fossem realizadas com a presença de todas as partes envolvidas como forma de assegurar a participação de todos, não parece que as sessões privadas de mediação, desde que realizadas de maneira correta, violem o princípio do contraditório e da ampla defesa. É possível, por exemplo, que, em uma reunião privada com o mediador, o sujeito acabe por transpor barreiras que o impediam de prosseguir nas tratativas com a outra parte, o que, no geral, acabaria por beneficiar o processo de mediação como um todo.

Ademais, tendo em vista que o mediador não proferirá nenhuma decisão ao final do procedimento da mediação, nem levará ao juiz as questões que foram discutidas com e entre as partes (em decorrência do mesmo dever de confidencialidade), não parece haver nenhum risco

na realização de sessões privadas de mediação, as quais poderiam servir, em última instância, para aquela parte desabafar e se abrir com o mediador, o qual pode auxiliá-la a encontrar soluções que colaborem para a resolução do conflito.

De toda sorte, é fundamental que o mediador, no início do procedimento, advirta as partes da possibilidade de realização de sessões privadas e obtenha o consentimento de ambas quanto à sua realização.

A mediação demanda uma atuação proativa das partes interessadas, razão pela qual ganham força não só o contraditório participativo, como também os princípios da cooperação e da colaboração. Esses princípios estabelecem a necessidade de participação das partes na construção da resolução da lide. No caso da mediação, eles ganham ainda mais força porque são as próprias partes que, em conjunto, darão uma solução para aquela disputa, através da celebração de um acordo por elas elaborado (com o auxílio do mediador, é claro).

Os princípios da cooperação e da colaboração estão ausentes do Código de Processo Civil de 1973, mas é possível identificá-los como princípios implícitos do ordenamento jurídico brasileiro decorrentes dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório.

No novo Código de Processo Civil, os princípios da cooperação e da colaboração virão expressos. No Projeto aprovado recentemente pela Câmara dos Deputados, o art. 8º estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha a solução do processo com efetividade e em tempo razoável”. A redação que esse dispositivo recebeu na Câmara dos Deputados foi significativa e merece ser aplaudida. Ao estabelecer que *todos os sujeitos* do processo devem cooperar *entre si*, o Novo Código de Processo Civil está estabelecendo

não só a colaboração das partes com o juiz, mas também a colaboração das partes entre si.

Nesse sentido, ao contrário do que possam afirmar os críticos, o novo Código não pretende que as partes se ajudem, mas sim que colaborem com a consecução da finalidade última do processo – a pacificação social e o resultado justo.

A cooperação e a colaboração implicam um *plus* em relação à boa-fé. Enquanto a boa-fé é a necessidade ou obrigatoriedade de não praticar atos de improbidade processual, de não praticar atos lesivos ou proibidos no curso do processo, a cooperação e a colaboração implicam uma postura positiva, comprometida na busca de uma solução que seja favorável, dentro do possível, para ambas as partes.

Assim, a colaboração assume o papel de importante instrumento de concretização do princípio do contraditório no processo civil. A efetiva participação das partes no desenvolvimento do processo também contribui para a legitimação das decisões judiciais, podendo, até mesmo, diminuir a propensão à irresignação das partes com as decisões desfavoráveis, mas de cuja formação elas mesmas participaram⁶. Com isso garante-se também a segurança jurídica no processo, na medida em que as partes não serão surpreendidas por decisões inesperadas.

A cooperação vem, portanto, prevista no ordenamento jurídico brasileiro como verdadeira cláusula geral que prestigia a atuação positiva dos sujeitos processuais no sentido da realização de um processo justo e efetivo.

A previsão do princípio da cooperação com estrutura de cláusula geral favorece ainda a sua aplicação ao processo civil, garantindo a sua incidência sobre ampla gama de situações que podem surgir no dia-a-dia da prática judiciária, gerando direitos e deveres que não poderiam ter sido previstos pelo legislador infraconstitucional. Por fim, o princípio da cooperação estabelece as diretrizes para a estruturação do processo civil brasileiro em um modelo cooperativo.

Nesse modelo, a necessidade de colaboração entre os sujeitos envolvidos na relação processual gera consequências para a interação das partes e do magistrado no âmbito da jurisdição, e também implica a crescente adoção de meios alternativos de solução de disputas, como é o caso da mediação. Por isso, foi possível afirmar com segurança no início do texto

⁶ Nesse sentido, ao garantir que as partes participem da formação das decisões judiciais a responsabilidade por essas passa a ser compartilhada entre partes e magistrado. De fato, “[q]uando non si assicura a tutti i partecipanti l’esercizio di un’effettiva influenza nella formazione dei provvedimenti, la decisione della lite è consegnata alle mani (solitarie) del giudice senza che ci sia la preoccupazione con la ‘collaborazione’ delle parti e dei loro avvocati. Si solleva, in questo modo, la responsabilità delle parti e degli avvocati e si attribuisce tutto il peso istituzionale al magistrato che subisce tutte le pressioni sociali inerenti al suo *múnus*” (NUNES, 2009, p. 5).

que, ante o cenário jurídico que se desenvolve no Brasil, o processo cooperativo se firma cada vez mais como uma realidade em vez de apenas um objetivo.

Ao mesmo tempo em que a mediação representa um campo máximo de incidência do princípio da cooperação – tendo em vista que o seu próprio conceito parte da ideia de participação dos envolvidos na construção de uma solução adequada –, ela também colabora para a consecução das finalidades do princípio da cooperação. Se a colaboração contribui para a legitimação das decisões judiciais que foram construídas com a participação das partes, ainda mais legitimidade haverá nos acordos que foram celebrados em comum acordo pelos sujeitos em conflito.

A mediação necessariamente irá demandar um ambiente de cooperação e de colaboração. Se o mediador conclui, nas primeiras sessões, que uma ou ambas as partes não estão imbuídas desse espírito, ele não deverá perder mais tempo – deverá encerrar a mediação e opinar que não foi possível, naquele momento, alcançar uma solução consensual.

Nesse sentir, parece que seria recomendável que o mediador indicasse ao juiz a falta de colaboração de uma das partes, para, sendo o caso, premiar a parte que colaborou (caso ela seja perdedora, receber uma menor condenação em honorários de sucumbência).

A mediação não se coloca como uma obrigação para as partes (conforme já dito, a obrigatoriedade se dirige apenas ao Juízo), de modo que, se o processo de mediação teve início, foi porque ambas as partes assim quiseram. Portanto, não soa razoável que uma parte concorde em aderir à mediação, mas não colabore com o seu desenrolar, servindo-se dela apenas para atrasar a prestação jurisdicional.

Outra questão que se coloca em relação à mediação incidental judicial é o impacto que ela

tem sobre a duração do processo, que, de acordo com o princípio constitucional insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, tem que ser *razoável*.

O referido dispositivo constitucional foi incorporado à Carta Magna em 2004, através da Emenda Constitucional nº 45, e, desde então, o processo judicial está sujeito a um controle temporal muito rígido. A Constituição Federal não prevê qual seria esse tempo razoável de duração do processo, mas o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece algumas metas e diz que o prazo máximo seria de 4 anos entre a petição inicial e a sentença⁷.

Destarte, questiona-se se a realização de mediação incidental não violaria o princípio da duração razoável do processo, na medida em que, caso não haja um acordo entre as partes, a prestação jurisdicional demoraria mais para ser entregue. Tal situação agravar-se-ia nas hipóteses em que, durante um procedimento de mediação, surgissem questões mais densas, mais complexas, que demandassem mais tempo para serem resolvidas.

Aqui precisamos fazer uma relativização dessas metas: por um lado, não podemos excluir a realização da mediação em razão da existência de uma meta e, por outro, não podemos aplicar essa meta à mediação em todos os casos.

A mediação, por sua própria natureza, é um procedimento que demanda tempo, para que as questões que se colocam possam ser trabalhadas pelas partes, com o auxílio do mediador,

⁷ Tal “prazo” foi estabelecido pela Meta 2 do CNJ. Muito se critica o estabelecimento desse prazo, pois a duração razoável do processo não depende apenas da rapidez com a qual a decisão é prolatada, mas sim da sua efetividade. De nada adianta que seja prolatada uma sentença injusta, que não observe as demais garantias fundamentais inerentes ao processo, em um curto período de tempo. Conforme já dito, o acesso à justiça exige que a prestação jurisdicional seja não só tempestiva como também efetiva e adequada. Assim, é preocupante que muitos Tribunais acabem aplicando a Meta 2 do CNJ como uma norma cogente e impositiva, que “força” a prolação de sentenças precoces.

e eventualmente resolvidas em conjunto; “é um trabalho artesanal”, que demanda “tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos” (PINHO, 2013, p. 905) para que se possa chegar ao cerne do conflito. Esse processo pode, portanto, se alongar por semanas, com a realização de inúmeras sessões, até que possivelmente se chegue a um acordo final. Até mesmo porque a finalidade da mediação é buscar a recomposição do relacionamento, do vínculo que une as partes.

Dessa forma, *a priori*, não seria recomendado falar no estabelecimento de um limite temporal para a conclusão do procedimento de mediação, tendo em vista a forma minuciosa pela qual ela se desenvolve. Contudo, tendo em vista a necessidade de a mediação incidental judicial observar o princípio da duração razoável do processo, parece coerente o estabelecido pelo art. 26 do Projeto de Lei do Senado 517/2011 – que dispõe sobre a mediação – no sentido de que esse procedimento “deverá ser concluído em até 60 (sessenta) dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação” (BRASIL, 2014).

Assim, havendo expressa concordância das partes com a prorrogação, a demora na conclusão do procedimento de mediação se dará por causa delas, não havendo que se falar nesse caso em violação do princípio da duração razoável do processo. Além disso, há também a possibilidade, já mencionada neste artigo, de que o mediador, vendo que as partes não estão dispostas a negociar, dê por encerrado o procedimento, evitando, assim, delongas desnecessárias.

Por fim, cumpre lembrar que, quando o processo de mediação é bem sucedido, terminando com a celebração de um acordo entre as partes, isso significa um processo a menos no Poder Judiciário.

Um dos pilares da mediação é o princípio da confidencialidade – o procedimento da mediação não é narrado ou comentado nem com o próprio juiz. As pessoas que participam da mediação firmam um compromisso de sigilo, que é necessário para que as partes se sintam livres para falar o que precisa ser falado e buscar uma solução para o conflito sem medo de que aquilo que digam seja futuramente usado contra elas.

Nesse sentido, estabelece o art. 28 do Projeto de Lei de Mediação de 2011:

“Art. 28. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento do acordo obtido pela mediação” (BRASIL, 2014).

Agora, imaginemos que, em um processo de mediação, uma das partes confesse ter cometido um crime. Ou que uma das partes agrida fisicamente a outra parte na presença do mediador. Cabe aqui o questionamento sobre se o dever de confidencialidade do mediador se estenderia a essas duas situações extremas. No Projeto de Lei de 2011, que tramita no Congresso Nacional, o §3º do artigo 28 estabelece que tais situações, que saem do âmbito da mediação, constituem uma exceção à regra do dever de confidencialidade do mediador: “Não estará abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública” (BRASIL, 2014).

E não poderia ser diferente, tendo em vista que o mediador é um funcionário público no Brasil e, de acordo com o Código Penal, o funcionário público que não dá notícia da prática de um crime de que tomou conhecimento pratica o crime de prevaricação. Assim, caberá ao mediador informar as autoridades competentes

do que lhe foi confessado em sede do procedimento de mediação.

Todavia, à luz dos deveres de lealdade e de transparência que, enquanto derivados do princípio processual da boa-fé objetiva, também se aplicam ao procedimento de mediação, é dever do mediador advertir às partes das consequências dessas situações acima citadas, antes de iniciado o procedimento.

Precisamos, portanto, fazer uma ponderação entre os princípios da confidencialidade, da preservação da intimidade, da dignidade da pessoa humana e da publicidade dos atos processuais. Não se pode adotar, com critérios absolutos, nenhum desses princípios, mas deverão ser consideradas as hipóteses em que eles deverão ser aplicados ao caso concreto e, para tanto, deverão ser ponderados.

Outra questão relevante diz respeito ao conteúdo interdisciplinar ou transdisciplinar da mediação. Normalmente, quando a questão é delicada, quando implica algo de natureza emocional ou quando diz respeito a uma relação de natureza continuada (ex.: pais e filhos, ex-marido e ex-mulher que têm filhos, vizinhos, companheiros de trabalho), será necessária a presença de um psicólogo, de um assistente social, de um psiquiatra – ou seja, de profissionais que tenham uma formação diferente da jurídica.

No caso da mediação, seja ela extrajudicial ou judicial, essa possibilidade é conferida tanto pelo Projeto do Novo CPC como pelo Projeto de Lei 517/2011, que não exigem que o mediador seja advogado ou sequer que tenha formação jurídica. Nesse sentido, é mais recomendado que o mediador seja um outro profissional, que não um advogado, podendo ser auxiliado por um comediador advogado que ajude a direcionar as questões jurídicas que porventura surjam (PINHO, 2013, p. 922).

De fato, parece razoável, tendo em vista que muitas vezes a solução desses casos estará

inclusive fora do âmbito jurídico, pois se descobrirá que aquele elemento que deu causa à ação judicial é algo oculto, de foro íntimo, e não uma questão jurídica, como parecia ser.

As partes, quando buscam uma solução para o conflito, comumente se desprendem das limitações jurídico-normativas, sendo comum que, durante um processo de mediação, nos deparemos com outras questões jurídicas ou até mesmo extrajurídicas, que inclusive desvendam a verdadeira causa daquele conflito.

Nessa esteira, parece que um profissional que possua melhor conhecimento na área daquele problema estaria mais capacitado a auxiliar as partes a melhor entenderem o seu problema e chegar a um acordo.

A primeira questão que se coloca, portanto, diz respeito à possibilidade de surgirem, durante o processo de mediação, questões que não haviam sido postas na petição inicial, em uma espécie de inovação no processo. Sobre as questões jurídicas, isso não é, *a priori*, um problema, pois o nosso processo civil admite que, mesmo em um processo judicial, surjam questões jurídicas que não estavam na petição inicial. É uma forma de privilegiar o princípio do consenso em detrimento do rigorismo formal⁸.

Outra questão se refere à possibilidade de o acordo gerado pela mediação ser, embora razoável e interessante para as partes e para o mediador, um acordo ilegal ou inconstitucio-

⁸ Essa perspectiva se insere nas concepções mais atuais sobre a metodologia do processo civil, expressas através do “formalismo-valorativo” ou “neoprocessualismo”, segundo o qual se deve buscar um equilíbrio entre a valorização das formas – que não deixam de ser essenciais para garantir um mínimo de previsibilidade do procedimento – e os valores constitucionais, em especial no que tange à garantia dos cidadãos a um processo justo. Isso porque as formas não devem ser vistas como um fim em si mesmas, mas sim como um meio para alcançar as finalidades sociais do processo civil. Assim, ao permitir que as partes tenham liberdade na negociação de um acordo no processo de mediação, garante-se que o princípio da correlação entre sentença e demanda, embora de inegável importância, não irá engessar a solução do conflito.

nal – o que pode ocorrer quando não haja alguém com conhecimentos jurídicos acompanhando a mediação.

Logo se vê que essa é uma questão mais grave do que a primeira: não se trata apenas de trazer questões jurídicas que não haviam sido postas na petição inicial, mas sim de ser dada uma solução ao caso que não se mostra viável dentro do ordenamento jurídico. Nesse caso, o juiz não irá homologar o acordo, salvo se a Lei tiver lhe dado poder para decidir por equidade, como no caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que o juiz pode optar em favor do menor, e nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. Nesses dois casos, há uma autorização legal expressa para que o juiz possa tomar sua decisão não com base no que está estritamente na Lei.

Essa questão nos leva ao último ponto da análise a respeito da mediação incidental no Direito Processual Civil Brasileiro, qual seja, o da execução do acordo a que se chega mediante a mediação. Para que tal acordo seja um título executivo judicial, é necessário que ele seja homologado pelo juiz. Caso não o seja, será apenas um título executivo extrajudicial, conforme estabelecido pelo art. 585 do CPC.

Nem sempre haverá a necessidade de haver uma execução do acordo. Em verdade, considerando que a finalidade da mediação é fazer com que as partes se conscientizem acerca do seu comportamento e do seu conflito, o mais correto seria que elas cumprissem espontaneamente as obrigações daí advindas.

Com efeito, se as partes estavam realmente imbuídas de um espírito cooperativo e colaborativo, a execução forçada não será necessária, pois a execução irá ser produzida pela implementação voluntária – será um cumprimento voluntário das obrigações pactuadas pelas partes.

É possível até mesmo que a mediação gere um acordo verbal, o que seria comum justamente nesses casos onde se percebe uma profunda conscientização das partes e uma mudança no seu comportamento, de modo que seria dispensável ter um acordo escrito, pois sequer haveria a necessidade de haver uma execução.

Entretanto, os manuais de mediação, por regra geral, sugerem que, ao final do procedimento de mediação, concluído com êxito, o mediador deverá redigir um acordo a ser assinado pelas partes que valerá como um título executivo – inclusive judicial, se homologado.

Além da mediação, um outro instrumento vem sendo usado na prática judiciária para buscar alcançar a almejada pacificação social nos conflitos de interesse, com a redução da litigância: é a advocacia colaborativa.

Originalmente idealizada pelo advogado norte-americano Stuart Webb para casos que envolvam Direito de Família, a advocacia colaborativa aportou no Brasil em 2011, através de uma médica, Dra. Tania

Almeida, e duas advogadas, Dras. Fernanda Paiva e Flávia Soeiro (PRÁTICAS COLABORATIVAS, s.d.).

A advocacia colaborativa nasceu da constatação de Stuart Webb de que, ao final dos processos de divórcio, todos, mesmo os “vencedores”, saíam perdendo, em decorrência das consequências negativas que a litigância trazia para as suas vidas. Por isso, surgiu a ideia de se criar um espaço extrajudicial e multidisciplinar de colaboração e diálogo no qual as partes buscam em conjunto, com o auxílio de um advogado e de outros profissionais, como psicólogos, uma solução que melhor se ajuste aos interesses da *família*, e não aos interesses individuais.

Enquanto o advogado contencioso briga por seu cliente e, muitas vezes, até piora o relacionamento entre as partes, o colaborativo se coloca como um resolvidor de problemas (“*problem solver*”), como alguém disposto a ajudar a remover os obstáculos que impedem o consenso.

A aplicação do princípio da cooperação nesse ambiente traz inúmeros benefícios para as partes em conflito, pois permite uma redução da adversidade, e um incentivo à colaboração para alcançar o melhor resultado possível para todos.

Parece que, à medida que o princípio da cooperação vai conquistando espaço no próprio processo civil, a advocacia colaborativa tem a oportunidade de receber cada vez mais adeptos que buscam a possibilidade de uma melhor gestão de seus conflitos.

Os bons resultados da advocacia colaborativa têm acarretado a sua expansão para outras áreas do Direito, como a civil e a empresarial. Através da advocacia colaborativa, as partes se comprometeriam a não litigar enquanto a questão estivesse submetida a esse “mecanismo” e deveriam colaborar entre si para alcançarem um bom acordo para todos.

Nesse processo, é essencial que as partes estejam realmente empenhadas e imbuídas do espírito colaborativo, devendo estar sempre abertas ao diálogo e ser transparentes umas com as outras, para que o empreendimento seja bem sucedido.

Referências

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Alvim Arruda Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 dez. 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 1º dez. 2010.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei n. 517, de 2011. Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. *Diário do Senado Federal*, 26 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=95181&tp=1>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 7.169, de 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1260500&filename=Tramitacao-PL+7169/2014>. Acesso em: 22 dez. 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

COÊLHO, Marília. Projeto que disciplina a mediação judicial e extrajudicial é aprovado pela CCJ. *Agência Senado*, 11 dez. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/11/projeto-que-disciplina-a-mediacao-judicial-e-extrajudicial-e-aprovado-pela-ccj>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali. *Revista de Processo*, v. 25, n. 99, p. 249-293, jul./set. 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOLAN-HALEY, Jacqueline M. The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound. *Cardozo Journal of Dispute Resolution*, v. 6, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo civile liberale, sociale e democratico. *Diritto & Diritti*, 14 maio 2009. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/27753-processo-civile-liberale-sociale-e-democratico#>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2013.

PRÁTICAS COLABORATIVAS. *O que é*. Disponível em: <<http://praticascolaborativas.com.br/home/na-area-de-familia.php#oque>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeidas (Coord.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). *Teoria geral da mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5, p. 63, jan. 2010. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 8, p. 443, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

_____. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 10, p. 210, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010. Disponível em: <<http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

Do direito de família ao direito das famílias

A repersonalização das relações familiares no Brasil

MÔNICA TERESA COSTA SOUSA

BRUNA BARBIERI WAQUIM

Sumário

1. Introdução. 2. A família antiga: da religião ao patrimonialismo. 3. O(s) moderno(s) conceito(s) de família. 4. Conclusões.

Mônica Teresa Costa Sousa é doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Avaliadora do MEC/ INEP. Professora da Universidade Federal do Maranhão.

Bruna Barbieri Waquim é mestrandia em Direito e Instituições do Sistema da Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito de Família e Sucessões e em Direito Civil e Direito Processual Civil. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – Seção do Estado do Maranhão. Servidora pública do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

1. Introdução

Tratar sobre o assunto “família” contemporaneamente nos evoca a imagem de pais e filhos reunidos em um lar acolhedor, em um ambiente de fortes laços, respeito e cuidado.

Porém, essa visão que hoje temos da família decorre, na verdade, de um longo processo de construção e reconstrução da função da família na história, pois a cada momento vivido pela sociedade, de acordo com a respectiva cultura, a família e seus membros tiveram um papel e uma importância.

No Brasil, durante muitos séculos, o modelo legal e, portanto, legítimo de família era aquele constituído pelo casamento religioso ou civil. Ainda que boa parte da população não possuísse os recursos financeiros necessários para arcar com os custos da solenidade do casamento, ou que não professasse a fé católica, ou simplesmente não desejasse a autorização do Estado para a constituição de uma família, as entidades formadas à margem da lei eram, da mesma forma, marginalizadas pelos Poderes Públicos, sendo alvo de grande preconceito na sociedade.

Da adoção pelo Estado de um modelo único para a formação de uma família decorreram inúmeros desdobramentos com a mesma carga

preconceitual e restritiva de liberdades. Por exemplo, os filhos, para serem considerados legítimos, deveriam nascer no seio de um casamento válido. Mesmo se nascessem de genitores solteiros, a ausência do vínculo do casamento lhes contaminava com a pecha de ilegítimos, bastardos ou espúrios.

A família tradicional brasileira, assim, possuía duas funções bem delimitadas no espaço social: a de legitimar a transmissão do patrimônio e a procriação. Tais funções expressavam as características da própria sociedade da época, patriarcal, patrimonialista, hierarquizada, individualista e com pouca preocupação com o bem-estar social.

Mas a dinâmica da vida social, aliada às grandes revoluções do século XX, permitiram a desconfiguração do perfil tradicional não só da família como da própria sociedade. A industrialização, o movimento feminista, o ingresso da mulher no mercado de trabalho, a descoberta de formas artificiais de reprodução, o surgimento do Estado Democrático de Direito contribuíram para derrubar os paradigmas até então vigentes no Brasil, acarretando com isso a transformação da mentalidade das pessoas e dos institutos jurídicos e políticos.

No presente artigo, foi realizado um levantamento bibliográfico sobre o esboço histórico da família no âmbito mundial e no Brasil, para traçar as mudanças sofridas na sua caracterização e qualificação.

A seguir, buscou-se pontuar quais mudanças foram significativas para a expansão das liberdades individuais no âmbito da família, e o que tais mudanças representaram no cenário da sociedade brasileira.

Por meio de pesquisa jurisprudencial, foram analisados alguns dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que demonstram como o Poder Judiciário tem-se comportado diante das demandas por

definições jurídicas decorrentes das indefinições legislativas.

A partir da ótica de Amartya Sen, é possível chegar à conclusão de que, a despeito dos índices oficiais de desenvolvimento econômico e social, a expansão das liberdades individuais no Brasil, decorrente da repersonalização das relações familiares, não deve ser desconsiderada para afirmar o sucesso do desenvolvimento da sociedade brasileira.

2. A família antiga: da religião ao patrimonialismo

O vocábulo utilizado, em cada época e cultura, para denominar o que hoje entendemos por família também evoluiu à medida que a noção de entidade familiar se transformava, e o significado dos vernáculos ajuda a esclarecer o que o termo “família” representou em cada momento histórico.

Na Antiguidade Clássica, a reunião de pessoas em uma família recebia o nome de *epístion*, que significa “aquilo que está junto ao fogo” (COULANGES, 2004).

Isso porque o que ligava os membros de uma família não era o afeto nem o sangue, mas o culto à mesma religião doméstica, simbolizada pela chama dos rituais de adoração aos *manes* (COULANGES, 2004).

A religião da época baseava-se em duas categorias de deuses: os superiores, ligados aos fenômenos naturais e conhecidos por todos, e os deuses inferiores, domésticos ou *manes*, que eram os antepassados de cada família que passavam a ser adorados (MADALENO, A.; MADALENO R., 2013).

Era um tempo em que a adoção não só era bem aceita como incentivada, para preservar a adoração dos ancestrais. Por meio do casamento, a esposa abandonava os seus antepassados e passava a cultuar os *manes* de seu esposo,

não existindo a possibilidade de cultivar duas linhagens de deuses, o que significaria pertencer a duas famílias (COULANGES, 2004).

Quando falecia o patriarca, seus filhos varões adquiriam personalidade e passavam a constituir outras famílias, nos quais passavam a assumir a condição de *pater familias*. O conjunto dessas famílias formava a família *communi jure*, formada pelos parentes por linha masculina, pois o parentesco materno não produzia efeitos jurídicos (NADER, 2013).

Com o crescimento da população e o desenvolvimento das relações interpessoais, os casamentos deixaram de ser realizados entre os membros de um mesmo grupo para serem realizados entre membros de grupos (ou *gens*) diferentes (MADALENO, A.; MADALENO R., 2013), quebrando o laço religioso como formador de uma entidade familiar e instituindo os laços cognatícios (nome e consanguinidade) como elemento formador de uma família (PES- SOA, 1997).

A religião doméstica, em declínio, foi paulatinamente substituída pela ideia de família como espaço para a transmissão de patrimônio, como se extrai do termo que passou a ser utilizado para denominar uma família: *famel*, da raiz latina *famul*, que significa servo ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

No cenário do Direito Romano, permaneceu a figura do *paterfamilias* – o patriarca. O patriarca adquiria bens e administrava o patrimônio familiar (*domenica potestas*), exercia o poder sobre as pessoas dos filhos (*patria potestas*), sobre a mulher (*manus*) e sobre os escravos (*dominica potestas*), ou seja, centralizava a autoridade familiar e patrimonial (PESSOA, 1997).

Aproximando-se da Idade Média, a família adquiriu natureza econômica, transformando-se em unidade de produção. Cada lar era uma pequena oficina, da qual todos os membros da

família retiravam sua subsistência (VENOSA, 2013).

Dessas transformações não se eximiu o Brasil. Gilberto Freyre, na aclamada obra “Casa-Grande & Senzala”, traça um primoroso retrato da família tradicional brasileira, influenciada pela colonização portuguesa.

Gilberto Freyre (2003) destaca que a formação patriarcal do Brasil é explicada menos em termos de raça e religião do que em termos econômicos, de experiência de cultura e de organização da família.

A casa-grande patriarcal era fortaleza, capela, escola, oficina, santa casa, harém, convento de moças, hospedaria e até mesmo banco. Na hierarquia patriarcal, a memória dos mortos da família era cultivada abaixo dos santos e acima dos vivos, por meio de retratos, tranças e cachos guardados, em um culto doméstico que lembra o dos antigos gregos e romanos (FREYRE, 2003).

Foi a família, no sentir de Freyre (2003), a verdadeira responsável pela colonização brasileira, pois era a unidade produtiva que fornecia o capital para desbravar o solo, que instalava as fazendas, comprava os animais para a lavoura ou o engenho, e que constituía o capital social que se desdobrava na política, por meio da aristocracia colonial mais poderosa já vista na América.

Laurentino Gomes reforça esse retrato, afirmando que a sociedade conservadora, católica e patriarcal da tradição cultural brasileira representava parte da herança ibérica e portuguesa. A submissão da mulher era um traço tão característico que influenciou até mesmo a arquitetura das casas, que possuíam janelas por trás, por meio das quais as mulheres, que nunca saíam de casa, podiam observar a rua sem serem vistas (GOMES, 2013).

O casamento religioso e, após a proclamação da República e a edição do Decreto nº 180,

o casamento civil eram as únicas formas válidas de instituição de uma família, sendo qualquer outro modelo familiar marginalizado pelo Estado, pela Igreja e pela sociedade. Da adoção do modelo familiar único pelo casamento, garantidor da função maior de transmissão de patrimônio e reprodução, decorria também a distinção da natureza de filhos legítimos e ilegítimos, de acordo com as circunstâncias do seu nascimento.

Carlos Pianovsky Ruzyl esclarece que (2005, p. 118-119):

“A família patriarcal, extensa e transpessoal emerge como discurso legitimador de uma dada condição social, que se avalia pela estirpe. [...] Trata-se de uma família que tem por funções, na perspectiva aludida mais acima, a transmissão do *status* e do patrimônio, servindo como fonte de manutenção de poder político, com a criação de laços de dependência. Para o atendimento dessas funções, a estabilidade do corpo familiar é essencial, de modo que os laços de solidariedade se mantenham firmes. O responsável por essa função é o patriarca, que centraliza a direção da família, a esposa tem papel definido nessa estrutura familiar como de subordinação, papel este para o qual é criada desde a mais tenra infância. As filhas devem, pois, ser criadas para ocuparem seu papel de boas esposas no âmbito da família de seus futuros maridos. O desenvolvimento das virtudes das ‘boas moças’ é fator indispensável à obtenção de casamentos – e alianças – vantajosos com outros fazendeiros e homens de posse, ‘bem nascidos’, de modo a assegurar a manutenção do *status* e da condição econômica [...]”.

Esse cenário começa a ser transformado a partir da Revolução Industrial, quando as indústrias passaram a assumir a função de produção econômica antes exercida pelas famílias. O espaço familiar começa a perder a característica de unidade de produção e passa a ser considerado paulatinamente um espaço para o desenvolvimento moral, afetivo, espiritual e de assistência recíproca entre seus membros (ALMEIDA JUNIOR, 2004).

Trazendo a discussão para o campo do Direito, é certo que nos séculos XVIII e XIX predominava o individualismo e a igualdade formal. No chamado Liberalismo, a preocupação era a garantia jurídico-formal dos direitos e liberdades fundamentais, sendo papel do Estado atender seus fins econômicos e estando a propriedade privada no topo da valoração dos bens jurídicos (PEREIRA; ALEMAR, 2010).

Para que fosse possível prestar tais garantias, o Direito Privado recebeu a necessária codificação, visando assegurar a ordem social sob o prisma do individualismo. Impregnada pelo liberalismo jurídico, a codificação tinha como fonte única o Estado, concebendo o homem como sujeito abstrato (PEREIRA; ALEMAR, 2010).

Sob essa inspiração foi editado o Código Civil de 1916, consolidando a proteção legal à família tradicional da época: matrimonializada, patriar-

cal, hierarquizada, heteroparental, biológica e institucional, vista como unidade de produção e de reprodução (MADALENO, 2011).

Fabio Anderson de Freitas Pedro (2012) também reforça que o Código Civil de 1916 teve como marcos teóricos a propriedade e a família patriarcal, como pressupostos da hierarquização social que se observava na sociedade brasileira, de intensas contradições e desigualdades. O principal valor ali consignado era o individualismo, como desenvolvimento dos ideais liberais da época, o que demandava uma intensa codificação das normas da vida privada com o objetivo de proteger essa esfera do Estado, alimentando, assim, a dicotomia Direito Público – Privado.

Como ressalta Silvio de Sávio Venosa (2013, p. 6), “o Código Civil brasileiro de 1916 foi dirigido para a minoria da Casa-Grande, esquecendo da Senzala. Esse, de qualquer forma, era o pensamento do século XIX”.

A partir do pós-Primeira Guerra Mundial, o Estado Liberal começa a ser substituído pelo Estado Social de Direito, ou Estado do Bem-estar, o que modifica a visão até então dominante do Direito Privado, que se conformava em garantir a igualdade formal. Com o Estado do Bem-estar, a igualdade perseguida era a substancial (PEREIRA; ALEMAR, 2010).

Por conseguinte, a realidade do século XX, acompanhada pela devida pressão social, exigiu a edição de estatutos para suprir as falhas ou omissões do Código Civil, os quais passaram a complementar ou revogar o contido na codificação. Assim, a descentralização do sistema de Direito Privado passou a atender as emergências sociais (PEREIRA; ALEMAR, 2010).

Fabio Anderson de Freitas Pedro (2012) relembra que, àquela época, o modelo do Código Civil de 1916 tinha sido edificado sobre a valorização do individualismo e, por conseguinte, o movimento de Codificação pretendia alçar o Código Civil a norma máxima na esfera privatista, buscando dentro da dicotomia público-privado uma das justificativas teóricas da supremacia do Código Civil para as relações privadas.

Já a Constituição Federal, prossegue o autor, embora tivesse reconhecido o papel de Lei mais importante do sistema normativo de um país, ficava relegada a uma função de mera representatividade de ideais e princípios, enquanto o Código Civil representava a efetividade das normas a serem seguidas pela sociedade. Numa clara inversão simbólica, o Código Civil representava o instrumento jurídico de maior relevância para a sociedade, visto que as condutas humanas estavam em bojo definidas do ponto de vista privado.

Vários movimentos influenciaram a edição de outras normas ordinárias para atender aos novos anseios de igualdade material: os movimentos feministas, o individualismo moderno, o desejo de felicidade e liberdade pessoais, a inclusão da mulher no mercado de trabalho, o

fim da indissolubilidade do casamento, tudo isto contribuiu para uma mudança paradigmática, deixando de ser a família um núcleo essencialmente econômico e de reprodução para se tornar um espaço de afeto e solidariedade (PEREIRA, 2005).

Assim, afloraram, ao longo da vigência do Código de 1916, inúmeros documentos legais que buscavam, cada um, regular uma área específica da vida privada, gerando “a formação de um polissistema com a edição de um conjunto de regras ocupando espaços que o Código Civil já não conseguia preencher” (PEDRO, 2012, p. 79).

Essas leis esparsas foram alcunhadas de “legislação extravagante” e “demonstram que o Código Civil não tem o condão de prever todas as condutas humanas, o que em espécie de fato é impossível a qualquer ordenamento que venha edificado em um sistema sem flexibilidade” (PEDRO, 2012, p. 80).

Na jurisprudência se percebia uma ainda maior dilatação de direitos, pois os casos da vida real, na omissão da legislação vigente, eram resolvidos pelo Judiciário com base em princípios gerais do Direito, a fim de garantir às entidades familiares marginalizadas e às relações não institucionalizadas (como as uniões estáveis, famílias monoparentais, filhos gerados por meio da biotecnologia) o acesso a direitos fundamentais, principalmente à dignidade.

Havia, assim, a necessidade de que na Carta Magna da República se dispusessem os valores e princípios fundamentais que representassem os reais anseios da população como um todo, sem esquecer as minorias que adotavam padrões de vida não tradicionais.

Nesse contexto, Rolf Madaleno comenta (2011, p. 4):

“A Constituição Federal de 1988 realizou a primeira e verdadeira grande revolução no Direito de Família brasileiro, a partir de três eixos: a) o da família plural, com várias formas de constituição (casamento, união estável e a monoparentalidade familiar); b) a igualdade no enfoque jurídico da filiação, antes eivada de preconceitos; e c) a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres.”

A antiga ideia de família-instituição, com proteção justificada por si mesma, importando não raro violações dos interesses das pessoas nela compreendidas, foi então derrubada pelo conceito de família-instrumento do desenvolvimento da pessoa humana, evitando qualquer interferência que viole os interesses dos seus membros. A família passa a existir em razão de seus componentes, e não estes em função daquela (FARIAS; ROSENVALD, 2010).

Autores como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010) e Rolf Madaleno (2011) situam esse momento histórico de transformação

às vésperas da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas o certo é que a superação dos paradigmas da família tradicional brasileira, e principalmente, do seu modelo único de legitimação, é fruto de um longo processo sociocultural, econômico e histórico.

E o estopim desse processo pode ser buscado na consolidação da ideia de eficácia horizontal dos direitos humanos, em que as liberdades e garantias fundamentais passam a inspirar também as relações privadas, e não apenas as relações entre a Administração Pública e os cidadãos (a chamada eficácia vertical dos direitos humanos).

Essa tendência permitiu o surgimento do fenômeno da repersonalização das relações de família, representado pela valorização do ser humano sobre o patrimônio na família, como defende Paulo Lôbo (2004):

“A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana e da dignidade de cada um de seus membros, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendência enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. O anacronismo da legislação sobre família revelou-se em plenitude com o despontar dos novos paradigmas das entidades familiares.”

Essa nova forma de pensar a família foi cristalizada na Constituição Federal de 1988, que rompeu com a dogmática jurídica até então utilizada nas Cartas Constitucionais. Antes de 1988, todas as Cartas Magnas prescreviam, em síntese, que a família formada pelo casamento deveria receber especial proteção do Estado, e a essa afirmação se resumiam, ao estabelecer o modelo único familiar, constituído pelo casamento.

Na Constituição de 1988, rompendo a tradição na escrita, o artigo 226 desvinculou-se da adoção de um modelo único de família legítima para prescrever, tão somente, que “A família, base do Estado, tem especial proteção do Estado”.

Ao ser retirada a qualificação “família constituída pelo casamento” da disposição constitucional, a Constituição de 1988 inaugurou o princípio da pluralidade das formas familiares, segundo o qual qualquer agrupamento humano baseado no afeto, no respeito e na consideração mútuos poderia ser reconhecido como família, mesmo que o casal não fosse casado entre si.

A quebra do modelo único familiar constituído pelo casamento foi seguido de outras mudanças paradigmáticas, no tocante à filiação, planejamento familiar e assistência aos membros mais vulneráveis da família, por meio das demais prescrições dos parágrafos do artigo 226 e dos artigos 227 a 230 da Constituição Federal.

Ademais, a atenção despertada pelo legislador constituinte de 1988 em elevar o Direito de Família ao âmbito constitucional, cujas regras jurídicas até então eram buscadas na legislação ordinária, abriu espaço para que toda a principiologia da Constituição de 1988 se prestasse ao serviço da nova configuração das famílias, particularmente os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da cidadania, além dos objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre e solidária, garantindo o bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação (artigos 1º e 3º da Constituição Federal).

A partir de 1988, então, podemos vislumbrar uma nova tábua de valores oriunda das relações familiares que passam a se fincar no afeto e na realização pessoal do indivíduo (MADALENO, 2011), e não mais no interesse do Estado e/ou da Igreja de regular a procriação e a transmissão do patrimônio.

Nesse sentido, despontam transformações na realidade sociojurídica brasileira, que merecem aprofundamentos.

3. O(s) moderno(s) conceito(s) de família

Como ressaltado por Farias e Rosenvald (2010), a família tem seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. Como bem pontuam os autores, família é realidade viva a ser sempre adaptada aos valores vigentes.

A família não existe apenas porque o Direito a reconhece e a normaliza, e tampouco as mudanças na família se operam simplesmente porque a lei foi alterada. Antes, as alterações na família precedem a alteração das normas jurídicas, que apenas contemplam as mudanças que foram consolidadas com o tempo (RUZYK, 2005).

A partir da Constituição de 1988, que consagrou o fenômeno da repersonalização das relações familiares, a chamada família constitucionalizada passou a ser configurada por dois aspectos fundamentais:

a) qualquer grupamento humano baseado no afeto pode ser considerado (e protegido) como família, independentemente de os membros serem ligados pelo casamento ou por laços consanguíneos;

b) todos os membros da família, independentemente do gênero, da idade ou das escolhas de vida, merecem ser respeitados, protegidos e ter suas potencialidades saudavelmente desenvolvidas no espaço familiar.

Como desdobramento da dinâmica social, essas transformações representaram em concreto duas inovações jurídicas principais:

a) o reconhecimento de outras formas de família que não a matrimonializada, como a formada pela união estável, famílias monoparentais (formada por um dos genitores e sua descendência) e até mesmo anaparentais (sem hierarquia entre os membros, como a família formada por duas irmãs solteiras), famílias homoafetivas, entre outras; e

b) a afirmação da socioafetividade como elemento de configuração da filiação, para permitir o reconhecimento de filhos que tenham essa qualidade pública mesmo que não compartilhem do mesmo material genético daqueles considerados genitores, inclusive para permitir famílias pluriparentais, em que a filiação biológica convive com a filiação socioafetiva.

Essa ampliação do conceito de família, agora plural e de significativa concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana, tem sido abrangida pelas mais diferentes esferas dos Poderes Públicos.

Lourival Serejo (2014) aponta que o artigo 16 da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os planos de benefício da Previdência Social, relaciona como dependentes do segurado não só o cônjuge, companheiro, filho menor de 21 anos não emancipado ou que seja inválido, também os pais, o irmão não emancipado, menor de 21 anos não emancipado ou que seja inválido, o enteado e o menor tutelado, demonstrando um conceito de família com um alcance social, inspirado pelos princípios de solidariedade e fraternidade.

A Lei nº 10.836/2004, de instituição do Bolsa Família, considera como família a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco ou de afinidade, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e que se mantém pela contribuição de seus membros.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), nessa mesma linha, considera como família a comunidade formada por dois indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, independentemente de orientação sexual, ressaltando Lourival Serejo (2014) que essa é a primeira lei que admite a existência de uma família homoafetiva.

A Lei da Adoção (Lei nº 12.003/2009) traz o conceito de família extensa como aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Prossegue o citado autor apontando a Lei nº 12.424/2011, sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida, que criou o conceito de grupo familiar como a unidade nuclear composta por um ou mais indivíduos que contribuem com o seu rendimento ou têm suas despesas por ela atendidas e abrange todas as espécies reconhe-

cidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, incluindo até mesmo a família unipessoal.

Daí concluir Lourival Serejo (2014, p. 29) que “o Direito de Família vai para onde a família for e renova-se com a mesma velocidade”.

A superação do modelo familiar único, constituído pelo casamento, vem corrigir uma desigualdade social há muito debatida no seio jurídico, quanto à parcela da comunidade que não dispõe de recursos financeiros para arcar com os custos da solenidade, ou que apenas deseja a liberdade de escolher a forma de conduzir seus interesses privados, inclusive na opção de como constituir uma família.

Olga Krell (2008, p. 51), analisando a história do concubinato no Brasil até sua evolução para o instituto da união estável, tece o seguinte panorama:

“Um dos fatores de fomentação e promoção do concubinato no Brasil foi a inexistência do divórcio até 1977, que obrigou os egressos do casamento falido a buscarem uma nova formação para suas famílias, embasadas numa convivência, meramente fática. Isto porque, antes da Lei do Divórcio, havia apenas o chamado *desquite*, que não acabava com o vínculo matrimonial, permanecendo os envolvidos no estado civil de casados, impedidos, portanto, de constituir formalmente uma outra família. [...] Essa alternativa ao casamento já estava enraizada de tal maneira em nossa cultura que a introdução do divórcio não conseguiu mais reduzir o número de concubinatos, uma vez que a cobrança de altos emolumentos para o processo de habilitação para o casamento e a mentalidade social permissiva formaram um terreno fértil para a sua proliferação.”

A plurissignificação da família também foi o substrato teórico a permitir a equiparação das uniões de casais homoafetivos à categoria da união estável, que, por expressa disposição legal, possui natureza heterossexual (§ 3º do artigo 226 da Constituição Federal).

No julgamento da Arguição de Preceito Fundamental nº 132 (BRASIL, 2011b), o Supremo Tribunal Federal entendeu que o sexo das pessoas não se presta como fator de desigualação jurídica, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, pois o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal proíbe o preconceito, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”.

Entendeu ainda que o silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos atrai a aplicação da “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Assim, reconheceu o direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”, equacionando-o ao direito à autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo e o direito à busca da felicidade.

Afinal, continua o Supremo, a proibição do preconceito evolui em entendimento para a proclamação do direito à liberdade sexual, e o concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Logo, o uso empírico da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade é constitucionalmente tutelado.

Assim resta pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do seu papel institucional de guardar a Constituição e efetivar a concretização dos direitos fundamentais:

“O Supremo Tribunal Federal – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. – A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. – Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem

acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. – O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. – O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. – O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. – Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. – A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. – Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina” (BRASIL, 2011a).

A equiparação do relacionamento estável homoafetivo à qualidade de união estável, longe de representar mera abstração teórica, tem o condão de produzir inúmeros efeitos concretos, que perpassam pelas diversas esferas da vida pública e privada, como a possibilidade de percebimento de pensão alimentícia e benefícios previdenciários, inclusão do companheiro dependente na Declaração de Imposto de Renda, possibilidade de adoção de crianças e adolescentes, entre outros.

Este julgamento, por certo, representa uma das maiores defesas da família como espaço de promoção de afeto e dignidade, a despeito de limitações jurídicas ou institucionais que não correspondam à dinâmica da vida real.

Como outro exemplo prático dessa modificação, pode-se também citar o alargamento da definição de bem de família pela jurisprudência, com o escopo de proteger os núcleos familiares formados por parentes colaterais e até mesmo por pessoas solteiras, demonstrando a ampliação da garantia aos direitos fundamentais dos indivíduos, ainda que não previsto expressamente em lei:

“PROCESSUAL. EXECUÇÃO – IMPENHORABILIDADE. IMÓVEL – RESIDÊNCIA, DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO. LEI 8.009/90. – A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. – É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário” (BRASIL, 2003).

“EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. AO IMÓVEL QUE SERVE DE MORADA ÀS EMBARGANTES, IRMÃS E SOLTEIRAS, ESTENDE-SE A IMPENHORABILIDADE DE QUE TRATA A LEI 8.009/90” (BRASIL, 1995).

Em um segundo aspecto, o estabelecimento do afeto como principal elemento formador de uma família tem permitido uma verdadeira revolução nas relações de filiação, ao quebrantar o primado do critério biológico em prol do vínculo socioafetivo que tenha sido estabelecido entre o suposto genitor e a criança ou adolescente com o qual convive.

Tribunais de todo o país, diante de ações negatórias de paternidade, têm entendido pela manutenção do registro civil da criança ou adolescente mesmo quando o exame de DNA atesta a inexistência de relação consanguínea entre o infante e o pai que deseja eximir-se da paternidade, sempre que os julgadores vislumbram o estabelecimento de vínculos psicológicos de afeto e consideração entre aqueles.

Desta forma, qualquer pretensão de anular registros civis em virtude da descoberta de ausência de vínculo consanguíneo esbarra na impossibilidade de se desconstituir vínculos afetivos já estabelecidos, sob pena de violar o melhor interesse da criança ou do adolescente de ter garantido o direito fundamental à convivência familiar.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que:

“... em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convi-

vência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva” (BRASIL, 2012).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça desenvolveu ainda mais a potencialidade da paternidade socioafetiva ao estabelecer que nem mesmo este vínculo poderia impedir a busca pela identidade genética do interessado, o qual pode passar a conviver com uma situação de multiparentalidade como expressão máxima do seu direito à origem genética, corolário dos direitos da personalidade:

“FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 326 DO CPC E ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Ação de investigação de paternidade ajuizada em 25.04.2002. Recurso especial concluso ao Gabinete em 16/03/2012. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. 4. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 5. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma

relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. 6. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. 7. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 8. Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética. 9. Recurso especial desprovido” (BRASIL, 2013).

Assim, permitir o reconhecimento da paternidade socioafetiva e da própria multiparentalidade é homenagear o livre exercício da afetividade de acordo com a livre razão dos indivíduos, sem obrigá-los a chancelar seus interesses individuais pela atuação conformativa do Poder Público. É permitir o desenvolvimento da dignidade, do respeito e da consideração mútuos de forma livre e consciente, ainda que a experiência pessoal não se adeque ao até então propagado como modelo oficial.

Todos os julgados acima citados demonstram como o Poder Judiciário, investido da função de garantir a ordem e a paz social, tem diligenciado para resguardar direitos e deveres diante da inércia ou indefinição do Poder Legislativo, que nem sempre consegue acompanhar *pari passu* as demandas da dinâmica da vida social.

Em suma, todas essas transformações, que mudaram radicalmente a forma de ver e de

pensar em família no Brasil, atendem ao que Amartya Sen tem denominado “desenvolvimento como expansão de liberdades”.

Para Sen (2000), o sucesso do desenvolvimento de um país não deve ser medido somente em aspectos quantitativos como PIB e renda *per capita*, mas também a partir de aspectos qualitativos como o nível de liberdades substantivas que se garantem aos cidadãos.

Assim, país desenvolvido seria não só aquele que apresenta bons indicadores de desenvolvimento econômico e social, mas também aquele que se esforça para identificar e combater os fatores que sejam fontes de privação de liberdades individuais (SEN, 2000).

Analisando como as mulheres passaram historicamente a se apoderar da condição de agentes, ou seja, passaram a ser vistas pelos homens e por elas próprias como agentes ativos de mudança, promotoras dinâmicas das transformações sociais, Amartya Sen analisa em “Desenvolvimento como Liberdade” (2000) o impacto desse papel feminino na vida de todas as pessoas – homens e mulheres, crianças e adultos.

Citando o estudo estatístico de Murthi, Guio e Drèze sobre a Índia, Sen (2000) retrata como a alfabetização feminina influenciou de forma determinante a redução da mortalidade das crianças de até cinco anos de idade, mais até do que as medidas de alfabetização masculina ou redução geral da pobreza como instrumentos para reduzir a mortalidade infantil.

E o acesso das mulheres à educação (não só mulheres indianas, como também asiáticas e africanas, conforme estudado por Sen) também provocou a redução das taxas de fecundidade. Isso porque os efeitos adversos de uma elevada taxa de natalidade incluem a negação de liberdades substanciais, devido a gestações frequentes e do trabalho incessante de criar os filhos; logo, diminuem o bem-estar das mulheres (SEN, 2000).

Portanto, a educação das mulheres contribuiu para ampliar seus horizontes e difundir os conhecimentos sobre planejamento familiar, pois, como Sen (2000) registra, mulheres instruídas tendem a gozar de mais liberdade para exercer sua condição de agente nas decisões familiares, inclusive nas questões relacionadas à fecundidade e à gestação de filhos.

Afinal, como reflete Sen na obra “A idéia de Justiça” (2011), ser mais inteligente pode nos dar a capacidade de pensar de forma mais clara sobre nossas metas, objetivos e valores, além de ajudar na compreensão não só do interesse próprio, mas também de como a vida dos outros pode ser fortemente afetada por nossas próprias ações.

Com esse sentir, a repersonalização das relações familiares ocorrida no Brasil, agregando ao conceito e ao tratamento jurídico da família os desdobramentos materiais da aplicação de princípios como o da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da solidariedade, no contexto cada vez mais amplo de liberdade de agir segundo a própria razão, representa importante aspecto do desenvolvimento da sociedade brasileira, que não pode ser desconsiderado.

4. Conclusões

A quebra do modelo único de família, o reconhecimento dos filhos sem distinção de origem, o rompimento da chefia conjugal, a legalização de uniões homoafetivas, a permissão de multiparentalidade são mudanças essenciais não só para a evolução da sociedade como para a evolução da própria mentalidade humana, estando o Brasil na vanguarda da garantia de muitos direitos fundamentais no âmbito da família.

Por todas essas transformações, tal como trabalhadas no presente texto, não há que se falar hoje em um Direito *de* Família, resgatando

a noção tradicional de família como conceito singular. Doutrinadores como Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves de Farias e Rolf Madaleno têm preferido denominar este ramo do Direito Civil de Direito *das Famílias*, para fazer jus às conquistas no reconhecimento do conceito plurisubstantivo de família e despertar sempre a atenção para a expansão das liberdades individuais no seio da unidade fundamental à sociedade.

No presente artigo, buscou-se analisar de que forma o conceito de família foi evoluindo com o tempo e os fatores políticos, sociais e jurídicos de cada época. Isso porque a família é fato social, alimentando-se diretamente da dinâmica das relações privadas, o que não pode ser desconsiderado pelos Poderes Públicos que lhe prestam assistência.

Buscou-se pontuar também o que contribuiu para o surgimento do fenômeno da repersonalização das relações familiares e o que isso significou para a transformação social e jurídica da família brasileira, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Essas análises foram promovidas com o escopo de validar a conclusão de, contemporaneamente, não cogitar mais ao Poder Público impedir o pleno exercício da dignidade, do afeto e da liberdade dos cidadãos em conduzirem suas opções de vida e constituição de família, seja para impedir o reconhecimento de famílias compostas de maneiras não tradicionais, como as famílias homoafetivas e anaparentais, seja para impedir que o conceito de família permaneça fechado e restritivo, como nos casos de pedido de inclusão de paternidade socioafetiva, mesmo sem a exclusão da paternidade biológica.

Portanto, podemos compreender o estágio atual de exercício cada vez mais pleno das liberdades individuais dentro das famílias brasileiras como um importante fator de ponderação sobre o bom desenvolvimento do país, particularmente pela assistência positiva que tem sido garantida pelo Poder Judiciário pela eventuais omissões legislativas.

Afinal, a velocidade da dinâmica social nem sempre é acompanhada da necessária velocidade na atividade legiferante, o que tem sido saudavelmente contornado pela atuação pontual da Justiça, como nos casos apontados no presente trabalho.

Referências

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *As relações entre cônjuges e companheiros no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 57606/MG. Relator: Ministro Fontes de Alencar. DJ, 11 abr. 1995. *Diário da Justiça*, 15 maio 1995.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.182223/SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. DJ, 6 fev. 2002. *Diário da Justiça*, 7 abr. 2003.

_____. Recurso Especial n. 477554 AgR /MG. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 16 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 25 ago. 2011a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 5 maio 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 out. 2011b.

_____. Recurso Especial n. 1059214/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, DJ, 16 fev. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 12 mar. 2012.

_____. Recurso Especial n. 1401719/MG. Relator: Ministra Nancy Andriahi. DJ, 8 out. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 15 out. 2013.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 48. ed. São Paulo: Global, 2003.

GOMES, Laurentino. A família na história do Brasil. *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, n. 5, p. 6, nov. 2013. Entrevista.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *União estável: análise sociológica*. Curitiba: Juruá, 2008.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental: a importância da sua detecção com seus aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5.

LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em: 30 out. 2014.

PEDRO, Fabio Anderson de Freitas. As diretrizes teóricas do Código Civil Brasileiro de 2002 e o Neoconstitucionalismo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 925, nov. 2012.

PEREIRA, Fernanda Sabrinni; ALEMAR, Aguinaldo. Direito civil constitucional: a norma constitucional como componente do sistema civil. *Revista Horizonte Científico*, Uberlândia. v. 4, n. 2, jan. 2010. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/5337>>. Acesso em: 30 out. 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípio fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

PATRÍCIA DITTRICH FERREIRA DINIZ

Sumário

Introdução. 1. Definições e objetivos. 1.1. Objetivos e forma de implantação. 1.2. A importância da ética na economia e a sua inter-relação com o direito concretizador do *Compliance*. 2. *Compliance* e custos de transação. 2.1. Breves apontamentos sobre a Análise Econômica do Direito. 2.2. Noção de custos de transação. 2.3. Forma de minimização dos custos. 3. Cooperação e confiança. 3.1. A importância da cooperação como facilitador de uma política de *Compliance* efetiva. 3.2. Estrutura de incentivos, em especial a partir da Lei brasileira nº 12.846/2013. Considerações finais.

Introdução

Marcia Carla Pereira Ribeiro é Professora Titular de Direito Societário na PUCPR; Professora Associada de Direito Empresarial na UFPR; Procuradora do estado do Paraná; tem pós-doutorado pela Universidade de Lisboa (2011/2012).

Patrícia Dittrich Ferreira Diniz é advogada; mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR; especialista em Direito Tributário e Direito do Trabalho.

O presente artigo possui a finalidade de revelar uma nova perspectiva do *Compliance* no âmbito empresarial, com base na Análise Econômica do Direito, principalmente por meio da noção dos custos de transação e da eficiência.

Para alcançar tal intento, descreve-se, inicialmente, o conceito de *Compliance*, bem como pontuam-se seus objetivos e forma de implantação. Além disso, demonstram-se a importância do estudo e da aplicação da ética na economia e a sua inter-relação com o direito, como concretizador da adoção de tal política.

Com o intuito de verificar a imperatividade de implantação de uma política de *Compliance*, torna-se necessário fazer breves apontamentos sobre a Análise Econômica do Direito e, posteriormente, apresentar a noção de custos de transação e a forma de minimização destes.

Para que tal implantação seja realizada com eficiência, serão avaliadas a utilização da cooperação como facilitador e a devida estrutura de incen-

tivos, em especial a partir da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial), a qual “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências” (BRASIL, 2013). Esta se mostra como verdadeiro estímulo para a concretização de conduta empresarial ética e do combate à corrupção, bem como para o crescimento e o desenvolvimento dos programas de *Compliance*, além de exaltar o papel da confiança nos negócios, pressuposto básico, que deve ressurgir como característica essencial em tais condutas.

Por fim, será analisada a importância do *Compliance* como estimulador do desenvolvimento sustentável, uma vez que possui como metas a transparência, a confiança e a ética, essenciais para a fruição natural da cooperação mútua, única forma capaz de alterar a mentalidade dos atores e transformar de forma efetiva o ambiente empresarial.

1. Definições e objetivos

Inicialmente, destaca-se que o foco deste trabalho é o âmbito empresarial, e é exatamente sob esse aspecto que se conceitua o termo *Compliance*. *Compliance* é uma expressão que se volta para as ferramentas de concretização da missão, da visão e dos valores de uma empresa.

Não se pode confundir o *Compliance* com o mero cumprimento de regras formais e informais, sendo o seu alcance bem mais amplo, ou seja, “é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários” (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p. 30). Será instrumento responsável pelo controle dos riscos legais ou

regulatórios¹ e de reputação, devendo tal função ser exercida por um *Compliance Officer*², o qual deve ser independente e ter acesso direto ao Conselho de Administração.³

O *Compliance* envolve questão estratégica e se aplica a todos os tipos de organização, visto que o mercado tende a exigir cada vez mais condutas legais e éticas, para a consolidação de um novo comportamento por parte das empresas, que devem buscar lucratividade de forma sustentável, focando no desenvolvimento econômico e socioambiental na condução dos seus negócios.⁴

¹“Risco legal ou regulatório relaciona-se a não conformidade com leis, regulações e padrões de *compliance* que englobam matérias como gerenciamento de segregação de função, conflitos de interesse, adequação na venda dos produtos, prevenção à lavagem de dinheiro etc. Este arcabouço regulatório tem como fonte leis, convenções do mercado, códigos e padrões estabelecidos por associações, órgãos regulatórios e códigos de conduta” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 2).

²“A *International Organization of Securities Commissions – IOSCO*, Organização Internacional da Comissão de Valores – OICV, em documento de outubro de 2003, *The Function of Compliance Officer – Study on what the Regulations of the Compliance Officer*, identifica o *Compliance Officer* como o agente responsável por aconselhar todas as linhas de negócios da instituição, bem como todas as áreas de suporte, no que diz respeito à regulação local e às políticas corporativas aplicáveis à indústria em que atua a organização, sempre zelando pelos mais altos padrões éticos de comportamento comercial. Além disso, o *Compliance Officer* coordena, com outras áreas de controle, a efetiva comunicação com reguladores e facilita a estruturação de produtos, o desenvolvimento de negócios, buscando encontrar soluções criativas e inovadoras para questões tanto regulatórias como internas” (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 31).

³Para saber mais sobre a definição e o objetivo de *Compliance*, ver Coimbra e Manzi (2010); Rodrigues (2005); Norma AS 3806, Programas de *Compliance* – Série *Risk Management*, 2006; e Gonçalves (2012).

⁴“No cenário mundial, casos como os atos terroristas nos Estados Unidos, em 2001, os escândalos de governança, como, por exemplo, os relacionados ao Banco Barings, Enron, WorldCom e Parmalat e a mais recente crise financeira mundial, além da divulgação de casos de corrupção envolvendo autoridades públicas e também desvios de recursos em entidades do terceiro setor, acentuaram a necessidade de maior conformidade a padrões legais e éticos de conduta. O aumento da pobreza, dos problemas sociais, ambientais, e, neste último caso, a chamada crise ambiental ampliou a abrangência do *Compliance* para novos padrões desejáveis de comportamento” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 1-2).

A definição de *Compliance*, seus objetivos e forma de implantação podem ser extraídos de documentos e regras formatados por diversos órgãos internacionais, que se voltam a determinado ramo de atividade, ou mesmo por analogia, dependendo do resultado esperado.

Entre esses órgãos estão, de forma não taxativa, o *Bank for International Settlements – BIS*, o Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, o Acordo da Basileia I – 1998, o Acordo da Basileia II – 2004, o Acordo da Basileia III – 2010, o Fundo Monetário Internacional – FMI, o Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI, a *International Organization of Securities Commissions – IOSCO*, *The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission – COSO*, o *Wolfsberg Group*, *The Egmont Group of Financial Intelligence Units*, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 343-347).

No Brasil há regras semelhantes, também de forma não taxativa, nos órgãos reguladores, como o Banco Central do Brasil (em especial as Circulares nºs 3.461 e 3.462 de 24 de julho de 2009), a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, a Superintendência de Seguros Privados – Susep; bem como nos órgãos autorreguladores, como a BM&FBovespa Supervisão de Mercados – BSM, a Cetip S.A. Balcão Organizativo de Ativos e Derivativos, a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais – Anbima e a Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais – Apimec, além da Lei nº 9.613/1998 e da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 342).

Após breve explanação acerca da definição do *Compliance*, passam a ser descritos seus objetivos e sua forma de implantação.

1.1. Objetivos e forma de implantação

Os objetivos da implantação de uma política de *Compliance* são inúmeros; mas, entre os principais, estão: cumprir com a legislação nacional e internacional, além das regulações do mercado e das normas internas da empresa; prevenir demandas judiciais; obter transparência na condução dos negócios; “salvaguardar a confidencialidade da informação outorgada à instituição por seus clientes”; evitar o conflito de interesse entre os diversos atores da instituição; “evitar ganhos pessoais indevidos por meio da criação de condições artificiais de mercado, ou da manipulação e uso da informação privilegiada”; evitar o ilícito da lavagem de dinheiro; e, por fim, disseminar na cultura organizacional, por meio de treinamento e educação, os valores de *Compliance* (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 37-38).

Para a implantação de uma política de *Compliance*, a empresa deverá inicialmente elaborar um programa com base na sua realidade, cultura, atividade, campo de atuação e local de operação. Ele deverá ser implementado “em todas as entidades que a organização participa ou possui algum tipo de controle ou investimento” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 20-21), principalmente mediante o estabelecimento de políticas, a elaboração de um Código de Ética⁵, a criação de comitê específico, o treinamento constante e a disseminação da cultura, o moni-

⁵Na doutrina acerca do tema, há uma discussão quanto a chamar tal código de conduta ou de ética, mas “partindo do pressuposto de que efetivamente nos interessa, ter um código e que qualquer código já determina um comportamento, acreditamos mais adequado chamá-lo de Código de Ética” (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 80).

toramento de risco de *Compliance*, a revisão periódica, incentivos, bem como a criação de canal confidencial para recebimento de denúncias, com a consequente investigação e imposição de penalidades em razão de eventual descumprimento da conduta desejada.

Com a implantação da política de *Compliance*, a empresa tende a: orientar todas as suas ações para os objetivos definidos; utilizar os recursos de forma mais eficiente, visto que as decisões passam a ser mais econômicas, pois uniformes para casos similares; “proteção contra as pressões das emergências”; ter uniformidade e coerência em todos os seus atos e decisões, colaborando com a transparência dos processos; facilitar a adaptação de novos empregados à cultura organizacional; disponibilizar aos gestores mais tempo para repensar políticas e atuar em questões estratégicas; aumentar e aperfeiçoar o conhecimento da organização por todos os seus atores (GONÇALVES, 2012, p. 64-65).

Enfim, uma vez implantada tal política e funcionando de forma efetiva, a empresa tende a obter mais confiança dos investidores e maior credibilidade no mercado. Assim, alcançará altos níveis de cooperação interna e externa, com o consequente aumento de lucro, mas sempre de forma sustentável, trazendo benefícios à organização, a seus empregados e à sociedade.

1.2. A importância da ética na economia e a sua inter-relação com o direito concretizador do *Compliance*

Uma visão ponderável na doutrina acerca do questionamento da inserção do estudo da ética na economia é aquela expressa por Amartya Sen. O economista defende a concepção de um desenvolvimento pleno, fomentado pela inclusão da análise da ética na economia, discutindo o pressuposto do comportamento autointeressado utilizado na economia moderna, tendo em vista que, para obter o pleno desenvolvimento, há que se analisar a condição de bem-estar (aplicação da justiça distributiva) e a condição de agente (adotando uma visão mais abrangente da pessoa, incluindo a valorização de elementos desejados pelo agente, sua capacidade de formar estes objetivos e realizá-los). Destaca o valor dentro da teoria econômica, pondo em xeque a própria teoria da escolha social dominante, duvidando da possibilidade de definição de um ótimo social apenas em função do aumento de riqueza total e propugnando por uma revisão ética do conceito de racionalidade econômica (SEN, 1999, p. 94-106).

Exige-se, contemporaneamente, que as empresas atuem de forma sustentável e se insiram na comunidade. Para isso, torna-se essencial a análise da ética nos negócios, e essa nova orientação “opera transfor-

mações no modo de relação dos participantes entre si, com a tecnologia, com os *stakeholders*, com o entorno e com os processos de trabalho e da tomada de decisões” (PATRUS-PENA; CASTRO, 2010, p. 149).

Entretanto, para os propósitos de desenvolvimento sustentável, não basta a inserção do estudo da ética na economia, sendo necessário incluir também o estudo do direito, principalmente considerando a inter-relação entre direito, economia e mercado. Esses três elementos são fundamentais ao sistema capitalista, fazendo surgir a necessidade de busca de um equilíbrio essencial, uma vez que não há trocas sem mercado, o que, por sua vez, impede o desenvolvimento da economia (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 3-29).

Destaca-se ainda que, assim como o mercado deve ser regido pelo direito, este também deve ser condizente com as regras de mercado, sob pena de se instalar o caos num mercado sem direito, ou ainda de se inviabilizar o pleno desenvolvimento, em razão da ausência de mercado, mesmo com a existência do direito (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 3-29).

A busca do propalado equilíbrio é importante exatamente para alcançar-se o pleno desenvolvimento, por meio da obtenção da estabilidade econômica, financeira e social. Tal busca é plenamente possível, seja pela consolidação de instituições eficientes e fortes, seja mediante a adoção de ferramentas de Análise Econômica do Direito, por meio da identificação dos problemas que ensejam um possível desequilíbrio (diagnóstico), da análise das prováveis reações das pessoas a uma determinada regra (prognóstico) e, por fim, pela escolha da melhor regra ou interpretação na busca do equilíbrio entre direito, economia, mercado e ética.

Pela junção entre economia (mercado), direito e ética, surge a transparência, requisito essencial para o *Compliance* e, por consequên-

cia, para o bom funcionamento do mercado, visto que gera confiança e cooperação, pois os atores podem prever a jogada dos demais.

Dentro de tal contexto, tem-se como exemplo dessa interação a Lei Sarbanes-Oxley (SOX), cujo objetivo é conferir maior transparência e confiabilidade aos resultados das empresas, aumentando, por exemplo, o grau de responsabilidade, “desde o presidente e a diretoria da empresa, até as auditorias e advogados contratados” (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 296-297), e funcionando como um incentivo ideal para o intercâmbio entre direito, economia e mercado, em prol do bem comum.

A implantação de práticas de *Compliance* ou mesmo a decisão de sua não adoção pela empresa ensejam custos de transação, os quais serão avaliados no próximo tópico.

2. Compliance e custos de transação

2.1. Breves apontamentos sobre Análise Econômica do Direito

Após a apresentação das definições e objetivos do *Compliance* no âmbito empresarial, é preciso ressaltar a necessidade de a empresa ponderar os custos de transação envolvidos na implantação ou não da referida política, bem como avaliar a sua eficiência.

De forma sucinta, os custos de transação são considerados pela Análise Econômica do Direito,⁶ que é uma teoria ainda pouco conhecida e aplicada no Brasil. Não se pode afirmar que possa ser enquadrada em um conceito único, pois há diversas escolas e diversos precursores, que foram incluindo ou excluindo premissas no decorrer do desenvolvimento do próprio

⁶ Para saber mais sobre Análise Econômica do Direito, ver Cooter e Ulen (2010); Ribeiro e Klein (2011, p. 17-37) e Pinheiro e Saddi (2005).

movimento; mas, apesar de divergências pontuais, há como estabelecer um conceito razoável acerca do tema.⁷

A Análise Econômica do Direito pode ser aplicada em qualquer área do direito e consiste essencialmente em “um movimento interdisciplinar, que traz para o sistema jurídico as influências da ciência econômica, especialmente os elementos valor, utilidade e eficiência” (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 69).

A dita teoria pode ser analisada sob o aspecto normativo do direito, em que se busca a alternativa mais eficiente para alcançar um valor determinado, assim como pode ser analisada sob o aspecto positivo do direito, em seu caráter descritivo, no qual serão refletidos os prováveis resultados da opção por uma determinada regra.⁸

Para a aplicação da Análise Econômica do Direito, é preciso ter em mente premissas fundamentais: o fato de que o ser humano age de forma racional maximizadora, escolhendo o que for melhor para si, com base na existência ou não de incentivos e de eventual sanção cabível (entre os incentivos ou desincentivos, pode-se citar o conteúdo das regras legais); a busca da eficiência, principalmente pela consideração do critério de Kaldor-Hicks; as falhas do mercado, sobretudo em razão da assimetria informacio-

nal; a existência de custos de transação, que serão analisados no próximo item (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 77-108).

2.2. Noção de custos de transação

A teoria dos custos de transação foi alavancada por Williamson, pensador enquadrado na Teoria Neoinstitucionalista da Análise Econômica do Direito, o qual criticou a propalada perfeição do mercado, aventando que sempre existem custos nas relações de mercado e que estes influenciam na interação entre os agentes e nas condições de negociação, ou seja, no preço (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 105).

Conjecturar a ausência de custo de transação no mercado seria ilusório, pela simples razão de que toda transação é custosa e a relação negocial é sopesada pelo sistema de preço, pela análise da trajetória da contraparte no mercado, pela confiabilidade exalada aos demais negociantes, seu anseio em negociar. Em outras palavras, essa análise pode alterar a qualidade da negociação e aumentar a segurança na concretização do negócio, o que redundará em custos (COASE, 2008, p. 12).

Outro fator que interfere nos custos refere-se à assimetria informacional. De qualquer forma, antes mesmo da assimetria informacional, há a assimetria de condições, situação em que o fornecedor de mão de obra possui pouca ou quase nenhuma opção diante do investidor. Na verdade, “o lado cuja gama de opções comportamentais é mais ampla introduz o elemento de incerteza na situação vivida pelo outro lado, o qual, enfrentando uma liberdade de opção muito menor ou nenhuma opção em absoluto, não pode revidar”, o que também gera aumento dos custos de transação (BAUMAN, 1999, p. 113).

Já a assimetria informacional se traduz pelo fato de que “uma das partes naturalmente tem

⁷ “A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências” (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p. 17-18).

⁸ “Em resumo, a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, i.e., escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) predefinido” (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p. 21).

um conhecimento mais acurado sobre o objeto da transação”, o que enseja a alteração do comportamento racional dos agentes e a estrutura de preços no mercado. Isso abre campo para atitudes desonestas, aumentando os custos de transação, em razão da desconfiança e da ineficiência do Estado em coibir tais condutas (RI-BEIRO; KLEIN, 2011, p. 89-95), o que mais uma vez demonstra a importância da transparência e da ética no âmbito das relações negociais.

Nesse contexto, passam a ser enumerados os custos de transação envolvidos na implantação ou não de uma política de *Compliance*. Eles podem ser gerados interna ou externamente no âmbito empresarial, envolvendo os custos de implantação e o retorno de tal investimento.

Não há como negar a necessidade de a empresa preparar-se financeiramente para a implantação de um programa de *Compliance*. Deverá contratar especialistas no assunto, organizar uma área específica que atuará na empresa, investir em treinamento permanente para os seus empregados em todas as unidades, apresentar tal programa aos *stakeholders*, elaborar um Código de Ética que estabeleça procedimentos e as devidas punições, melhorar os seus mecanismos de controle internos e externos para aprimorar o gerenciamento dos riscos, investir em tecnologia da informação, entre diversos outros investimentos, que podem variar, dependendo do formato e do objetivo de cada empresa.

Um dos maiores riscos externos que o *Compliance* pretende minorar é a quebra da reputação, pois a sua perda provoca “publicidade negativa, perda de rendimento, litígios caros, redução da base de clientes e, nos casos mais extremos, até a falência” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 2).

Atualmente, a reputação que se pretende resguardar não é somente a da empresa, mas também, no campo macro, a do país. Daí a

iniciativa de elaboração de uma Lei Anticorrupção Empresarial, de forma a impingir uma política pública comum ao empresariado, com a pretensão de extensão de efeitos reputacionais, ou seja, benefícios para todos.

O Brasil, entre 175 países avaliados, consta na 72ª posição do Índice de Percepção da Corrupção Mundial no ano de 2013, elaborado pela sociedade civil denominada Transparência Internacional (IT, 2013).

Por outro lado, estudo realizado pela Federação das Indústrias do Estado do Paraná (FIEP, 2010), com base em dados de 1990 a 2008, traz informações sobre os custos de transação decorrentes da corrupção no Brasil:

“As perdas econômicas e sociais do Brasil com a corrupção foram estimadas considerando um nível de corrupção percebida no país igual à média de uma cesta de países selecionados. Se o Brasil possuísse um nível de percepção da corrupção igual à média desses países de 7,45, o produto *per capita* do país passaria de US\$ 7.954 a US\$ 9.184, ou seja, um aumento de 15,5% na média do período 1990-2008 (equivalente a 1,36% ao ano). Isto corresponde a um custo médio anual da corrupção estimado em R\$ 41,5 bilhões, correspondendo a 1,38% do PIB (valores de 2008). Se o controle da corrupção fosse ainda mais rigoroso, estima-se que todos os recursos liberados da corrupção para as atividades produtivas (isto é, o custo médio anual da corrupção) chegue a R\$ 69,1 bilhões (valores de 2008), correspondentes a 2,3% do PIB. No entanto, este valor corresponde a um referencial teórico, em que se considera um nível de percepção da corrupção tendendo a zero, condição que não foi observada por nenhum país até então.”

Dessa forma, os custos de transação decorrentes da corrupção são extremamente abrangentes, envolvendo os setores públicos e privados e, principalmente, a população, pois os desvios não se revertem em atividades produtivas

vas, nem em melhorias nas áreas da saúde, educação, segurança, tecnologia, entre outros; bem como prejudica o aumento do produto *per capita*.

Assim, a implantação de uma política de *Compliance* anticorrupção indubitavelmente trará altos custos para a organização empresarial, “porém os prejuízos causados pela corrupção podem ser bem superiores” (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 239).

Por certo, o *Compliance* possui, entre os seus objetivos, organizar documentação e procedimentos, gerenciando de forma adequada os riscos e exaltando a transparência. Assim, possibilita que a empresa possa iniciar sua certificação perante as normas ISO, adapte-se à Lei Sarbanes-Oxley (aplicada às empresas com ações ou recibos de ações negociadas na bolsa de valores de Nova York) (GONÇALVES, 2012, p. 76-77) e concorra para a seleção do Índice Dow Jones e do Índice de Sustentabilidade Empresarial utilizado pela Bovespa. Tais condutas, contudo, devem estar atreladas diretamente à efetividade da Lei Anticorrupção Empresarial, sob pena de não se alcançar o objetivo almejado.

De forma resumida, os custos de transação para a implantação de uma política de *Compliance* se dividem em três aspectos: custos de manutenção, de não conformidade e de governança. Em relação ao primeiro, estão abrangidos os custos para executar e promover essa política, como custo de pessoal, treinamento, comunicação e consultoria; no que se refere aos custos de não conformidade, podem-se citar as penalidades, multas e tributos, custo de remediação, perda da receita, interrupção dos negócios e perda da produtividade, impacto no capital, danos à reputação da empresa, de seus empregados e da marca, despesas com advogados, custas judiciais e valor/hora da alta administração; por fim, quanto aos custos de governança, essencial para tal implantação, têm-se a manutenção e as despesas da diretoria e dos comitês, custos legais e jurídicos, contratação de auditoria externa e relacionamento com investidores e comunicações (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 106).

Arnold Schilder (apud COIMBRA; MANZI, 2010, p. 5) realizou um estudo acerca do valor comercial do *Compliance* e concluiu que US\$ 1,00 gasto com a implantação equivale a uma economia de US\$ 5,00, “referente a custos com processos legais, danos de reputação e perda de produtividade. Fazendo uso das palavras de Newton, se você pensa que *compliance* é caro (representa custo), tente não estar em *compliance*”.

Portanto, a implantação da política de *Compliance* tende a gerar vantagem competitiva, uma vez que, num mundo em constante transformação, a nova leva de consumidores tende a ser altamente crítica e a adquirir não somente produtos e serviços, mas valores e comportamentos sustentáveis, além de seus efeitos em termos de confiança pública nacional e internacional.

2.3. Forma de minimização dos custos

Para analisar os custos de transação envolvidos, adotar-se-á o *Teorema de Coase*, com o objetivo de averiguar se, no que se refere ao *Compliance*, seria mais eficiente a interação e a cooperação entre as pessoas por meio da negociação ou a imposição, adotando-se a premissa de Coase de que “a lei é desnecessária e indesejável onde a negociação é bem-sucedida, e que a lei é necessária e desejável onde a negociação não dá certo” (COOTER; ULEN, 2010, p. 99).

Observa-se que a prática do comportamento ético no âmbito empresarial, interno ou externo, pode ser adotada e impulsionada tanto pela cooperação quanto pela imposição, sendo a primeira muito mais eficiente, pois demonstra a alteração de mentalidade dos atores envolvidos.

As empresas somente adotarão uma política de *Compliance* quando “o aumento no valor da produção por ela gerado for perceptivelmente maior que os custos incorridos para implementá-la”. Neste caso, a cooperação terá sucesso, principalmente com a aplicação das regras de mercado. Entretanto, caso o custo de implementação seja maior que as vantagens perceptíveis dela advindas, será necessária a imposição por meio de regulação governamental, mas tal hipótese nem sempre trará os melhores resultados (COASE, 2008, p. 13-14).

Uma norma cujo propósito seja minimizar os custos de implantação da política de *Compliance* precisa ser eficiente para ensejar o bem-estar – noção utilitarista e balizamento ético – para o maior número possível de pessoas. O ganho dos vencedores deve permitir a compensação dos perdedores, conforme o critério de Kaldor-Hicks, sendo tal entendimento essencial para a elaboração de políticas públicas eficientes (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 85-92).

No caso do *Compliance*, acredita-se, a implantação de tal política somente será efetiva

se arraigada na cultura organizacional, ultrapassando a mera divulgação ou a imposição a partir de norma expressa, ou seja, o respeito e a exigência de condutas adequadas e a intolerância às condutas inadequadas devem fluir naturalmente, inclusive dentro da alta administração. É por esse motivo que a internalização dos conceitos de *Compliance* é tão importante e, quem sabe, suplante a necessidade de existência de um sistema de normas sobre o assunto (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 37).

3. Cooperação⁹ e confiança

3.1. A importância da cooperação como facilitador de uma política de *Compliance* efetiva

A cooperação, tanto no âmbito interno quanto externo, é essencial para o desenvolvimento das empresas. Internamente, gera empregados mais satisfeitos, que tendem a aumentar a produtividade e lealdade; externamente, enseja o estabelecimento de relações mais estáveis, que, em razão da reputação da empresa, criam condições que facilitam as negociações, tornando-as mais seguras e produzindo o potencial aumento dos lucros.

Para promover a cooperação, é preciso “aumentar a importância do futuro em relação ao presente; alterar as recompensas dos jogadores a partir dos quatro resultados possíveis numa jogada; e ensinar aos jogadores valores, por exemplos, e práticas que irão promover a cooperação” (AXELROD, 2010, p. 118).

É importante mencionar que a cooperação sempre está em contraposição ao conflito na sociedade moderna, pois, ao mesmo tempo que a sociedade foi criada para o benefício de todos,

⁹Para saber mais, ver Balestrin e Verschoore (2008); e Campos, (2008).

sendo um verdadeiro empreendimento cooperativo, há conflitos eternos na distribuição desses benefícios, impactando na verdadeira cooperação (RAWLS, 2008, p. 5).

Reitera-se que a cooperação somente é estável quando o futuro for importante, o que torna essencial o incentivo a essa conduta, criando-se interações sucessivas em curto espaço de tempo, por um longo tempo. Isso, de certa forma, ensinará ou incentivará as pessoas a se importar uma com as outras, demonstrará o valor da reciprocidade e aperfeiçoará a capacidade de reconhecimento (AXELROD, 2010, p. 121-132).

A fim de aumentar a cooperação entre as partes, é imprescindível reduzir os conflitos, sob pena de comprometer o desenvolvimento. Um simples conflito pode reduzir o consumo, a produção e a cooperação, pois cada um terá maior preocupação consigo do que com o conjunto, situação em que todos perdem. Além disso, mesmo que persistam na continuidade dos negócios, os custos de transação serão muito elevados, fator que também prejudica o desenvolvimento (FIANI, 2011, p. 60).

Corroborando o pensamento desenvolvido anteriormente, para o Dilema do Prisioneiro, “a recompensa pela cooperação mútua é maior que a média da recompensa pela tentação e pelo simplório” (AXELROD, 2010, p. 9-10). Dessa forma, é possível concluir que: cabe ao empresário proteger seus clientes, sem querer extrair vantagem injustificada a partir da assimetria informacional; cabe aos demais empresários atuar com ética e transparência nos negócios; e cabe ao consumidor adquirir produtos e serviços das empresas sustentáveis, a fim de priorizar o verdadeiro desenvolvimento.¹⁰

Com o objetivo de obter a cooperação no âmbito interno, algumas medidas são necessárias: agir de forma a diminuir os conflitos e aumentar a importância do futuro, valorizando os empregados; ter um plano de cargos e salários objetivo e automático, que possibilite visualizar a carreira no futuro; tratar de forma uniforme todos os empregados; escolher lideranças já reconhecidas pelos demais; exigir que a alta administração dê o exemplo.

No âmbito externo, pode-se obter a cooperação realizando-se contratos a longo prazo; facilitando-se a negociação, quando houver uma

¹⁰“O forjamento de uma racionalidade fundada na troca competitiva, com todos os princípios dela decorrentes, foi conformando na sociedade uma maneira de agir, de pensar, de conceber o universo e o outro, de se relacionar com a natureza, etc., caracterizando, assim, uma determinada forma de presença do ser humano no mundo. Como vimos, essa forma de presença e intervenção no mundo teve como consequência a destruição progressiva e irracional da natureza e a exclusão humana. Uma racionalidade fundada no princípio da cooperação deverá ter como consequências o equacionamento das principais crises vividas pela humanidade e a conformação de uma outra presença humana no mundo, que, além de garantir a sobrevivência da espécie, irá estabelecer a hegemonia de uma nova visão do universo” (ABDALLA, 2002, p. 112).

relação de confiança entre as partes; mantendo-se interação constante com os demais atores envolvidos; investindo-se na credibilidade da marca.

“O sucesso das organizações é extremamente dependente da admiração e da confiança pública, refletida no valor de suas marcas, na sua reputação, na capacidade de atrair e fidelizar clientes, investidores, parceiros e até os empregados. Estudos recentes têm demonstrado como estão à frente as organizações que apresentam uma estrutura sólida de preceitos éticos e atuam de forma responsável, em detrimento das demais que atuam de forma diversa” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 5).

Tendo em vista que a cooperação é naturalmente estimulada em ambientes com transparência, ética e confiança, a implantação da política de *Compliance* é uma ferramenta poderosa para alcançar tal intento e, conseqüentemente, o desenvolvimento pleno da empresa.

3.2. Estrutura de incentivos, em especial a partir da Lei brasileira nº 12.846/2013

A construção de uma estrutura de incentivos encontraria seu *locus* ideal se todas as partes envolvidas detivessem um idêntico ponto de vista, independentemente da sua posição. Entretanto, em razão da presença marcante na sociedade da objetividade posicional¹¹, a construção da referida estrutura deve considerar tais variáveis (SEN, 2011, p. 187-196).

Dessa forma, devem-se inicialmente identificar o objeto e o objetivo a ser atingido a partir da estrutura, que, no presente caso, volta-se aos setores público e privado, com o propósito de repressão à prática de corrupção envolvendo as empresas.

Todavia, para que se possa analisar a objetividade posicional, é preciso considerar que o universo empresarial é composto por pequenas, médias e grandes empresas, e cada uma possui um limiar de planejamento, o que pressupõe incentivos específicos a cada segmento, com vista à consecução do objetivo já retratado.

Assim como devem ser respeitadas as singularidades institucionais das nações, evitando-se o transplante de um “pacote de instituições corretas” (*rule of law*), o qual geralmente tende a desconsiderar a trajetória histórica e os respectivos contextos locais (SCHAPIRO, 2010), também, de forma análoga, não há como aplicar um pacote de estrutura

¹¹“(…) o que pode ser chamado de ‘objetividade posicional’ diz respeito à objetividade do que pode ser observado a partir de uma posição específica. Estamos interessados em observações e na observabilidade que não variam com a pessoa, mas que são relativas à posição, exemplificadas por aquilo que somos capazes de ver a partir de dada posição” (SEN, 2011, p. 190).

de incentivos sem considerar a trajetória já percorrida pela empresa, os objetivos que se pretende atingir, bem como quais valores e padrões culturais preza ou pretende enfatizar, sob pena de ser inócua a implantação de determinada estrutura.

Por analogia, também pode ser aplicada às empresas a teoria de Douglas North acerca do desempenho econômico através do tempo, visto que os valores organizacionais se alteram apenas gradualmente, e não é a imposição de regras formais ou informais que alterará os modelos mentais das partes envolvidas. É necessário desenvolver de forma consistente e periódica normas de comportamento que apoiem as alterações desejadas, bem como instituições e sistemas que incentivem tais comportamentos, o que requer tempo para a obtenção da eficiência pretendida (NORTH, 2013, p. 5-6).

Destaca-se que não se deve aplicar uma estrutura de *Compliance* única a qualquer empresa, nem mesmo com a mesma velocidade, sob pena de ineficiência, pois cada empresa terá um tempo próprio de preparação para receber e desenvolver o referido sistema.¹²

E não bastam apenas o tempo e a velocidade corretos. Há que buscar uma efetiva mudança de pensamento, uma verdadeira alteração e aquisição de cultura por parte dos atores, o que somente ocorre no tempo próprio de cada empresa, não sendo eficiente a imposição, pois “o *Compliance* é um estado de espírito” (CANDELORO; RIZZO, 2012, p. 36).

Só haverá uma implantação efetiva do *Compliance*, com impacto no desenvolvimento, no momento em que as regras formais e infor-

mais para tal intento surgirem da opção dos atores (NORTH, 2013, p. 5-6).

Deve-se destacar que não há como desvincular o desenvolvimento das organizações do desenvolvimento da própria sociedade, sendo um espelho do outro. Portanto, a evolução em um desses setores influenciará o outro, pois estará demonstrando o aprendizado e o desejo de mudança dos atores.

Em relação às empresas da elite global, que atuam de forma translocal, a estrutura de incentivo também deve seguir a mesma linha, para que seja eficiente.¹³

Há exemplos de estruturas de incentivo ao *Compliance*: decisões no âmbito administrativo e judicial, governança corporativa, Índice de Sustentabilidade Empresarial da Bovespa, Lei Sarbanes-Oxley, Índice Dow Jones, estrutura criada pela *UK Bribery Act*, além da modificação do Código Penal na Espanha. No presente trabalho, será analisada, em especial, a Lei Anticorrupção Empresarial, de nº 12.846/2013.

A referida lei entrou em vigor na data de 1º de fevereiro de 2014 e foi criada em razão de compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil, como a Convenção da ONU – Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção da OEA – Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção da OCDE – Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Visou-se também à equiparação com sistemas já adotados no âmbito internacional, em especial nos Estados Unidos e no Reino Unido.

¹² “O programa de *compliance* deve ser estruturado de acordo com a realidade particular da organização, as suas circunstâncias específicas, a sua cultura, o seu tamanho, o seu setor de atuação, o tipo de atividade por ela desenvolvido e o local da sua operação” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 20).

¹³ “Por fim, mas não menos importante, há essa tremenda vantagem de que desfruta a nova elite global ao enfrentar os guardiães da ordem: as ordens são locais, ao passo que a elite e as leis do livre mercado a que obedece são translocais. Se os guardiães de uma ordem local tornam-se intrometidos e infames demais, há sempre a possibilidade de apelar às leis globais para mudar os conceitos locais de ordem e as regras locais do jogo” (BAUMAN, 1999, p. 133-134).

Ressalte-se que a existência de dois grandes eventos esportivos a serem realizados no Brasil, a Copa do Mundo em 2014 e as Olimpíadas em 2016, além da descoberta de grandes reservas de petróleo no Rio de Janeiro, aceleraram a criação da lei em comento (CLAYTON, 2013, p. 153).

Os principais objetivos da presente lei são suprir a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro quanto à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública, em especial por atos de corrupção, bem como atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção. Destaca-se que o Grupo de Trabalho sobre Corrupção nas Transações Comerciais Internacionais entendeu que a aplicação da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), da Lei nº 6.385/1976 (Lei do Mercado de Valores Mobiliários) e da Lei nº 12.529/2011 (Lei da Defesa da Concorrência) não era suficiente para combater a corrupção. No entanto, a diversidade de leis pode provocar situações de conflito de normas, o que não foi enfrentado na Lei Anticorrupção.

De acordo com o parágrafo único do art. 1º da referida lei, os destinatários desta são:

“Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.”

Destaca-se que a responsabilização é objetiva em relação à pessoa jurídica, e subjetiva em relação aos dirigentes e administradores, sendo que uma não exclui a outra. O rol de condutas

puníveis é bastante extenso e taxativo na redação do art. 5º.¹⁴

Quanto à previsão de sanções pecuniárias e não pecuniárias, assim como aos possíveis parâmetros a serem considerados para a sua dosimetria, nos arts. 6º e 7º, respectivamente, reitera-se o que já foi mencionado anteriormente no que diz respeito ao tema, principalmente no que diz respeito à necessidade de regulamentação objetiva para se alcançar a efetividade da norma.

Salientam-se ainda a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica; “acordos de leniência” nos moldes já previstos no art. 86 da Lei nº 12.529/2011; responsabilização na esfera administrativa e judicial, na qual poderá ser decretado perdimento de bens, direitos ou valores; suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória; além da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público

¹⁴ “Art. 5º (...) I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional” (BRASIL, 2013).

por determinado prazo, bem como a criação de Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP.

Diante das estruturas de incentivo aqui elencadas, em especial a da Lei Anticorrupção Empresarial, pode-se inferir que a disseminação nas empresas dos conceitos de transparência e ética é fundamental para a prevenção de condutas inadequadas e para o desenvolvimento e a perenidade das empresas no mercado:

“Além de incentivar condutas socialmente desejáveis, o tratamento diferenciado para empresas que investem em medidas de prevenção e de promoção de integridade corporativa serve para minimizar desvantagens competitivas e reduzir distorções de mercado que beneficiariam aquelas que nada fazem para evitar práticas ilícitas” (MAEDA, 2013, p. 171).

O comportamento empresarial esperado não pode ser acatado como um ônus para as empresas, mas essencialmente como um bônus¹⁵. Condutas corretas repassam ao mercado segurança e previsibilidade, facilitando as negociações comerciais, pois alcançam mais confiança e boa reputação¹⁶, “em um prudente e profícuo círculo vicioso” (FORGIONI, 2003, p. 12-29).

A confiança é elemento essencial para que existam trocas no mercado; portanto, é característica que deve ser exaltada nos empreendimentos, pois é “esta que faz o sistema funcionar, a suposição fundamental de que a maioria das pessoas é honesta e digna de crédito a maior parte do tempo” (SOLOMON, 2006, p. 345).

A implantação efetiva de uma política de *Compliance* auxilia na busca e na consolidação da confiança em âmbito nacional e internacional, valor inestimável para uma empresa, porque motiva a reciprocidade e suplanta métricas monetárias, deixando de ser apenas um ônus e revelando-se como a mais perfeita tática competitiva de negócio.

Entretanto, a confiança não se limita ao comportamento da empresa de fazer somente o combinado entre as partes. Com a Revolução Tecnológica e o respectivo aumento da assimetria informacional, há um novo panorama em relação à confiança, sendo necessário que o empresário proteja os seus clientes e evite que eles incidam em erros. É a chamada confiança extrema (*trustability*) (DON; ROGERS, 2012, p. 5 e 164).

A Lei Anticorrupção busca estimular o ambiente empresarial sustentável por intermédio da coibição de condutas que favoreçam atos de

¹⁵ Para saber mais, ver Sen e Kliksberg (2010).

¹⁶ Conforme Williamson (apud FORGIONI, 2003, p. 29), “o comportamento honesto não implica gasto, mas sim economia, tanto para o agente (que atuará conforme as regras) quanto para o mercado como um todo, que tenderá a diminuir a incidência dos custos de transação pelo aumento do grau de certeza e previsibilidade”.

corrupção capazes de alterar de forma artificial a celebração de negócios privados, por meio do aprisionamento dos agentes públicos mediante oferta de benefícios indevidos em troca de vantagens injustificáveis.

No entanto, embora a pretensão da lei tenha sido de estabelecimento de uma estrutura de incentivos, alguns de seus dispositivos apresentam falhas que podem prejudicar, em parte, a sua eficiência.

É o caso da redação do seu art. 2º, que prevê: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não” (BRASIL, 2013). Logo, é condição de responsabilização que o ato coibido tenha produzido benefício em favor da empresa ou em seu favor e de terceiro, gerando incerteza quanto à sua aplicabilidade quando o benefício for direcionado exclusivamente a terceiros.

Outros dispositivos têm a potencialidade de aumentar o custo de transação e, com isso, desestimular condutas benéficas para o desenvolvimento. É o que decorre do teor do art. 4º, § 2º, que estende o âmbito da responsabilização para situações de coligação, controle, consórcio e grupo. Vale dizer: existe a possibilidade de o ato do administrador de uma empresa menor de um grande grupo econômico responsabilizar outras empresas do mesmo grupo que sequer tiveram conhecimento ou compartilharam os benefícios indevidos. Ampliam-se, dessa forma, os riscos em operações de formação de grupos empresariais locais, criando-se um obstáculo à tendência de fortalecimento empresarial por meio da associação formal de empresas.

Outro exemplo interessante pode ser extraído da Lei Anticorrupção Empresarial, que, no seu art. 6º¹⁷ enumera as sanções a serem aplicadas na esfera administrativa às pessoas jurídicas, quais sejam multa, no valor

¹⁷ Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II - publicação extraordinária da decisão condenatória. § 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações. § 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público. § 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado. § 4º Na hipótese do inciso I do *caput*, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). § 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores” (BRASIL, 2013). Acesso em: 4 mar. 2014.

de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto, bem como publicação extraordinária da decisão condenatória. Além disso, no seu art. 7º, especifica que será levada em conta na aplicação de sanções a adoção ou não, por parte da empresa, do *Compliance*, ou seja, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (BRASIL, 2013).

Contudo, a carência de regulamentação em relação à dosimetria da pena, além da ausência de objetividade em relação aos reais benefícios a serem concedidos às empresas que tiverem política de *Compliance* efetivo, podem fazer com que a referida Lei Anticorrupção brasileira não seja concebida como uma verdadeira estrutura de incentivos, pois não demonstra claramente que os benefícios advindos de sua implantação serão maiores que os prejuízos em caso da não implantação. Dessa forma, “é preciso que a discricionariedade seja reduzida ao máximo, tornando o critério de estabelecimento das penalidades o mais objetivo possível”, uma vez que, “do jeito que está formatada, esta ‘superlei’ é perigosa e de difícil aplicação”, o que pode comprometer a sua eficácia (GABARDO; ORTOLAN, 2014).

Há ainda, como já mencionado neste trabalho, ocasiões em que a lei agora comentada conflita com outras normas. É o que decorre da previsão do art. 5º, §1º, da lei que conceitua administração pública estrangeira para fins de aplicação de suas normas: “Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro” (BRASIL, 2013). Ao

considerar administração pública estrangeira as pessoas jurídicas controladas pelo poder público de país estrangeiro, esbarra a definição legal em dois aspectos. Primeiramente, quando faz referência à pessoa jurídica controlada pelo poder público, dirige-se às empresas estatais, reconhecidas no Brasil em suas modalidades de sociedades de economia mista ou empresas públicas, ambas dotadas de autonomia e de personalidade jurídica de direito privado (art. 173 da Constituição brasileira), o que afasta a adequação de seu enquadramento na categoria de administração pública estrangeira. Por outro lado, o que configura a nacionalidade de uma empresa no Brasil não é a titularidade de seu controle, mas o fato de ter sede no Brasil e de constituir-se segundo as leis brasileiras (art. 1.126 do Código Civil Brasileiro). Logo, a partir da redação do dispositivo, chega-se ao enquadramento de uma empresa com personalidade jurídica privada, brasileira (respeitados os parâmetros do art. 1.126 do Código Civil Brasileiro), como administração pública estrangeira.

Considerações finais

A implantação de uma política de *Compliance* é essencial para empresas que prezam pela eficiência e buscam perenizar e aumentar os seus lucros, pois a transparência, a ética e a confiança são condições legais, e não apenas itens de ostentação.

Tal exigência foi criada pelo próprio mercado, porquanto atualmente é inimaginável que uma empresa de grande porte (ou que pretenda atingir essa condição) atue sem a adoção dos princípios de governança corporativa e de uma política de *Compliance*, principalmente após a Revolução Tecnológica e o fortalecimento de uma massa de consumidores críticos, que adquirem condutas e valores, e não mais somente produtos e serviços.

Analisando-se as estruturas de incentivo elencadas no decorrer deste artigo, infere-se que a conduta ética no âmbito empresarial, tanto interno quanto externo, pode ser estimulada por meio da cooperação e/ou da imposição, revelando-se a primeira mais eficiente, visto que evidencia a alteração de mentalidade dos atores abrangidos e está desvinculada de uma análise formal normativa e de todas as possibilidades de sua relativização (por ter sido imposta e não absorvida).

A cooperação no âmbito interno pode ser obtida por meio do abrandamento dos conflitos e da majoração da importância da perspectiva de futuro, pela valorização dos empregados – existência de um plano de cargos e salários objetivo e automático, que possibilite visualizar a carreira no futuro.

Já a cooperação no âmbito externo pode ser alcançada com a realização de contratos de longo prazo, com o incremento da relação de confiança entre as partes, com a manutenção da interação constante com os demais atores envolvidos, bem como pelo investimento na credibilidade da marca.

Para alcançar tal intento, a implantação da política de *Compliance* é uma ferramenta poderosa, principalmente se obtida a partir da cooperação, pois estimula naturalmente um ambiente com transparência, ética e confiança, auxiliando no desenvolvimento pleno da empresa e da sociedade.

Há programas de *Compliance* nas empresas por meio de uma estrutura de incentivos bem delineada, como a governança corporativa, o Índice Dow Jones, a Lei Sarbanes-Oxley, o Índice de Sustentabilidade Empresarial, o *UK Bribery Act*, além dos próprios benefícios aqui já mencionados com a adoção de condutas éticas, sendo o principal a facilitação da negociação.

Nesse mesmo sentido, a Lei Anticorrupção Empresarial, de nº 12.846/2013, veio agregar-se

aos demais modelos de estrutura já existentes, buscando servir como instrumento de incentivo e estímulo a uma conduta empresarial ética e de combate à corrupção, com o intuito de reforçar a confiança dos investidores no âmbito nacional e internacional, trazendo benefícios à sociedade brasileira.

É preciso ressaltar que a estrutura de incentivos deverá ser adaptada para cada empresa, não podendo meramente transplantar modelos, sem considerar a cultura e os objetivos da organização, sob pena de ineficiência da medida.

Portanto, a implantação de uma política de *Compliance* auxilia não somente no desenvolvimento da empresa, mas principalmente da sociedade, porque os comportamentos adotados em cada seara tendem a ser copiados e replicados, estimulando a transparência, a ética e a confiança em qualquer relação, bases para uma verdadeira sustentabilidade.

A recente lei brasileira atende à pressão internacional no sentido de se consolidar em nosso país um ambiente empresarial estável e moralmente controlável. No entanto, há imprecisões na lei que podem contaminar parte de sua eficácia, assim como previsões cujos efeitos podem desestimular algumas condutas empresariais desejáveis, como é o caso da ampliação do risco quando da formação dos grupos de sociedade, em razão do aumento dos custos de transação.

Se é indiscutível que a existência de uma lei pode facilitar e agilizar mudanças institucionais, é certo também que o amadurecimento do ambiente institucional brasileiro e a redução das condutas de corrupção se condicionam não só à existência de uma lei (e suas imperfeições), mas também à adoção de políticas que estimulem a cooperação e o estabelecimento de relações negociais duradouras e socialmente sustentáveis.

Referências

- ABDALLA, Maurício. *O princípio da cooperação: em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: Paulus, 2002.
- AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE. *Redes de cooperação empresarial: estratégias de gestão na nova economia*. Porto Alegre: Bookman, 2008.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.
- _____. Lei ordinária n. 12.846, de 1ª de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 5 mar. 2014.
- CAMPOS, Marcos Vinícius de. *Concorrência, cooperação e desenvolvimento: do falso dilema entre competição ou cooperação ao conceito de concorrência cooperativa*. São Paulo: Singular, 2008.
- CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.
- CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 149-166.
- COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kummel F. Alves, Renato Vieira Caovilla. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, article 9, 2008.
- COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman Companhia Editora, 2010.
- DON, Peppers; ROGERS, Martha. *Confiança extrema: a honestidade como vantagem competitiva*. Tradução de Ricardo Bastos Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.
- FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. *Revista de direito mercantil*, Nova série, ano 42, n. 130, p. 7-38, abr./jun. 2003.
- GABARDO, Emerson; ORTOLAN, Marcelo. Nova lei anticorrupção empresarial: avanços e perigos de uma superlei. *Gazeta do Povo*, 21 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.gazeta-dopovo.com.br/vidapublica/justicadireito/artigos/conteudo.phtml?id=1448675&tit=Nova-lei-anticorruptcao-empresarial-avancos-e-perigos-de-uma-superlei>>. Acesso em: 4 mar. 2014.
- GONÇALVES, José Antônio Pereira. *Alinhando processos, estrutura e compliance à gestão estratégica*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES,

Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167-201.

NORTH, Douglass C. Economic performance through time. *Nobelprize.org*, 9 dec. 1993. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html>. Acesso em: 5 dez. 2014.

PATRUS-PENA, Roberto; CASTRO, Paula Pessoa de. *Ética nos negócios: condições, desafios e riscos*. São Paulo: Atlas, 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 17-37.

RODRIGUES, Paulo César. Contract management, governança e compliance, 2005. IN: PROGRAMAS DE COMPLIANCE: a norma AS 3806:2006. São Paulo: Risk Technology Editora, 2006. (Série Risk Management).

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 213-252, jan./jun. 2010.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (FIESP). Departamento de Competitividade e Tecnologia (DECOMTEC). *Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. Março 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL (IT). *Corruption perceptions index 2013*. Disponível em: <<http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

SOLOMON, Robert C. *Ética e excelência: cooperação e integridade nos negócios*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction cost economics. In: _____. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. Free Press, 1985.

Teoria do Desenvolvimento e as perspectivas para um controle popular das contas públicas

ANA CARLA BLIACHERIENE
BRUNA DE CASSIA TEIXEIRA
DAVI QUINTANILHA FAILDE DE AZEVEDO

Sumário

1. Notas introdutórias à teoria do Direito e Desenvolvimento e ao controle social da Administração Pública. 2. Transparência e responsabilidade do gestor público em matéria de contas públicas. 3. O controle das contas públicas como motor do desenvolvimento. 3.1. Classificações do controle orçamentário e seu enquadramento atual no Brasil. 3.2. Análise dos modelos existentes. 4. Alternativa para o controle popular de contas públicas. 4.1. O que se busca com um novo modelo de controle popular? 4.2. Como seria feito este controle? 4.3. Momento de atuação do controle popular. 4.4. Fatores primordiais. 4.5. Problemas e limites ao controle de contas. 4.6. Desinteresse do cidadão em participar. 5. Reflexões finais acerca do modelo proposto: propulsores do controle popular de contas. 5.1. Transparência e acesso à informação. 5.2. O papel da ONGs. 6. Conclusão.

Ana Carla Bliacheriene é professora associada da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre e doutora em Direito Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Bruna de Cassia Teixeira é advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Davi Quintanilha Failde de Azevedo é advogado. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

1. Notas introdutórias à teoria do Direito e Desenvolvimento e ao controle social da Administração Pública

Foi a partir do século XIX que as teorias sobre desenvolvimento passaram a ter maior destaque no meio científico e acadêmico. Na década de 1960, o Movimento Direito e Desenvolvimento tentou, sem sucesso, transplantar modelos normativos dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento, sem considerar suas realidades díspares e complexas. Desse período até a década de 1990, as teorias mais difundidas sobre o desenvolvimento consideravam-no como sinônimo de crescimento

econômico. Não obstante o trabalho de monta desses teóricos iniciais, essa visão gerou um déficit social muito intenso nos países que a acolheram.

Sucederam-se novas teorias que tinham como foco do processo de desenvolvimento, além do crescimento econômico, a preservação dos direitos fundamentais e a maximização das liberdades de escolha da pessoa, bem como valores consagrados como direitos difusos, entre os quais se incluem os direitos da cidadania. Para os novos teóricos, entre os quais figuram Amartya Sen (com seu conceito de desenvolvimento como liberdade) e Douglass North (com a nova economia institucional), o desenvolvimento é um processo histórico no qual o crescimento econômico, a efetiva liberdade de escolha das pessoas, os indicadores sociais e a liberdade política evoluem constantemente levando determinado Estado a se localizar em uma posição comparativa aos demais em posição superior ou inferior. Esse processo não se confunde com a “modernização”, pois esta gera acesso a tecnologia e ao desenvolvimento econômico, mas não gera desenvolvimento integral com inclusão social (BERCOVICI, 2003).

O Direito e a participação popular no processo político das escolhas e do controle do gestor são elementos-chave tanto para a promoção do desenvolvimento, quanto para mensurar-lhe o desempenho. Quando o Direito ignora os processos econômicos e alimenta uma crença exagerada no poder das normas; ou quando gera altos custos de transação, insegurança jurídica, comprometimento do planejamento e falta de transparência e liberdade; ou, ainda, quando abre o espaço para corrupção, passa a ser um elemento interno para desestruturação do desenvolvimento. Cabe ao Direito: (i) organizar e implementar uma ordem jurídica estável, com regras claras e previsíveis; (ii) favorecer a liberdade econômica; (iii) tratar o cidadão equitativamente, permitindo sua participação democrática; (iv) favorecer a liberdade política e social; (v) incrementar a tecnologia e inovação; (vi) favorecer o crescimento do capital humano e social, bem como a criação de instituições públicas e privadas eficientes; e, por fim, (vii) conferir eficiência aos mecanismos de controle da Administração Pública, especialmente ao Poder Judiciário (BARRAL, 2006). O controle realizado pelo cidadão em face do Estado demonstra amadurecimento nos graus de civilidade.

Em sua acepção original, o termo “controle” é extraído do latim, *contra rotulum*, expressão que gerou sua derivação francesa, *contre-rôle*, e que está relacionada à análise de registros, sobretudo fiscais, os quais designavam os contribuintes elencados pelo órgão arrecadador. A expressão pode designar, além do próprio registro, diferentes ideias, como dominação, direção, limitação, fiscalização e verificação (HOUAISS, 2007).

A atividade financeira do Estado, como atividade de gestão da arrecadação de recursos da sociedade e realização de despesas públicas, tem

sua gênese na necessidade de atuação estatal para realização das atividades administrativas ou para a prestação de serviços públicos. Considerando que “todo o poder emana do povo” (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988) e que o Estado serve à sociedade, torna-se indispensável um sistema eficaz de controle da relação entre receitas e despesas.

Nesse sentido, por meio do controle não só se efetiva a realização da democracia representativa, como se abrem caminhos para a democracia participativa, com a responsabilidade do gestor e do cidadão. E ainda, num crescendo, conforme proposto por Dewey (2008), propugna-se a “radicalização” da democracia na sua forma cooperativa, com a criação de ambientes comunitários em que as pessoas, ligando-se umas às outras, por meio da comunicação, atuam coletivamente estabelecendo objetivos comuns.

Cabe, no entanto, de forma preliminar, diferenciar, no âmbito das relações entre o indivíduo e o Estado, a *participação popular* do *controle social* ou *controle popular*, caminhando da manifestação da soberania popular ao exercício do direito político de controle (BRITTO, 2010).

O controle social, ou controle popular, existe como fiscalização do governo por particulares, cidadãos, instituições da sociedade civil ou pela coletividade em geral, quanto ao cumprimento dos deveres das autoridades públicas. Assim, é exercido tanto na defesa de interesses particulares quanto dos coletivos. Não se trata, todavia, de controle político, visto que apenas é dirigido à observância das normas preexistentes, e não propõe a soberania popular para a edição de novas regras jurídicas, mas apenas a conclamação da cidadania, no exercício da liberdade. Logo, apresenta-se o controle social não como um poder político. É um direito subjetivo do cidadão.

São exemplos de controle popular na Carta Constitucional de 1988: o controle da prestação

de serviços públicos (art. 37, § 3º, I), o controle de contas (arts. 74, § 2º e 31, § 3º), além da consagração do próprio voto (art. 14), sendo este o maior exemplo de exercício da cidadania e fundamento do sistema de democracia representativa, que prima pela soberania popular (art. 1º, II). Este último tem a característica de funcionar como mecanismo de controle quando exclui da seara política aqueles que não atenderam ao interesse público, mas também tem seu aspecto de participação popular, quando escolhe os cidadãos aptos a ocupar funções de destaque da República.

A participação popular é a ação do povo no âmbito de sua soberania, decidindo, junto com o Estado, as medidas a serem tomadas na atividade administrativa da sociedade. Apesar da diferente caracterização proposta, participação popular e controle social ou popular são conceitos que se complementam e muitas vezes se interpenetram (BRITTO, 2010). São exemplos de participação popular na Carta Constitucional de 1988: a instituição do tribunal do júri (art. 5º, XXXVIII), a iniciativa legislativa popular (arts. 27, § 4º; 29, XIII, entre outros) e, como já dito, o voto (art. 14).

O desenvolvimento histórico brasileiro do controle das contas públicas teve um dos seus mais significativos passos em 7 de novembro de 1890, com a criação normativa – por iniciativa de Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda – do Tribunal de Contas da União, que só foi efetivamente instalado em 1893.

Sob a égide da Revolução de 1930 e com o advento do Estado Novo, quando houve um movimento para a modernização do aparelho estatal, surgiu um modelo de gestão no qual a Administração Pública passou a pautar-se expressamente pela preservação do interesse público e pelo controle *a priori* dos seus atos, consolidando-se a burocratização da estrutura administrativa. Na Constituição de 1937, deu-se

grande destaque para o processo orçamentário e, em meio ao regime autoritário, instaurou-se um modelo de orçamento do tipo administrativo, ou seja, elaborado e decretado pelo chefe do Poder Executivo (GIACOMONI, 2009, p. 43).

Após um período de planificação estatal, nas décadas 1960 e 1970, quando houve uma forte intervenção do Estado na esfera econômica, ocorreu um salto no que tange à responsabilização dos gestores na utilização dos recursos públicos. A Lei Geral do Orçamento Público (Lei nº 4.320/64) e o Decreto-lei nº 200/67 instituíram normas que regulavam a elaboração e execução do orçamento público de forma a garantir a eficiência e eficácia da gestão pública. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – num cenário de pressões no campo político com campanhas de conteúdo popular contra o autoritarismo – consolidou-se um sistema de controle do Estado por mecanismos de freios e contrapesos, privilegiando-se a separação dos Poderes e a participação popular (GIAMBIAGI; ALEM, 2008).

Diante de tantas demandas constitucionalizadas, agravou-se o contexto político de deterioração dos serviços públicos, a crise fiscal e o descontrole inflacionário. Esse conjunto de fatores impulsionou uma reforma administrativa geradora de significativa alteração no sistema de controles da Administração Pública. Diante dessa nova perspectiva, surge um modelo de controle, baseado na redução do formalismo, com maior autonomia do gestor público. Além disso, o controle *a priori* é gradativamente complementado, mas não completamente substituído, pelo controle *a posteriori*, ou controle de resultados, reduzindo a burocratização do aparelho estatal. Nesse contexto, o controle contábil de custos, que pode ser realizado também pela participação social, passa a configurar-se como um instrumento central do novo mecanismo (GIAMBIAGI; ALEM, 2008).

Como corolário dos controles político e social, os controles contábil e financeiro têm no orçamento seu principal instrumento. O orçamento é a consolidação da previsão de receitas e fixação de despesas para determinado período, estabelecido pelo Poder Executivo mediante aprovação do Poder Legislativo. Por isso, trata-se de instrumento pelo qual os cidadãos, num sistema de democracia representativa, controlam não só a prestação de serviços públicos, mas toda a atividade estatal, em função da receita prevista em lei, oriunda dos diversos setores da sociedade, e da despesa fixada (FURTADO, 2009, p. 42). Orienta-se, sobretudo, pelos princípios da universalidade, exclusividade, unidade, programação, legalidade, transparência, publicidade, não afetação, participação e pelo princípio do equilíbrio. Esses princípios expõem os fundamentos que não apenas permitem, mas garantem, ou ao menos deveriam garantir, a existência de um controle popular efetivo (CREPALDI, 2009, p. 53-59).

Podem-se diferenciar os modelos orçamentários, de acordo com o seu conteúdo, em orçamentos tradicionais e orçamentos modernos (GIACOMONI, 2009, p. 53-62). Enquanto o modelo tradicional trata o orçamento como um simples inventário dos meios para realização das tarefas do Estado, o orçamento moderno, também conhecido como orçamento-programa, traça o programa de trabalho para o próximo exercício. Desde a edição da Lei nº 4.320/1964 foi adotado o modelo de orçamento-programa no Brasil. Idealmente, nesse sistema, privilegiar-se-ia um controle premial ou por resultados.

Diante da obrigatoriedade da observância da lei orçamentária, garante-se um maior controle pelos cidadãos, pelo Ministério Público e pelos Tribunais de Contas, quanto à realização dos gastos públicos (MINGHELLI, 2005, p. 53). Nesse contexto, no que diz respeito ao cumprimento do que está previsto no orçamento,

nascem os dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre a gestão irregular das contas públicas.

2. Transparência e responsabilidade do gestor público em matéria de contas públicas

Há críticas no sentido de que o atual sistema orçamentário brasileiro seja meramente formal, pois apenas prevê a receita e autoriza a despesa, não dirige a ação administrativa, nem garante resultados econômicos ao ser executado pela Administração Pública (SANTOS, 2005, p. 3); em outros termos, não seria um efetivo orçamento por resultados.

Considerando a possibilidade de qualquer empreendimento envolver riscos, nem todo ato de má gestão constitui um ato ilícito, que exige aferições de responsabilidade caso a caso. Assim, os mecanismos de controle agem para minimizar os efeitos nocivos das decisões equivocadas. Deve-se abrir espaço, portanto, para a *accountability*, ou seja, a responsabilização objetiva do gestor por seu desempenho, ainda que seu ato não seja ilícito *stricto sensu*, mas desde que contrarie princípios e diretrizes basilares da Administração Pública e da gestão da coisa pública (ROCHA, 2002, p. 17-18).

A questão da responsabilização do gestor pela má utilização dos recursos públicos, antes regida por regras gerais do direito civil e por outras de caráter administrativo, tem como marco regulatório relevante a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF, Lei Complementar nº 101/2000) e a Lei nº 10.028/2000, que incluiu no artigo 354 do Código Penal tipos penais relativos às finanças públicas. De acordo com a LRF, uma gestão para ser responsável deve estar baseada em três pilares: planejamento, transparência e controle das contas públicas. É nesse sentido que Furtado (2009, p. 283-284) critica o fato

de a LRF tratar de assuntos que deveriam ser óbvios, dispensando previsão legislativa. Impor o dever de planejamento à gestão pública, desse modo, seria semelhante a impor o respeito ao assento preferencial para idosos ou gestantes no transporte público.

Importante alteração legislativa foi alcançada com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 131/2009, que impõe ao gestor público a disposição, *em tempo real*, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira em meios eletrônicos com acesso público, para o acompanhamento pela sociedade. Abrem-se, com isso, oportunidades de maior controle social na gestão de recursos públicos, em decorrência da possibilidade de consulta quase imediata, pelos interessados, à realização da despesa. Cabe indagar se esse acesso à informação é, isoladamente, propulsor da participação social, o que se analisará em momento próprio.

A adaptação dos gestores públicos a essa nova exigência enfrentará dificuldades por conta do histórico de obscuridade no trato da prestação de contas públicas; vide a 75ª posição alcançada pelo Brasil no *ranking* de corrupção do ano de 2009, segundo informa a ONG Transparência Internacional.¹

Ainda que não desejada, a corrupção é fenômeno constatado em organizações públicas

¹ Segundo dados da pesquisa realizada pela ONG Transparência Internacional – Corruption Perceptions Index 2009 (CPI – 2009) –, o Brasil apresenta pontuação de 3,7 numa escala em que vai de 0 – 10 no sentido do país que apresenta maior corrupção (nível 0) no setor público até o menos corrupto (nível 10). O Brasil é o 75º país numa lista de 180 países, sendo a primeira posição ocupada pela Nova Zelândia. O ranking apresentado pela ONG é baseado em 13 pesquisas independentes que não necessariamente incluem todos os países ali elencados. Os resultados alcançados indicam que a corrupção no setor público – ainda que não possa ser mensurada em aspectos quantitativos, em função da obscuridade inerente à sua consolidação – apresenta-se como um problema global, tendo em vista que a maioria dos países apresenta pontuação abaixo de 5,0 (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2009).

e privadas, de nações desenvolvidas ou não. É insuficiente, portanto, a existência de controle prévio, concomitante ou posterior que não gere responsabilização do gestor corrupto. Assim, a crise da representação popular apenas pode ser enfrentada pela participação efetiva dos cidadãos e pela efetividade dos Poderes instituídos, principalmente o Judiciário, na punição dessas práticas indesejadas.

3. O controle das contas públicas como motor do desenvolvimento

Segundo teóricos da análise econômica do Direito, os agentes – tanto públicos quanto privados – ao tomarem suas decisões, entre outras variáveis, consideram o plexo normativo vigente, a eficiência dos mecanismos de decisão e punição de práticas indesejadas e o quão consolidadas são as instituições. Assim, por meio dos diferentes instrumentos de controle – entre eles o orçamento –, a fiscalização pode ser financeira, orçamentária, contábil, operacional ou patrimonial. Essas modalidades de fiscalização integram-se e implicam-se de tal forma que permitem a fiscalização de qualquer atividade financeira do Estado. A fiscalização atinge, portanto, desde as alterações no patrimônio público até a eficácia, a eficiência e a economicidade dos gastos públicos (FURTADO, 2008, p. 317-362).

Diante do princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal, não se mostra suficiente a atuação da Administração Pública apenas em conformidade com a legalidade, mas se exige a efetiva satisfação das necessidades da sociedade, com o menor custo possível. Com base nesse princípio, fica a Administração Pública submetida ao controle tanto do modo de atuação do agente público, de quem se espera o melhor desenvolvimento possível das atribuições, quanto do modo de sua própria organização, estruturação e disciplina, com vistas ao alcance de resultados, sobretudo os relativos à alocação das verbas públicas (DI PIETRO, 2008, p. 92).

Cabe-nos diferenciar os princípios da eficiência e da eficácia na gestão pública. Enquanto o primeiro, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998, diz respeito ao alcance do maior benefício com a menor utilização de recursos possível, evitando desperdícios, o segundo está relacionado ao alcance dos resultados e metas estabelecidos e, portanto, só pode ser aferida mediante controle posterior.

O controle financeiro exercido pelo Poder Legislativo sobre a Administração Pública e sobre si mesmo se dá na medida em que fixa receita e estima despesa, por meio do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, impondo a observância

de limites financeiros, além de realizar mecanismos de controle por meio do Tribunal de Contas. Esse controle deve abranger a legalidade dos atos, a legitimidade das despesas, a economicidade, a fidelidade funcional dos agentes públicos e o cumprimento de programas de trabalho e metas, devendo, para isso, realizar-se de forma prévia, concomitante e posterior à execução orçamentária (GIACOMONI, 2009, p. 333).

Embora a atribuição do controle seja essencialmente estatal, com o papel de fiscalização de um Poder sobre o outro, além do paralelo controle interno, cabe a qualquer cidadão a provocação do exercício do controle na defesa dos interesses individuais e coletivos, ao que se denomina controle popular.

A fim de identificar uma proposta de controle popular que se mostre efetiva, nos termos do que sugerem estudos realizados por pesquisadores do Banco Mundial (SHAH, 2007), é imprescindível localizá-la quanto ao momento de realização e quanto ao órgão ou entidade competente para sua implementação.

3.1. Classificações do controle orçamentário e seu enquadramento atual no Brasil

Sugere-se a classificação do controle segundo o sujeito que o executa. Daí o controle orçamentário poder ser classificado em interno ou externo.

O controle interno caracteriza-se quando a entidade controlada está incluída na estrutura organizacional de Poder da entidade controladora. Conforme previsão constitucional (art. 74), os três Poderes devem estabelecer sistemas de controle interno. Na esfera federal: (i) no âmbito do Poder Legislativo, existem as Secretarias de Controle Interno do Senado e da Câmara dos Deputados; para o Poder Judiciário, há a competência constitucional do Conselho Nacional

de Justiça (CNJ) no controle da atuação administrativa e financeira, além daquele já realizado pelas Secretarias de Controle Interno presentes em cada tribunal; e, por fim, (iii) no âmbito do Poder Executivo, aparelhou-se a Controladoria Geral da União (CGU) que tem prestado serviços relevantes, inclusive denunciando situações irregulares ao Tribunal de Contas da União.

Partindo-se do pressuposto de que controlador e controlado estejam na estrutura administrativa do mesmo Poder da República, considera-se ainda como espécie de controle interno aquele exercido pela administração direta sobre a administração indireta, tendo em vista que o Decreto-lei nº 200/1967, ao definir a estrutura organizacional da Administração Federal, dispõe sobre a vinculação das entidades compreendidas na administração indireta aos Ministérios em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade (art. 4º, parágrafo único). Há respeitáveis entendimentos contrários na doutrina, no sentido de o controle da administração direta sobre a indireta ser forma de controle externo (DI PIETRO, 2008, p. 479).

Vale ressaltar que a efetividade do controle interno só será alcançada se estiver presente nos três níveis da federação, o que implica a existência de um sistema de distribuição de competências entre os diferentes agentes controladores. Por fim, ressalte-se que o controle interno não se confunde com o poder hierárquico característico da Administração Pública.

O controle externo pode ser tomado sob duas diferentes perspectivas. Conforme dispõe o art. 71 da Constituição Federal, o controle externo da Administração Pública Federal (*stricto sensu*) compete ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas. Cabe ao controle externo, conforme previsão constitucional (art. 70, *caput*), a fiscalização quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das

subvenções e renúncia de receitas por parte das entidades da Federação e da Administração Pública em geral.²

Por outro lado, partindo-se da perspectiva oposta à de controle interno, conclui-se que o controle externo é aquele realizado por um sujeito pertencente à estrutura administrativa de um Poder distinto daquele a que está submetido o sujeito controlado. Também se considera controle externo aquele realizado pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário – quando provocado –, pela sociedade civil organizada ou ainda pelo cidadão individualmente considerado. Quando a sociedade controla o poder público, o controle externo passa a receber um nome mais específico: controle social.

Além do controle externo realizado por órgãos específicos na sua atuação de ofício, é possível que os mesmos sejam provocados pela população, partidos políticos, associações ou sindicatos, nos termos do art. 74, § 2º da Constituição Federal. O Tribunal de Contas atua também como um tipo de ouvidoria a fim de garantir a eficiência e eficácia da gestão dos recursos públicos. Logo, é também por meio das funções do controle externo do qual participa o Tribunal de Contas que se torna possível a implementação do controle popular. Para o regular exercício do controle, o Tribunal de Contas se servirá positivamente das informações sobre fiscalizações³ e da ouvidoria para proceder à investigação de denúncias de irregularidades e à aplicação de medidas sancionadoras ou corretivas após a verificação da ilegalidade (DI PIETRO, 2008, p. 742).

O controle social externo também poderá se dar pelos Conselhos, que analisam o mérito das políticas públicas, bem como realizam fiscalização de caráter financeiro. Como exemplos, citam-se o Conselho de Alimentação Escolar, o Conselho Municipal de Saúde e o Conselho do Fundeb (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e da Valorização aos Profissionais da Educação).

Quanto ao momento de sua realização, o controle de contas pode ser prévio, concomitante e subsequente. Na fase da produção da proposta orçamentária, pelo Poder Executivo, e da aprovação das leis orçamentárias, pelo Poder Legislativo, ocorre o controle prévio; quando do acom-

² Ainda no âmbito do Poder Executivo, a atuação da Secretaria do Tesouro Nacional na gestão dos convênios entre os entes federativos é uma forma de controle externo exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas, visto que, conforme previsão constitucional (art. 71), podem-se restringir as transferências voluntárias em circunstâncias de descumprimento de deveres da gestão administrativa relativos às contas públicas (como por exemplo, a não divulgação das contas públicas na internet).

³ Sobre o aspecto do acesso à informação, cabe ressaltar a previsão do art. 31, § 3º, da Constituição Federal, que determina a disposição por 60 dias, anualmente, das Contas dos Municípios para a apreciação do contribuinte, que, diante da constatação de irregularidades, pode provocar o controle externo, exercendo seu direito de participação.

panhamento da execução orçamentária, há o controle concomitante e, depois de finda a execução orçamentária, faz-se o controle subsequente das contas públicas. Para que se realize um controle por resultados, ou seja, o alcance das metas predefinidas e a verificação da eficiência dos recursos públicos, o controle, sobretudo o popular, deverá ser realizado no momento subsequente à execução orçamentária.

3.2. Análise dos modelos existentes

3.2.1. Modelos tradicionais

A doutrina geralmente aponta três modelos de controle do orçamento: legislativo, jurisdicional e político-partidário. O modelo legislativo se caracteriza por atribuir essa competência a um funcionário único – demissível a critério do Parlamento – que realiza a superintendência da contabilidade de maneira eventual. O segundo tem como características a existência de um processo judicial de apreciação das contas realizado por um órgão colegiado – composto por membros sem dependência direta do Parlamento e do Executivo – e a posterior subordinação da contabilidade à fiscalização do Executivo. No modelo político-partidário, ocorre a contabilidade em separado e controlada por um partido único (BALEEIRO, 2008, p. 530).

Segundo as explicações de Baleeiro (2008) acerca dos diferentes modelos de controle existentes, na Inglaterra, desde o *Exchequer and Audit Departments Act of 1886*, foi criado, no Parlamento, o cargo do *Comptroller and Auditor General*. Esse funcionário é responsável por acompanhar a execução orçamentária, podendo frustrar a autorização de saída de fundos, caso um ministro tente conduzir o governo em desacordo com o Parlamento. O *Comptroller* escolhe ao acaso determinada seção de cada departamento ou unidades administrativas locais e submete-as a um rigoroso controle. Tal sistema cria uma constante ameaça, pois não se sabe quando cada seção ou unidade será investigada, o que contribui para que todos mantenham absoluta regularidade ou, como efeito adverso, para a tentativa de captura do agente público responsável pelo controle.

Na França, por sua vez, vige o modelo judicial. A *Cour des Comptes* tem como atribuição o controle posterior sobre as finanças do país e das administrações locais. Essa Corte é basicamente uma jurisdição administrativa, podendo suas decisões ser reformadas pelo Conselho de Estado. Deve comunicar as irregularidades administrativas ao Legislativo para os efeitos da conta geral financeira e responsabilização dos ministros.

Na Rússia, no passado, adotou-se o modelo partidário, imperando o sistema de partido único, sem qualquer tolerância aos grupos mino-

ritários. Dessa forma, a prestação de contas do governo fazia-se perante órgãos do partido. Tal sistema não se mostra compatível com a Constituição brasileira, por se tratar de um país pluripartidário.

Um interessante modelo foi o adotado pela Suécia. Lá, qualquer pessoa do povo pode fiscalizar a execução orçamentária, tendo o direito de acesso amplo aos arquivos públicos. Por esse meio, o público é convocado a controlar toda a Administração. Apesar de ser uma forma de controle ao acaso, há ampla divulgação pela imprensa quanto ao que se passa na Administração. O modelo legislativo brasileiro – apesar de ser um modelo misto –, após a promulgação da Lei Complementar nº 131/2009, em certa medida confere instrumento para se aproximar do modelo de controle popular sueco. Por meio desse diploma legal, buscou-se eliminar dois primordiais obstáculos à participação popular: a indisponibilidade de informação e a falta de transparência. Ao gestor impõe-se o dever de tornar disponível, em tempo real, informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária em meios eletrônicos de acesso público.

3.2.2. Modelos com uso de tecnologia

As novas tecnologias da informação e comunicação têm grande impacto nos modelos de controle orçamentário, tendo em vista sua vasta utilização pelos governos sobre o poder burocrático. A esse novo expediente convencionou-se denominar “governo eletrônico” ou *electronic government (e-gov)*.

A título de exemplo, há, no Brasil, o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi), que torna possível analisar completamente as contas de todos os órgãos da administração direta da União e inibe qualquer compra que possa ser empenhada ou liquidada sem ser processada no sistema desenvolvido e administrado pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro). Relevante também é o papel do Siga Brasil, um sistema de informações orçamentárias de mais fácil manipulação e de uso mais acessível aos cidadãos, criado no âmbito do Senado Federal. Por meio de consultas interativas, permite-se o acesso integrado ao Siafi, ao Siga e a outras bases de dados relacionadas ao orçamento público por um único sistema de busca. Assim, essa ênfase na utilização de tecnologia da informação na produção, armazenamento e divulgação de dados fortalece o processo de transparência das contas públicas (CULAU; FORTIS, 2006, p. 9-11).

Na seara de contribuições tecnológicas à efetivação do controle popular, cabe destaque ao relevante papel exercido pelas ONGs no que diz respeito ao acesso à informação, manifestação dos interessados e compreensão e esclarecimento dos dados técnicos dispostos nos bancos de dados

oficiais. Entidades como a “Contas Abertas” e a “Transparência Brasil” – esta última ligada, até 2007, à “Transparência Internacional” – mitigam as dificuldades instrumentais encontradas para o exercício de uma democracia participativa e facilitam a comunicação, reduzindo distâncias. Outro exemplo de efetividade no uso da internet como meio de realização do controle popular sobre as contas públicas é o *site* “Democracia participativa”⁴, que tem Jundiá e São Paulo como duas das cidades mais ativas em todo o País.

4. Alternativa para o controle popular de contas públicas

Como já demonstrado, o controle popular também é uma forma de controle externo. Entretanto, deve-se considerar falsa a premissa de que essa forma de controle tem como finalidade exclusiva a apuração de denúncias e crimes contra o patrimônio. Um modelo eficaz de controle popular deve servir como instrumento de gestão; caso contrário, o controle deixaria de ter como foco principal a melhoria dos métodos e processos administrativos, o que geraria um controle meramente repressivo e não direcionado à melhoria efetiva da forma como o dinheiro público é gasto (ROCHA, 2002, p. 4).

Faz-se a crítica ao modelo atual de controle, pois carrega em si uma contradição: “por omissão de fiscalização, verifica-se e registra-se, tão somente, o descontrole” progresso (OLIVEIRA, 1996, p. 76). Dessa forma, o modelo aqui proposto tem como foco não só o caráter fiscalizador do controle, no sentido repressivo, mas leva em conta o aspecto preventivo e organizacional que o controle pode e deve trazer, buscando sempre a melhor alocação dos recursos (SHAH, 2007).

⁴Disponível em <<http://www.cidadedemocratica.org.br/>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

4.1. O que se busca com um novo modelo de controle popular?

O novo modelo de Administração Pública visa a substituir a perspectiva burocrática até aqui vigente por uma nova abordagem que compreende o papel do Estado na implementação de políticas públicas estratégicas em diversas áreas da sociedade, o que exige a utilização de práticas gerenciais modernas, a partir de novas competências, novas estratégias administrativas e novas instituições, sem perder de vista sua função eminentemente pública. Assim, o controle popular deve auxiliar na construção de um Estado que trabalhe melhor e custe menos, apontando a melhor forma de gastar o dinheiro público (PEREIRA; SPINK, 2005).

Esse novo modelo também propõe-se a melhorar: i) os resultados de desenvolvimento, enquanto aprimora a qualidade da relação entre cidadão e Estado, particularmente em termos de resposta em nível local para as preferências dos cidadãos; ii) a *accountability* dos administradores e representantes locais; e iii) a democracia, conferindo aos cidadãos maior confiança em si e no governo.

4.2. Como seria feito esse controle?

Seria ideal que o novo modelo de controle popular tivesse lugar junto ao Poder Legislativo, instância na qual se aprova o orçamento e se controlam posteriormente os gastos públicos, pois a atuação exclusivamente coordenada pelo Executivo poderia implicar cooptação de interesses e imposição de obstáculos ao controle efetivo. Apesar disso, nada impede que o cidadão também participe, junto ao Poder Executivo, dos processos de formação da proposta orçamentária, por meio do orçamento participativo.

O momento ideal para que a participação popular ocorra, no sentido de maior concreti-

zação da vontade dos cidadãos, é o da aprovação do orçamento pelo Poder Legislativo. Ainda que atualmente, em nível federal, o modelo orçamentário de participação seja uma mera permissão para uso do legislador, teme-se a ocorrência eventual de interferências externas, como o *lobbying*, que não levem a um benefício direto e efetivo dos cidadãos. No Brasil, já há experiências estaduais e municipais de participação popular obrigatória para a validação do processo orçamentário.

Um argumento a favor da participação do cidadão na fase executiva do orçamento é o fato de que em um sistema político no qual o Poder Executivo seja dominante é improvável que o Poder Legislativo mude radicalmente as propostas orçamentárias. Por essa razão, há uma maior oportunidade para a participação durante o estágio de preparação do orçamento do que durante o processo de sua aprovação.

Apesar de essa assertiva ser verdadeira, o controle popular teria que atuar também nesse segundo momento, em que o Legislativo poderia contar com o apoio da população, como forma de reforço à democracia representativa. Essa alternativa é perfeitamente possível de ser aplicada juntamente com o orçamento participativo, até como maneira de evitar que determinada obra, aprovada pelo cidadão, seja vetada ou posteriormente ignorada.⁵

Diante de tantas vinculações orçamentárias obrigatórias, cabe ressaltar que o orçamento participativo se refere a uma pequena parte do

orçamento, ficando grande parte fora da análise de um controle popular eficaz.⁶ O modelo aqui proposto seria feito mediante a realização de audiências públicas, apontando falhas de alocação de recursos e propondo melhorias, já que é comum o Executivo elaborar seu orçamento baseado em alocações prévias, o que mantém certa rigidez na distribuição de recursos, e o mesmo quadro de desenvolvimento social do período orçamentário anterior.

Pode-se arguir a falta de capacidade técnica da população em opinar sobre a melhor forma de gastar o dinheiro público. Entretanto, vale ressaltar que, por ser o povo o destinatário dos serviços públicos, é ele quem melhor sabe qual a área mais deficiente, não sendo necessário conhecimento técnico para isso. Não se pode negar que a capacidade técnica limitada seja realmente um entrave ao acesso à informação. A falta de recursos financeiros da maior parte da população geralmente limita a educação, o nível de apreensão e a familiaridade com o processo político. Os governos frequentemente citam essa falta de capacidade como a razão para obstar a participação popular nas escolhas das políticas públicas.

Esse entendimento pode ser exagerado. A qualidade da participação depende em grande parte de como ela é organizada, como os cidadãos são perguntados para expressar suas visões, e como lhes é passada a informação sobre tópicos como recursos limitados e transferências. Mesmo em países desenvolvidos, nos quais

⁵ O orçamento participativo é uma expressão da democracia direta que oferece aos cidadãos a oportunidade de aprender sobre as operações do governo e a deliberar, debater e influenciar a alocação de recursos públicos. É um instrumento para educar, engajar e dar poder ao cidadão, fortalecendo a demanda pelo bom governo, reduzindo a ineficiência governamental, o clientelismo, o paternalismo e a corrupção. Ademais, por meio dele, os grupos marginalizados ou excluídos têm a oportunidade de influenciar as decisões públicas que são vitais aos seus interesses (SHAH, 2007, p. 1, tradução nossa).

⁶ Soma-se a isso o fato de os resultados alcançados por meio do orçamento participativo não serem vinculantes, mas ficarem sujeitos à posterior decisão do gestor sobre a alocação de recursos proposta. OLIVEIRA (2008, p. 308-311) vê como “solução” para a garantia de mínima vinculação possível das propostas apresentadas por meio do orçamento participativo a obrigatoriedade do Executivo acolher à primeira prioridade eleita pela micro-comunidade, sob pena de a norma que determina a realização de debates, audiências, discussões etc. perder sua eficácia ao não impor a aceitação de nenhuma das propostas apresentadas.

a educação dos cidadãos e seu conhecimento sobre o governo são presumivelmente altos, há uma ampla variação na qualidade da participação (SHAH, 2007).

Se a baixa capacidade técnica dos cidadãos é um problema de fato, ele deve ser levado em conta antes de o processo de participação começar. Se a capacidade não pode ser melhorada, outra solução deve ser encontrada. Uma das alternativas é dar aos cidadãos informações básicas sobre o que a participação espera alcançar e o que trará de benefícios. Uma alternativa para construção da capacidade do cidadão está no papel das ONGs em prover com análise técnica os orçamentos e propostas políticas (SHAH, 2007, p. 63).

Quanto ao controle das contas públicas, por ser o Legislativo o Poder competente para analisar tais gastos, com auxílio do Tribunal de Contas, a inclusão da população por meio do controle popular serviria como instrumento para analisar a legitimidade, eficiência e eficácia de tais gastos, o que colaboraria com os Tribunais de Contas no que tange à dificuldade real de analisar materialmente todos os gastos da Administração. Sob esse aspecto, a inclusão de Audiências Públicas, no lugar do sistema já existente de denúncia aos Tribunais de Contas, tornaria mais eficiente a tarefa de apuração de irregularidades, e ampliaria as possibilidades de controle por trazer maiores elementos informativos ao Legislativo.

Nas Audiências seriam produzidos relatórios, que serviriam tanto para trazer elementos informativos ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas, para o julgamento das contas, quanto para ensejar a fundamentação a fim de que, em orçamentos posteriores, o Legislativo tivesse maior respaldo para vetar determinadas dotações orçamentárias que se tenham falhas no passado. Dessa forma, partiríamos para a adoção de um efetivo modelo de orçamento

por resultados ou orçamento premial, no qual se premiam com maior dotação orçamentária as áreas com maior demonstração de boa gestão da dotação do orçamento do ano anterior.

Tal modelo de controle encontra respaldo constitucional na interpretação do art. 74, IV, em conjunto com seu § 2º, ao estipular que “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional”. A norma constitucional inclui aí o controle popular, que é controle externo contido no § 2º: “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (BRASIL, 1988).

4.3. Momento de atuação do controle popular

Para poder contribuir de forma efetiva, o controle precisa atuar nas diversas etapas do processo de produção orçamentária, detectando desvios e anomalias em tempo compatível com a introdução oportuna dos aperfeiçoamentos e correções que se fizerem necessários.⁷

O controle só pode ser assim caracterizado quando é feito tempestivamente, atingindo seu objetivo de trazer melhor eficiência e organização na forma como o dinheiro público é gasto. Um controle que só é feito após a ocorrência

⁷O modelo aqui proposto não se afasta de outros já existentes, como bem informa Shah (2007, p. 15, tradução nossa), ao explicar que o orçamento russo, nos níveis locais e regionais, opera de acordo com um processo de quatro passos: planejamento e preparação de um rascunho de orçamento; revisão e aprovação do orçamento por um corpo local ou regional; implementação do orçamento; e revisão dos relatórios do orçamento por corpos locais e regionais. Em qualquer ponto do processo, a sociedade civil e o público em geral têm o direito de influenciar a tomada de decisão local do processo orçamentário, participando em Audiências Públicas, conduzindo questionários sobre a opinião pública e organizando debates públicos.

do dano, com objetivo único de identificar responsáveis, não é o melhor modelo de controle, já que em muitos casos os recursos desviados não serão devolvidos aos cofres públicos e, se devolvidos, não repararão de maneira efetiva o dano causado.

4.4. Fatores primordiais⁸

Para a proposição de um modelo de controle popular de contas públicas, alguns fatores básicos devem ser considerados.

Em primeiro lugar, os atores relevantes (população e gestores) são indivíduos racionais que buscam interesses próprios, mas que respondem tanto a incentivos, quanto a desestímulos (MASLOVE; SWIMMER, 1980, p. 182). Dessa forma, se as Audiências se basearem no dever cívico, elas provavelmente terão maior sucesso, por existir um interesse endêmico (ou estimulado) da população local em preservar e melhorar a “coisa pública”; seria um termômetro do comprometimento e da civilidade local.

Além disso, as condições locais pré-existentes devem ser analisadas previamente para saber que medidas são mais ou menos urgentes. Dessa forma, saber qual é a dotação orçamentária para o projeto, a assistência técnica disponível, qual a tradição de participação e cooperação entre as associações civis locais é decisivo. Outro fator primordial é a necessidade de aumento da consciência, educação e capacitação de multiplicadores para criação de uma estrutura de incentivo à participação.

Devem ser claras as regras concernentes à participação e tomada de decisão para traçar os limites da participação, evitar eventuais quebras na comunicação e permitir o monitoramento adequado das atividades. É necessário que existam campanhas de relações públicas e o envolvimento da mídia, tanto para incentivar a participação, quanto para informar eventuais irregularidades.

Vale ressaltar que o processo em que o controle se insere não está livre de captura pelo poder econômico, podendo até mesmo beneficiar certos partidos políticos. Para prevenir tais abusos, é necessário conhecer a política local e as relações formais e informais de poder.

4.5. Problemas e limites ao controle de contas

O modelo proposto de controle popular gerencial teria capacidade moderada de enfrentar a exclusão política e social. Apesar de ser uma ideia que busca a inclusão política e maior justiça social, não constituiria de

⁸ As propostas sugeridas pelos autores para a realidade brasileira aproveitam grande parte das sugestões dispostas nos estudos do Banco Mundial (SHAH, 2007).

maneira alguma uma solução mágica aos problemas de desigualdade enfrentados pelo País.

Detalhes de implementação e acompanhamento de projetos são cruciais para determinar o sucesso que eles terão, sendo que uma série de problemas pontuais não identificados ou mal gerenciados pode significar a não concretização dos objetivos do modelo implantado.

4.5.1. Limites técnicos

Segundo Torres (2004, p. 38), a maior parte da definição política macroeconômica das democracias modernas é feita fora das instâncias políticas tradicionais, não sendo possível o controle ou fiscalização por parte do cidadão. Dessa forma, não há participação popular nas decisões tomadas pelo Conselho Monetário Nacional, ou pelo Conselho de Política Monetária (COPOM). Apesar de apresentarem reflexo nos gastos públicos – e, conseqüentemente, na vida do cidadão –, a participação nesses casos não ocorre, pois exige-se do cidadão uma complexidade de conhecimentos técnicos de difícil apreensão.⁹

Assim, a participação encontra obstáculos técnicos que subsidiam as decisões da Administração Pública, sobretudo no conflito entre o chamamento à participação e as exigências de tecnicidade burocrática. Ademais, esse processo pode gerar uma perigosa frustração quando o cidadão não tem conhecimento dos limites de sua participação nas decisões de interesse público (TORRES, 2004, p. 39).

A implantação de alternativas de controle popular deve passar também pelo questio-

⁹ Entretanto, o presente modelo não descarta uma possível participação em questões mais complexas, mas admite que tais habilidades são vagarosamente construídas, o que pode levar anos para que os participantes desenvolvam a capacidade de entender a complexidade de soluções eventualmente propostas.

namento sobre a eficácia procedimental dos órgãos de fiscalização dos gastos públicos. Um procedimento burocrático, ou excessivamente formalista pode significar a ineficiência de qualquer modelo (TREVISAN et al., 2003, p. 56-57), desestimulando o controle popular.

4.5.2. Problemas quanto à continuidade

Um dos problemas enfrentados por qualquer modelo de controle popular de contas públicas é a sua descontinuidade. Por mais que um modelo popular de controle de contas tenha eficácia, sem o apoio dos entes responsáveis pela apuração das denúncias, corre-se o risco de desestimular iniciativas válidas (TREVISAN, 2003, p. 21).

O problema da burocracia, acima analisada, também traz sérios reflexos na continuidade de qualquer modelo. O fato de as ONGs corriqueiramente desempenharem papel central na implementação de um modelo de participação não desvaloriza tais iniciativas, mas a centralização de poder decisório pode ter implicações para a continuidade do modelo, que dessa forma será sempre dependente de determinada organização.

4.6. Desinteresse do cidadão em participar

O fato de a sociedade civil brasileira ser desorganizada, e muitas vezes desinteressada, é um grave problema a qualquer modelo de controle popular. A aprovação de legislação, estimuladora do engajamento direto dos cidadãos direcionados às decisões sobre recursos públicos, é necessária, mas não é suficiente para aumentar a participação (SHAH, 2007, p. 7).

Conforme identifica Shah (2007), há vários motivos que podem levar um povo a não se engajar em mecanismos de participação. O fato de os cidadãos terem sido excluídos, histórica-

mente, das decisões que os afetavam leva à descrença na ação coletiva, tornando-os recebedores passivos dos serviços públicos. Em decorrência disso, ainda que muitos cidadãos estejam insatisfeitos com os serviços locais, muitas vezes não acreditam que possam ter alguma influência sobre tais serviços ou que os governos locais possam fazer qualquer coisa acerca desse problema.

Assim, segundo o autor, para que o controle seja efetivo, a sociedade civil deve desejar fazer parte dele, sendo capaz de contribuir para os debates em andamento. Daí surge o papel essencial do Legislativo em dar o apoio técnico necessário, e também em cumprir as promessas realizadas nas Audiências Públicas. O engajamento social dos cidadãos, ao ser acompanhado de decisões sobre os recursos locais, deve incentivar um círculo virtuoso na Administração, já que um bom governo demanda boa capacidade local de analisar os gastos, a qual em seu turno dá suporte e é suportado pela participação.

Para que supere as apontadas limitações, estabeleça sua continuidade e promova o interesse do cidadão em participar, o modelo deve trazer resultados práticos e efetivos. A mensagem deve ser clara: “o governo valoriza seu tempo e energia”. Deve-se considerar, por exemplo, que os cidadãos buscam aumentar o acesso a atividades de tomada de decisões públicas, ter acesso à informação e melhorar a qualidade dos serviços públicos providos (SHAH, 2007).

O autor, por fim, sinaliza para um dos grandes perigos desse modelo: as expectativas irrealistas. Cidadãos podem imaginar que, uma vez que tenham voz na tomada de decisão, mudanças dramáticas possam ocorrer imediatamente – o desemprego vai desaparecer, e a pobreza e a desigualdade serão reduzidas. Parte do desafio está em comunicar os limites dos recursos.

5. Reflexões finais acerca do modelo proposto: propulsores do controle popular de contas

5.1. Transparência e acesso à informação

A transparência tem um efeito muito maior que o do mero combate à corrupção, sendo também um importante instrumento para aperfeiçoar a tomada de decisões estatais.

A circulação da informação propicia o aumento das chances e oportunidades de que as políticas públicas sejam implementadas e ajustadas de maneira a ganhar em eficiência e eficácia. Além disso, a difusão da informação permite que o cidadão possa interagir com os formuladores ou executores, o que permite o aprimoramento das políticas públicas.

A respeito disso, o Brasil já tem melhorado muito em termos de disponibilidade de informação, por meio dos bancos de dados de instituições como IBGE, FGV, Ipea, Dieese, entre outros. O que falta é a maior interação com os usuários para que haja melhor aproveitamento e qualidade nos gastos públicos.

Apesar de a informação ser essencial ao modelo aqui defendido, deve-se atentar a três grandes problemas que lhe são relativos: a dificuldade de capacidade de processamento das informações disponibilizadas pela Administração Pública; a tecnicidade das informações disponíveis ao eleitor padrão; e a assimetria da informação, caracterizada pelo fato de o dirigente e o gestor público estarem em posição tendencialmente mais estratégica e privilegiada se comparada com a da população em geral (TORRES, 2004).

O eleitor padrão não tem, na maior parte das vezes, condições de analisar a execução orçamentária de uma unidade gestora, por menor que seja. Atualmente, a prestação de contas da grande parte dos órgãos públicos brasileiros, inclusive dos municípios, encontra-se disponível na internet. Entretanto, na análise desses balanços, inúmeras dificuldades surgem: é grande a quantidade de rubricas, gestões financeiras, projetos, atividades e princípios de contabilidade pública, que são quase indecifráveis para o cidadão bem informado, para não falar do eleitor mediano¹⁰.

5.2. O papel da ONGs

As Organizações Não Governamentais independentes (não cooptadas) são de grande valia para influenciar as ações de governos, mesmo quando eles são hostis à participação direta da sociedade. O êxito depende da habilidade que têm para comunicar as análises de escolhas de gastos, execução orçamentária, e a prestação dos serviços públicos para a mídia, o público e os representantes eleitos, que podem então usar a informação para influir na política pública, ainda que seja apenas através do voto (SHAH, 2007, p. 4).

No caso do orçamento participativo, as ONGs, contando com um quadro de profissionais com fortes habilidades técnicas e administrativas, desempenham importante papel na mediação entre o governo e a sociedade, tendendo a fornecer ferramentas ao cidadão para a aferição da transparência no governo. A distância das ONGs em relação aos go-

¹⁰Torres dá um elucidativo exemplo: “Se ocorrem grandes fraudes no balanço de empresas de capital aberto, atentamente analisadas por técnicos especializados do mercado financeiro, imaginem-se as dificuldades e sutilezas que encontramos nos documentos que demonstram a execução orçamentária de determinado órgão público” (TORRES, 2004, p. 42).

vernos confere a elas a oportunidade de promover os valores gerais do orçamento participativo enquanto mantêm os olhos atentos aos governos para garantir que está trabalhando para os cidadãos (SHAH, 2007, p. 43). Essas habilidades das ONGs são bem-vindas se difundidas no modelo de participação popular aqui proposto.

6. Conclusão

Tanto mais será desenvolvido um país quanto mais forem os instrumentos de controle social permitidos pelo Direito. O controle popular não apenas supre algumas deficiências da democracia representativa, como facilita o trabalho dos Tribunais de Contas, permitindo análises locais mais apropriadas. De acordo com o modelo moderno de orçamento-programa, adotado no Brasil, isso significa que o controle popular tem a tarefa de direcionar as políticas públicas de acordo com as necessidades constatadas pelos cidadãos.

O orçamento participativo apresenta-se como importante instrumento de atuação social na tomada de decisões relacionadas à utilização de recursos públicos. No entanto, não se pode resumir o controle popular à seara do controle prévio, sendo indispensável o controle concomitante e o controle por resultados, subsequente à execução orçamentária, não apenas para responsabilização do mau gestor, mas principalmente para análise das alocações, verificação de erros e acertos, e reformulação de estratégias, quando necessário. Somente partindo dessa ideia, o controle popular pode ser visto como instrumento de gestão e não como ferramenta meramente repressiva.

Em suma, a proposição de um modelo alternativo de controle popular das contas públicas está baseada nas seguintes constatações: (i) sua atividade deve ser coordenada pelo Poder Legislativo, a fim de evitar a cooptação de interesses e a imposição de obstáculos; (ii) a coordenação pelo Poder Legislativo facilita a maior vinculação do orçamento participativo que, muitas vezes, se concentra num primeiro momento de determinação da lei orçamentária junto ao Executivo e, em seguida, tem suas pretensões abandonadas; (iii) o controle popular deve ocorrer na elaboração do orçamento, concomitantemente à execução orçamentária e também no momento subsequente de prestação de contas; (iv) o controle não pode ter como única sustentação o trabalho de uma ONG, a fim de que não fique dela dependente; (v) deve haver a substituição do sistema de denúncias pelo sistema de Audiências Públicas com produção de relatórios, possibilitando o acompanhamento permanente dos cidadãos; (vi) é importante o envolvimento da imprensa, tanto como transmissão das informações e incentivo à participação quanto como desestímulo ao

cometimento de ilicitudes pelo gestor público; (vii) deve ser realizada a capacitação de multiplicadores para que se crie uma forte estrutura de incentivo à participação.

Referências

ALBUQUERQUE, Claudiano Manoel de.; MEDEIROS, Márcio Bastos; SILVA, Paulo Henrique Feijó da. *Gestão de finanças públicas*. 2. ed. Brasília: Gestão Pública, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org). *Teoria jurídica e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonard, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe*. Aracaju: Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, 1991. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/9/docs/doutrinaparcel_06.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2014.

CREPALDI, Silvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões. *Direito financeiro: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CULAU, Ariosto Antune; FORTIS, Martin Francisco de Almeida. Transparência e controle social na administração pública brasileira: avaliação das principais inovações introduzidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 11, 7-10 nov. 2006. Ciudad de Guatemala: Clad, 2006. Disponível em: <https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3235/1/transparencia_controle_social_administracao.pdf>. Acesso em: 23 set. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política*. 13. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

FRANCO, Augusto de.; POGREBINSCHI, Thamy (Org.). *Democracia cooperativa: escritos políticos escolhidos de John Dewey: 1927-1939*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FURTADO, J. R. Caldas. *Elementos de direito financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 14. ed., amp., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

GIAMBIAGI, Fabio; ALEM, Ana. *Finanças públicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

MASLOVE, Allan M; SWIMMER, Gene. *Wage controls in Canada, 1975-1978: a study of public decision making*. Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1980.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: RT, 1993.

MENDES, Marcos José. *Descentralização fiscal baseada em transferências e captura de recursos públicos nos municípios brasileiros*. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/95141>>. Acesso em: 4 maio 2010.

- MINGHELLI, Marcelo. *Orçamento participativo: uma leitura jurídico-política*. Canoas: ULBRA, 2005.
- OLIVEIRA, Telma Almeida. *O Controle da eficácia da administração pública no Brasil*. Salvador: UFBA, 1995.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- ROCHA, Carlos Alexandre Amorim. *O modelo de controle externo exercido pelos tribunais de contas e as proposições legislativas sobre o tema*. 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/156>>. Acesso em: 19 set. 2014.
- SANTOS, Jussanan Portela dos. *A insegurança jurídica do orçamento público federal brasileiro*. 2005. 32 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Legislativo) – Universidade do Legislativo brasileiro (Unilegis) e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS), 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/58>>. Acesso em: 19 set. 2014.
- SHAH, Anwar. *Participatory Budgeting*. Washington: The World Bank, 2007.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2009*. Berlim, 2009. Disponível em: <http://www.transparency.org/research/cpi/cpi_2009>. Acesso em: 19 set. 2014.
- TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. São Paulo: FGV, 2004.
- TREVISAN, Antoninho Marmo et al. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. Cotia: Ateliê Editorial, 2003.

A influência da internet na construção de movimentos sociais em defesa da democratização das comunicações e da sua regulamentação no Brasil

FRANCIELI PUNTEL RAMINELLI
LETÍCIA BODANESE RODEGHERI
MÁRCIA SAMUEL KESSLER
RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA

Sumário

1. Introdução. 2. Os meios de comunicação na sociedade em rede do século XXI. 3. A legislação existente no Brasil para a regulamentação das comunicações. 4. Movimentos sociais e a democratização dos meios de comunicação. 5. Conclusão.

Francieli Puntel Raminelli é mestranda e graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria.

Letícia Bodanese Rodegheri é mestranda e graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria.

Márcia Samuel Kessler é mestranda em Direito e Graduada em Ciências Contábeis e Direito pela Universidade Federal de Santa Maria.

Rafael Santos de Oliveira é doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Maria.

1. Introdução

Assuntos relacionados com os meios de comunicação sempre estiveram em pauta no que se refere ao acesso às notícias, formas de publicação, escolha de conteúdos ou, ainda, a titularidade de exploração. No Brasil, especialmente após a discussão sobre a não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) pela Constituição Federal de 1988 e a emergência de uma era globalizada, permeada pelo advento e utilização das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTICs), em especial a Internet, a temática tem sido cada vez mais constante no meio jurídico.

Atualmente, vislumbra-se uma revolução propiciada pela larga utilização da Internet, porque a existência de um espaço em que é permitido a qualquer usuário publicar conteúdos, manifestar opiniões e compartilhar conhecimentos favorece a existência de novas formas de comunicação entre os cidadãos, jamais vivenciadas até então.

Frente a esse cenário inovador e convidativo à inserção de manifestações e ao acesso a uma gama muito maior de informações do que as fornecidas pelos meios de comunicação tradicionais, a exemplo da televisão, jornal e rádio; cria-se um novo ambiente e também uma nova cultura, em que é permitida a qualquer pessoa, desde que com acesso à Internet, a possibilidade de livre produção de conteúdo.

No entanto, o que se percebe no Brasil é a incipiente regulamentação específica para esses espaços, decorrente da utilização da Internet, em que há a possibilidade de livre emissão de conteúdo (Lei nº 12.965/2014). Ademais, apesar da existência de legislação sobre as Telecomunicações (Lei Geral das Telecomunicações – Lei nº 9.472/97) e Radiodifusão (Decreto nº 7.670/2012), ainda há grande concentração da propriedade dos meios de comunicação entre poucos titulares, o que é confrontado por diversos movimentos sociais.

Verifica-se, portanto, a existência de indivíduos que, isolados ou organizados em movimentos sociais, manifestam-se em *sites*, redes sociais *online*, *blogs* e outros ambientes (inclusive *off-line*), no sentido de democratizar e descentralizar o controle, a produção e a circulação das informações no Brasil. Diante desse contexto, questiona-se: como a Internet contribui para o debate sobre os meios de comunicação no Brasil e para a defesa ou ampliação dos direitos de liberdade de expressão e informação?

Com a finalidade de responder a esse questionamento, o presente artigo objetiva verificar quais são os movimentos representativos desse setor no Brasil e como o debate na Internet sobre essa temática tem repercutido, especialmente para fins de regulamentação das comunicações no Brasil. Para tanto, empregou-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico (estudo de caso),

ao se analisar como a legislação brasileira está posta e, posteriormente, como se dão alguns dos principais movimentos sociais organizados de forma *online* em torno desse tema. Ainda, utilizaram-se as técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e de observação direta em *sites* específicos.

O artigo foi dividido em três tópicos centrais. No primeiro, analisaram-se as principais características dos meios de comunicação no Brasil, conferindo-se destaque às peculiaridades decorrentes das NTICs. No segundo, o objeto centrou-se na avaliação da legislação brasileira no que concerne aos meios de telecomunicações e radiodifusão, bem como à Lei nº 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Além disso, coteja-se a referida lei com alguns dispositivos da *Ley de Medios* da Argentina, a qual foi aprovada em 2009 e demonstra formas de relativização da propriedade dos meios de comunicação. Por fim, analisaram-se alguns dos movimentos sociais na Internet em defesa da democratização e descentralização dos meios de comunicação, quais sejam: o Centro de Estudos da Mídia Alternativa Barão de Itararé, o Observatório do Direito à Comunicação e o Projeto de Lei de Iniciativa Popular da denominada “Lei da Mídia Democrática” no Brasil.

2. Os meios de comunicação na sociedade em rede do século XXI

Manuel Castells (1999) afirma que, em uma sociedade em rede calcada na relevância da informação, deter a capacidade de transmiti-la transforma-se em um poder. Esse poder é capaz de manter a liberdade de expressão dos cidadãos e dos jornalistas, atendendo aos preceitos constitucionais, ou, então, pode contribuir para a existência de um oligopólio, que centraliza a propagação das informações.

No Brasil, apesar da previsão legal e constitucional – que será abordada abaixo –, não é satisfatória a forma de distribuição das concessões dos meios de comunicação, justamente por estar centrada em poucos detentores, os quais dominam as temáticas, pautas e, até mesmo, o rumo das eleições no país¹. Ainda, há a figura dos chamados “marqueteiros”, que constituem uma categoria social com o nível de planejadores e dirigentes dos temas e problemas da sociedade e da política no final do século XX. Tais atores “[...] ocupam todos os espaços possíveis na mídia eletrônica e não eletrônica, ‘cuidam’ da formação da opinião pública e controlam sua reação; formulam as agendas de temas e proposições dos políticos” (GOHN, 2013, p. 153).

Isso demonstra que o cenário comunicacional do país está fortemente marcado por interesses políticos e econômicos, havendo influência direta na construção de pautas e de assuntos considerados mais importantes a serem transmitidos e informados à população. Essa postura pode lesionar direitos fundamentais dos cidadãos, a exemplo do direito à liberdade de expressão e de comunicação, em virtude da restrição de acesso aos conteúdos.

Deve-se recordar que o direito à liberdade de expressão não é restrito aos jornalistas que, em geral, detêm o dever de informar; pois, previsto na Constituição Federal de 1988², é aplicável a todas as relações jurídicas e sociais, independente de profissão ou *status* social da pessoa. Nunes Júnior (1997, p. 31) classifica o direito de informação em três níveis, a saber:

“Direito de informar – faculdade de veicular informações. Permitido a todo indivíduo veicular as informações que julgar pertinentes.

Direito de se informar – faculdade de o indivíduo buscar as informações desejadas sem qualquer espécie de impedimento ou obstrução.

Direito de ser informado – faculdade de ser mantido integral e corretamente informado. Está relacionado aos assuntos relativos às atividades do Poder Público.”

¹ Venício Lima aponta uma ruptura ocorrida com a “grande mídia” com a eleição para presidente de Luiz Inácio Lula da Silva em 2006, já que os resultados das eleições não foram previstos e eram considerados improváveis pela quase unanimidade dos colonistas. Em sentido contrário, “[...] das análises referentes às eleições de 1989, quando Lula perdeu a disputa para Fernando Collor de Mello, em 2006 houve um relativo consenso de que o candidato eleito (Lula) não era o ‘preferido’ pelos principais grupos de mídia. Além disso, nas comemorações populares após a divulgação do resultado do segundo turno, surgiram faixas nas ruas com os dizeres ‘O povo venceu a mídia’” (LIMA, V., 2011, p. 149-150).

² A Constituição Federal de 1988 trata da liberdade de expressão no artigo 5º, inciso IX – “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; artigo 5º, inciso XIV – “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; e no artigo 220, *caput* – “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL, 1988).

José Afonso da Silva (1992, p. 221-225) trata da liberdade de expressão conexas com outro direito fundamental, mais amplo, qual seja, a liberdade de comunicação, entendida como as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento, de informação, bem como a organização dos meios de comunicação. Assim, a liberdade de comunicação seria um gênero, do qual emergem como espécies as liberdades de expressão do pensamento, de informação em geral, de informação jornalística e a disciplina dos meios de comunicação.

O que se observa no Brasil, entretanto, é que a disciplina dos meios de comunicação e da informação jornalística estão restritas a poucos detentores, ao passo que a liberdade de expressão do pensamento e da informação em geral é mitigada nesses meios de comunicação tradicionais (televisão, rádio, jornal), justamente em virtude de interesses dos emissores. É o que Venício Lima chama de *coronelismo eletrônico*, um fenômeno urbano do Brasil da segunda metade do século XX que persiste na atualidade, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. É, de acordo com o autor, um tipo de poder não coercitivo, mas criador de consensos políticos, porque

“são esses consensos que facilitam (mas não garantem) a eleição (e a reeleição) de representantes – em nível federal, deputados e senadores – que, por sua vez, permitem circularmente a permanência do coronelismo como sistema” (LIMA, V., 2011, p. 105).

Consoante o entendimento de Venício Lima, a moeda de troca continua sendo o voto, como no coronelismo de antigamente, mas baseado no controle da informação, ou seja, na capacidade de influir na formação da opinião pública (LIMA, V., 2011, p. 106). Essa forma de controle e de atuação das mídias tradicionais evidencia a necessidade de repensar a sua relação com o Poder Público, especialmente quando se trata de um direito básico e inerente ao cidadão: o direito à liberdade de expressão.

Revela-se interessante observar a forma como se dá a distribuição das verbas publicitárias pela administração direta e indireta federal. Segundo dados divulgados pela Secretaria de Comunicação (Secom), em 2012, 62% (sessenta e dois por cento) das verbas foram alocadas para empresas de mídia televisiva. Desse percentual, 43% para a Globo Comunicação e Participações S.A.. Meios de comunicação como a Internet possuem um crescimento de investimentos programados de cerca de 580% desde 2002, perfazendo um investimento de 5,32% do total dos valores programados para execução de despesas, estimados em R\$ 1.797.000.000,00 (BRASIL, 2012a).

De acordo com Roberto Bocorny Messias, secretário-executivo da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, os esforços

têm sido realizados no sentido de desenvolvimento de uma política de gestão na contratação de mídia, através de uma prática baseada em critérios técnicos de distribuição de recursos com a desconcentração e regionalização de suas ações de comunicação (MESSIAS, 2013). Entretanto, apesar desse posicionamento de desconcentração e regionalização das ações de comunicação, os dados apresentados refletem uma grande concentração de recursos publicitários em empresas de mídia televisiva. Isso porque, dos R\$ 1,126 bilhão programados para investimento em televisão, R\$ 495,2 milhões foram destinados à Rede Globo e R\$ 174 milhões, à Rede Record (MESSIAS, 2013).

A concentração de investimentos publicitários reflete uma maior destinação de recursos públicos a um grupo limitado de empresas midiáticas televisivas. Esses investimentos demonstram o poder político desfrutado por essas corporações e também lhes conferem poder econômico e o próprio poder de seleção das informações a serem divulgadas à população. Essa é uma postura que se apresenta contrária aos ideais democráticos de pluralidade de opiniões e ideologias, restringindo a liberdade de informação da população.

Permite-se que um grupo pequeno de empresas e seus administradores sejam capazes de determinar, por exemplo, a agenda de assuntos na pauta de discussões, restringindo o foco sobre aspectos que interessem a essas elites. Elites essas que, desrespeitando previsão constitucional (artigo 54, II, *a*, Constituição Federal de 1988³), acumulam cargos políticos e a propriedade e/ou direção de empresas concessio-

nárias de serviço público de comunicação. Em pesquisa realizada por Cruz e Wiziack (2011), 56 dos 594 congressistas brasileiros são sócios ou possuem parentes em posição de comando em empresas midiáticas.

Com isso, utilizam-se dos meios de comunicação para melhor determinar os assuntos que serão pautados e discutidos. Como afirma Santos (1998 apud Guareschi 2007, p. 16) “[...] quem tem poder para difundir notícias, tem poder para manter segredos e difundir silêncios. Tem poder para decidir se o seu interesse é mais bem servido por notícias ou por silêncio”.

Há, ainda, no âmbito da radiodifusão brasileira, uma concentração de poder que toma forma por meio de oligopólios que buscam exercer a dominação sobre as massas, as quais podem contentar-se com os produtos culturais que lhes são apresentados (KOFF, 2003, p. 37). Quando se observa um posicionamento reacionário, em forma de um movimento contra-hegemônico, ocorre a subversão da lógica de um público tão somente consumidor dos produtos midiáticos, capaz de propor novos comportamentos e mudanças, diante de um “ideal comunitário” (NUSSBAUMER, 2000, p. 67).

Essas informações demonstram a existência de contradições no que se refere às comunicações no Brasil. Isso porque há, de um lado, a regulamentação das comunicações e, no entanto, a propriedade dessas por uma pequena parcela da população, a qual tem o poder de restrição das publicações e difusão das informações. Por outro lado, há um novo meio de comunicação altamente interativo (Internet), que permite a horizontalidade das relações, sendo possível a qualquer pessoa a leitura, inserção e divulgação de informações e dados, porém sem a devida regulamentação.

Com o desenvolvimento da sociedade e o aprimoramento das técnicas, os meios de comunicação cresceram em número e em qualidade.

³“Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: I – desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes” (BRASIL, 1988).

De fato, atualmente, não há mais apenas jornais, rádio e televisão, ou seja, informação veiculada de forma impressa ou por meios audiovisuais. Há veiculação de informações com os recursos disponibilizados pelos meios cibernéticos.

A cibernética, especialmente no que concerne à Internet, tem atuado como um meio de comunicação de fácil acesso a todos⁴ que, pelas suas peculiaridades, pode alterar essa lógica de dominação e concentração das comunicações e estimular a liberdade de expressão ou comunicação. Essas considerações são reforçadas pelos últimos estudos realizados sobre o cenário digital no país. De acordo com a Pesquisa sobre o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no Brasil, promovida pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, TIC Provedores (PESQUISA..., 2012, p. 31), observa-se que de 2005 a 2010, o número de usuários de Internet no Brasil cresceu de 24% para 45% da população. No *market share* dos provedores da Internet, identificaram-se seis grandes provedores de acesso (com mais de 900 mil clientes), os quais correspondem a 78% do mercado de serviço prestado (PESQUISA..., 2012, p. 28).

Esse crescente índice de acesso à Rede no país denota a importância e a necessidade de existência de espaços em que possa ocorrer

⁴De acordo com a pesquisa do Comitê Gestor da Internet no Brasil, dentre a população com 10 anos ou mais, 55% não são usuários de Internet, estando 55% localizados na área urbana e 82% na área rural. Por isso, no *ranking* internacional da União Internacional de Telecomunicações (UIT) sobre o uso da Internet, o Brasil ocupa a 81ª colocação na comparação com mais de 200 países das Nações Unidas (PESQUISA..., 2012, p. 177). O grande problema que se coloca à frente do Brasil, no tocante à posse e ao uso das NTICs, reside nas severas desigualdades sociais em relação à distribuição do acesso à Internet e ao uso do computador, mostrando-se imperioso que as desigualdades entre as regiões sejam reduzidas: “Portanto, um dos desafios centrais para a inserção efetiva na sociedade da informação e do conhecimento é levar a infraestrutura tecnológica às regiões mais distantes e economicamente desfavorecidas para que, independente do município ou renda familiar, qualquer cidadão tenha acesso à Internet com qualidade e preços competitivos” (PESQUISA..., 2012, p. 178).

um verdadeiro debate público, sem o direcionamento de opiniões por interesses políticos e econômicos. O baixo custo, o fácil acesso, a transposição de barreiras temporais e territoriais, a simplicidade de uso e a possibilidade de manifestação de forma unilateral, multidirecional e sem filtros (em regra) demonstram um potencial altamente democrático da Internet, que tende a reforçar o debate sobre o controle e a propriedade dos meios de comunicação no país.

Diante de tais características, a Internet tem o condão de favorecer a criação e o desenvolvimento de projetos coletivos ou individuais, apresentação de ideias, bem como a mobilização de outros indivíduos para determinada causa ou matéria específica. Tudo isso está relacionado às mais variadas temáticas, desde que do interesse dos internautas, os quais têm a liberdade de circular pelos mais diversos *sites*, *blogs*, redes sociais *online*, entre outros espaços.

É claro que, embora a Internet favoreça um ambiente democrático e que possa conciliar diversas opiniões, não se propõe o fim dos meios de comunicações tradicionais. Conforme Gustavo Cardoso, há a possibilidade de coexistência dos mais variados formatos de publicações, sendo que o jornalismo “[...] continua a ser uma profissão presente nas nossas sociedades e a maior parte da informação noticiosa (sic) que hoje usufruímos continua a vir das relações jornalísticas” (CARDOSO, 2007, p. 188).

Há também muita discussão em torno da excessiva quantidade de informações disponíveis (um “superinformacionismo”) aos internautas que, de forma desorganizada, pode acabar não construindo um espaço de maior participação e debate, mas um local em que o indivíduo, atordoado em meio a tantas fontes e dados, nem sempre sabe selecionar informação com credibilidade e, por conseguinte, não sabe se pode confiar naquilo que está publicado.

Essa grande gama de dados e informações também revela a necessidade de reflexão sobre a confiabilidade do que é publicado na Rede. De fato, em muitos casos, diante das facilidades de acesso e de postagem, há a publicação de informações inverídicas. Assim, as informações disponíveis na Rede devem passar por um filtro prévio – nem que seja do próprio usuário. Essa é outra razão para que a utilização da Internet ocorra de forma complementar aos meios de comunicação tradicionais, principalmente porque a sociedade ainda não está preparada para a participação total e igualitária na Rede, em razão de o acesso ainda não ser universal no Brasil, bem como pela necessidade de educação digital.

Todavia, apesar desses aspectos, não se pode negar que a emergência e utilização da Internet trazem à tona a necessidade de que também os aspectos legislativos possam influenciar, de forma inovadora, em um maior desenvolvimento da liberdade de expressão da população e, conseqüentemente, maior descentralização dos meios de comunicação, a exemplo da *Ley de Medios*, promulgada pelo Congresso da Argentina, em 2009. Inicia-se, entretanto, com a análise da legislação brasileira atinente à regulamentação dos meios de comunicação existentes no Brasil, destacando-se aspectos que podem ser alterados com a finalidade de promover maior inserção social.

3. A legislação existente no Brasil para a regulamentação das comunicações

Frente ao contexto informacional em que a sociedade atual está inserida e diante das possibilidades proporcionadas pela Internet, percebe-se um avanço na utilização das novas tecnologias e o conseqüente desenvolvimento do ciberativismo, em que os movimentos sociais ganham, cada vez mais, espaços de manifestação. Isso evidencia a concretização do direito fundamental à liberdade de expressão, contido no artigo 5º, inciso IX, e no artigo 220, §1º (BRASIL, 1988), da CRFB.

A consagração da liberdade de expressão como um direito fundamental dos cidadãos demonstra sua importância para os regimes democráticos. Assim, se, de acordo com Comparato (2001), os direitos à informação e à liberdade de expressão exercem-se por meio dos veículos de comunicação, é necessária a devida regulamentação desses mecanismos, com o fim último de que sejam respeitados os direitos fundamentais dos cidadãos, mediante uma crescente democratização.

Ao contrário da realidade de outros países – a exemplo da legislação argentina, que será analisada abaixo –, no Brasil não existe uma legislação unificada capaz de regular a prestação de serviços referentes à televisão, rádio, jornais e Internet. Por possuir uma estrutura jurídica singular, os

diferentes meios de comunicação são regulados por legislações distintas. Em certos casos, por terem sido elaboradas e promulgadas em períodos ditatoriais, essas regras não se adequam às aspirações democráticas. De fato, a construção de algumas leis em determinados períodos de repressão acarretou, inclusive, a declaração de inconstitucionalidade de algumas delas.

As legislações infraconstitucionais regulamentadoras das atividades dos meios de comunicação, assim como de todas as outras leis, devem ser interpretadas sob a ótica da atual Constituição Federal de 1988, com respeito aos direitos e deveres constitucionalmente previstos. No pertinente às telecomunicações, até o ano de 1988, a atividade de radiodifusão era regulada pela Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) e pelo Código Brasileiro de Telecomunicações - CBT (Lei nº 4.117/62). No ano de 1997, promulgou-se a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), a qual passou a regular os serviços de radiodifusão⁵ e revogou alguns artigos do CBT.

Ocorre que a Lei de Imprensa, promulgada em 1967, sob a égide de um período ditatorial, destoava dos ditames da Constituição de 1988, de modo que se tornou necessária uma análise acerca do cabimento de sua recepção pela atual ordem democrática brasileira. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 130, julgou, em 2009, por sete votos a quatro, a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) (BRASIL, 1999). Com a exclusão dessa lei do ordenamento jurídico brasileiro, geraram-se algumas lacunas legislativas, a exemplo do direito de resposta, previsto no artigo 5º, V, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o qual resta sem uma regulamentação

⁵ Conforme definição do Ministério das Comunicações, “radiodifusão é o serviço de telecomunicações que permite a transmissão de sons (radiodifusão sonora) ou a transmissão de sons e imagens (televisão), destinados ao recebimento direto e livre pelo público” (BRASIL, s.d.).

clara acerca da forma de seu exercício⁶. Resta, assim, ao Poder Judiciário definir, em ações individuais, como se deve dar o exercício desse direito (BRASIL, 2009).

Em relação aos aspectos civil e penal referentes a eventuais danos causados ao usuário, tanto os meios de comunicação como os jornalistas mantêm o dever de responsabilização. O direito do usuário à indenização por danos causados em decorrência de publicações nos meios de comunicações está configurado no artigo 3º, XII, da Lei Geral de Telecomunicações (LGT - Lei nº 9.472/97), ao prever que “o usuário de serviços de telecomunicações tem direito: XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos” (BRASIL, 1997). Dessa forma, as indenizações por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais são reguladas pelas regras do Código Civil de 2002, podendo-se responsabilizar tanto o jornalista quanto a empresa de comunicação, de forma solidária⁷. Já quanto aos delitos contra a honra, a responsabilização criminal é restrita ao jornalista⁸.

Quanto às especificidades da regulamentação dos serviços de rádio e televisão, analisando-se o artigo 83 da LGT (BRASIL, 1962) c/c artigo 33, §§ 3º e 4º do CBT (BRASIL, 1997), observa-se que o serviço de radiodifusão, quando prestado em regime público, dependerá de outorga a ser concedida por dez anos para rádio e quinze anos para televisão, sendo

⁶ Em sentido contrário, ver o voto do ministro Celso de Mello, na ADPF 130, cujo entendimento é de que “torna-se desnecessária a intervenção concretizadora do legislador comum” (BRASIL, 2009a, p. 186).

⁷ Ver julgamento de Apelação Cível nº 0101491-95.2010.8.26.0100, do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator(a): Salles Rossi, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 06/02/2013 (SÃO PAULO, 2013b).

⁸ Nesse sentido, a Apelação nº 0006881-47.2011.8.26.0506, do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator(a): Almeida Sampaio, Comarca: Ribeirão Preto, Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal, Data do julgamento: 09/09/2013 (SÃO PAULO, 2013b).

renovável por número ilimitado de vezes. Essa medida coloca em xeque a necessidade de maior transparência nas outorgas realizadas, bem como inviabiliza a pluralidade e renovação das empresas licitantes prestadoras desse serviço.

No caso da exploração de serviços de radio-difusão sonora (rádio), conforme o Decreto nº 7.670/2012, que altera o Decreto nº 52.795/63, a outorga dá-se por meio de ato do Ministro das Comunicações (BRASIL, 2012b). Já em relação à exploração dos serviços de radiodifusão de sons e imagens (televisão), a outorga compete ao Presidente da República (artigo 6º, §§1º e 2º) (BRASIL, 2012b). Ainda, de acordo com artigo 86 da LGT, verifica-se que somente empresas com sede e administração no país podem explorar os serviços de telecomunicações, mediante contrato por prazo determinado (BRASIL, 1997).

Não há previsões de cotas de programação regional e/ou independente a serem obedecidas, sendo a publicidade limitada a 25% (vinte e cinco por cento) da programação (artigo 124, Lei nº 4.117/62) (BRASIL, 1962). Não há limites de cobertura, nem de audiência, conforme afirma Lins (2009), o que também demonstra a ausência de legislação inibidora à concentração das empresas fornecedoras dos serviços de comunicação.

Ao analisar-se a prestação dos serviços de Internet no Brasil, por meio da nota conjunta divulgada pelo Ministério das Comunicações e Ministério da Ciência e Tecnologia, observa-se a diferenciação de regulamentação (BRASIL, 1995). A Internet, no Brasil, desenvolve-se por meio de provedores privados de serviços, organizando-se por redes interligadas, na forma de *backbones*. Estes servem para as atividades dos provedores de acesso, fornecedores de serviços que permitem o acesso dos cidadãos à Internet (BRASIL, 1995). Assim, conforme a LGT, por ser um serviço de valor adicionado,

o acesso à Internet não pode ser prestado por concessionárias do Sistema Telefônico Fixo Comutado, sendo desnecessária, portanto, a concessão de outorga para o funcionamento dos provedores de acesso (BRASIL, 1997). Apenas para a criação de provedores de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) é necessário obter autorização⁹.

Após um intenso processo de discussões legislativas, recentemente, obteve-se a aprovação do Marco Civil da Internet, por meio da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (BRASIL, 2014b), que busca regular o uso da Internet no país, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres. No artigo 2º da lei aprovada, resta clara a preocupação da legislação em discussão acerca da liberdade de expressão, considerada elemento fundamental para o uso da Internet. Por essa razão, a legislação preconiza ser a liberdade de expressão um dos princípios a serem observados no âmbito da Internet, conforme previsto no artigo 3º, I da referida lei (BRASIL, 2014).

Em relação à indenização por dano material ou moral, verifica-se uma diferença bastante acentuada em relação à previsão da LGT. No Marco Civil da Internet, em seu artigo 19, o provedor de conexão à Internet não pode ser responsabilizado por danos de conteúdo divulgado por terceiros. Sua responsabilização somente ocorrerá se, após ordem judicial específica, não for indisponibilizado o conteúdo violador do direito de terceiros (BRASIL, 2014).

Apesar de essa medida buscar assegurar a liberdade de expressão dos usuários e reduzir a responsabilidade dos provedores, observa-se a disparidade no tratamento acerca dos direitos

⁹O Serviço de Comunicação Multimídia – SCM deve ser explorado nas condições previstas no Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013, e o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1998.

dos usuários entre as legislações que regulam os meios de radiodifusão e a Internet. Isso acaba gerando maior cerceamento da liberdade de atuação do jornalista, visto que as indenizações cíveis são de responsabilidade solidária entre a empresa de telecomunicação e o profissional. Prevalece um caráter verticalizado e hierarquizado na transmissão da informação.

No caso da Internet, em se tratando de *sites* jornalísticos, também subsiste a responsabilidade solidária entre a empresa e o jornalista. Entretanto, há um diferencial em relação à indenização para danos sofridos pelo usuário provocados por terceiros em *sites* não jornalísticos como, por exemplo, em *sites* de relacionamento. Nesse caso, havendo danos morais causados a usuários, conforme a previsão do Marco Civil da Internet, as empresas que hospedam a informação não são responsabilizadas pelo conteúdo, desde que atendam às decisões judiciais claras e determinadas no sentido de não disponibilizar eventuais conteúdos que violem o direito de usuários (BRASIL, 2014).

Essa maior liberdade para expressão de ideias, em um processo de horizontalização, maior interatividade e velocidade na propagação da informação por meio da Internet, faz com que a adesão à Rede seja cada vez maior¹⁰. As participações dos cidadãos na criação de *blogs*, *sites* de entidades não governamentais e manifestações em redes sociais *online* como *Twitter* e *Facebook*, fazem com que a organização por meio do ciberativismo ganhe força, promovendo um fortalecimento da liberdade de expressão, conforme visto acima.

Por essa razão, torna-se importante verificar as alternativas adotadas por outros países, como forma de identificação de outras possibilidades de regulamentação, especialmente em razão de a temática de regulação da Internet ainda estar em discussão no país, não havendo, até o presente momento, consenso.

Assim, a título exemplificativo, na Argentina foi promulgada a *Ley de Medios* (Lei nº 26.522/09), em 10 de outubro de 2009, que regula os serviços de comunicação audiovisual no país¹¹. Apontada por Frank La

¹⁰ Ver Howe (2006, tradução nossa) para o qual a adoção das novas tecnologias desenvolve-se de três distintas formas: compreensão da informação como matéria-prima da mudança econômica e política atual; dependência de fatores sociais e educacionais na determinação da geração dos efeitos das novas tecnologias; *crowdsourcing* que permita à população um papel de produção e não somente de consumo da informação, influenciando gestões de informação e formação de valores simbólicos.

¹¹ “Após uma batalha judicial de quatro anos, a Corte Suprema da Justiça argentina declarou constitucional a Lei de Mídia, o que obrigou o Grupo Clarín a se desfazer da maior parte de seus ativos. A corte determinou que são constitucionais os Artigos 41, 45, 48 e 161 da Lei de Mídia, que eram contestados pelo Clarín. Os artigos limitam as empresas a apenas 24 licenças de TV a cabo, impedem que uma companhia de mídia tenha de forma simultânea um canal de TV a cabo e outro de TV aberta e estipula que a transferência de licenças de um empresário para outro deve passar pelo crivo estatal. Além disso, a corte considera que a lei já está em vigência total. Dessa forma, acabou o prazo para a venda dos

Rue, relator especial das Nações Unidas para a Liberdade de Opinião e de Expressão, como uma legislação avançada e modelo para todo o continente, a *Ley de Medios* destaca-se por promover a liberdade de expressão e o pluralismo dos meios de comunicação e de ideias (PEIXOTO, 2012).

Em estudo desenvolvido por Lins (2009), demonstra-se que a nova lei argentina sobre os meios audiovisuais regula a outorga de licenças de operação, o monitoramento da qualidade do serviço prestado e o atendimento de critérios de pluralismo, ética, divulgação de informações de interesse público e de produção local. O processo de concessão de licenças possui limite de dez anos, admitindo-se somente uma renovação. Após, abre-se novo processo licitatório, sendo a escolha realizada com base em critérios pré-definidos no edital de seleção (LINS, 2009).

Além disso, são estabelecidos limites aos números de outorgas em âmbito nacional e local, conforme previsão do artigo 45 da referida lei argentina (ARGENTINA, 2009). Tal medida busca evitar a formação de oligopólios da comunicação no país, permitindo uma maior diversidade de empresas prestadoras de serviço, ao limitar a 35% da população do país o total de licenças detidas por um mesmo outorgado. Em relação à veiculação de publicidade, o limite é de 12 minutos/hora de propagandas na televisão aberta (para outros canais são determinados outros limites) e sua produção deve ser integralmente realizada em território argentino. Há limites à publicidade voltada às crianças, bem como ao tabaco, álcool, medicamentos e jogos de azar, conforme artigo 81 (ARGENTINA, 2009).

A lei argentina destaca-se por três aspectos principais: constitui-se em marco legal que independe da tecnologia ou natureza de serviço de comunicação audiovisual; simplifica os procedimentos administrativos e a regulação dos serviços; limita a concentração do mercado e promove o pluralismo (LINS, 2009).

Esses destaques demonstram que ainda há o que se mudar em termos legislativos no que se refere à promoção da liberdade de expressão no Brasil, modernizando-se os dispositivos infraconstitucionais e permitindo uma maior eficácia em âmbito social. Por essa razão, na seção seguinte objetiva-se apresentar exemplos práticos por meio dos quais se busca ampliação do direito à liberdade de expressão e almeja-se maior descen-

canais de TV considerados “excedentes”. Com a decisão da Justiça, o Grupo Clarín terá de vender vários de seus canais de TV e estações de rádio imediatamente. O Grupo Clarín emitiu um comunicado no qual afirma que acata a decisão da Justiça, mas não descarta a possibilidade de recorrer a tribunais internacionais. Segundo o Clarín, a decisão “violenta direitos adquiridos, tal como reconheceram três membros da corte”, em referência à suspensão drástica das licenças que o grupo tem. O grupo também destaca que proibir meios de comunicação que não usam o espectro radioelétrico (no caso dos canais de TV a cabo), “equivale a proibir um jornal ou um *site* de internet, fato que implica censura prévia para a Constituição e tratados internacionais” (PALACIOS, 2013). Para maiores informações <<http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.277923001383056698.pdf>>.

tralização dos meios de comunicação no Brasil. Isso ocorre, em grande medida, através do cibervivismo de movimentos sociais (na Internet).

4. Movimentos sociais e a democratização dos meios de comunicação

O direito à informação está expressamente garantido pela Constituição Brasileira de 1988 e pode ser considerado “a base da vida” e “das relações humanas e sociais” (GONÇALVES, 2003, p. 17). Isso porque somente com o acesso ao conhecimento dos fatos é possível a construção de uma sociedade participativa e democrática, com cidadãos conscientes de si e do contexto no qual se inserem.

Todavia, no Brasil, vive-se em um estado de “monopólio da informação”, facilitado pelos meios tradicionais de comunicação que possuem os aparatos de alto valor econômico e verdadeiros impérios direcionados apenas à construção e transmissão de fatos e notícias. Jornais impressos, rádios e a televisão são exemplos de empresas que requerem um alto investimento para sua manutenção. Por outro lado, as novas mídias, aqui entendidas principalmente pela Internet, em geral não requerem esse elemento econômico, podendo existir apenas com o acesso a um computador e à Rede.

Por esse motivo, apesar de as mídias tradicionais já consolidadas também se utilizarem das novas possibilidades da Internet para aumentarem seu alcance, outros movimentos ganharam maior visibilidade utilizando-se da rede para propagar seus manifestos. Nesse sentido, “[...] a internet tem sido o grande meio/veículo articulador de ações coletivas e movimentos sociais. Possibilitou a criação de redes virtuais que viabilizam conexões de grupos que nunca se encontraram fisicamente de fato” (GOHN, 2013, p. 150). Dentre tais movimentos

encontram-se justamente aqueles que primam pela democratização dos meios de comunicação no Brasil, sendo que as “[...] camadas mais intelectualizadas também têm participado, mas é no meio popular que existem inúmeras iniciativas de movimentos” (GOHN, 2013, p. 149).

Entre os movimentos e manifestações pela democratização das telecomunicações no país, dois em especial, de diferentes naturezas, merecem destaque: o Centro de Estudos da Mídia Alternativa Barão de Itararé e o Observatório do Direito à Comunicação. Esses exemplos de “luta” em prol de maior abertura das telecomunicações também estão em sintonia com a campanha “Para expressar a liberdade”, de iniciativa popular e com o apoio de entidades civis, que visa a promulgação da “Lei da Mídia Democrática”. Eleitos esses três objetos como indicadores da possibilidade de mobilização *online* pela democratização dos meios de comunicação do Brasil, serão analisados a seguir.

O Centro de Estudos da Mídia Alternativa Barão de Itararé (CEMABI) constitui-se em uma associação civil, pessoa jurídica de direito privado, criada no dia 14 de maio do ano de 2010. Sua denominação, “Barão de Itararé”, homenageia o jornalista gaúcho Apparício Torelli, falecido em 1971, que durante muitos anos criticou a ditadura brasileira, ironizou as elites e criou jargões utilizados até hoje, sempre com humor e sarcasmo¹² (CEMABI, 2012b).

Em seu *site*, a entidade disponibiliza seu estatuto de constituição, que se encontra dividido

¹² O Barão de Itararé criou inúmeras frases irônicas que até hoje são utilizadas, mesmo que algumas tenham perdido o sentido inicial. Por exemplo, depois de tomar muitas “surras” da polícia secreta do Estado Novo, pregou na porta de seu escritório a placa “Entre sem bater”. Entre outras célebres frases humorísticas, cunhou: “Não é triste mudar de ideias, triste é não ter ideias para mudar”; “Mais leite, mais água e menos água no leite”; “Devo tanto que, se chamar alguém de meu bem, o banco toma”; “Nunca desista do seu sonho, se acabou em uma padaria, procure em outra” (CEMABI, 2012b).

em dez capítulos. Esses apresentam a regulação dos objetivos, das finalidades, da possibilidade de associação e dos direitos e deveres dos sócios, da estrutura organizacional, das prestações de contas, etc. É importante ressaltar que a associação possui uma sede física na cidade de São Paulo, na qual ocorrem as reuniões de assembleia e demais órgãos, como, por exemplo, o Conselho Fiscal e o Conselho Consultivo (CEMABI, 2012a).

De acordo com esse documento constitutivo, o CEMABI possui vinte e três objetivos, dos quais se destaca, além da busca pela democratização da comunicação no Brasil, tornar-se um espaço que reúna informações que contribuam para uma “visão avançada sobre a comunicação na sociedade, através do estudo do setor no Brasil e em outros países, da elaboração de políticas públicas e do registro do processo histórico de constituição do sistema de comunicação” (CEMABI, 2012a). Ainda, a entidade se propõe a realizar eventos e atividades abertas à população com fins a expandir a discussão do tema (o que inclui a inserção de universidades), lutar efetivamente por mudanças na regulação da mídia brasileira (inclusive propondo modificações legislativas) e capacitar movimentos sociais para o processo de comunicação autônoma, entre outras.

A principal forma visível de atuação da entidade é a manutenção de sua página na Internet, na qual estão concentrados os endereços de diversos *blogs* de ativistas, jornalistas e movimentos ou cidadãos engajados na causa de uma mídia livre. A denominada “Rede de Blogs” aponta para opiniões e visões distintas das apresentadas pela grande mídia, que, como referido, muitas vezes tem motivos e interesses para filtrar informações. Assim, alguns fatos presenciados ou vivenciados por pessoas comuns e sem grandes possibilidades de comunicá-los ao grande público ganham

uma maior visualização, o que pode permitir o acesso à “informação verdadeira” ou, ao menos, a posicionamentos contrários dos amplamente divulgados (CARVALHO, 2003, p. 91).

Além dessa divulgação, uma recente campanha do CEMABI, em parceria com a Organização Não Governamental Artigo 19¹³, denominada “Mapa de Violência contra a Blogosfera”, vem coletando denúncias acerca de violações à liberdade de expressão de blogueiros no Brasil. De acordo com a campanha, “[...] muitos blogueiros e ativistas digitais têm sofrido perseguições, violências e processos judiciais” (MAPA, 2013) devido ao fato de expressarem-se e contrariarem interesses da “velha mídia”. O intuito da campanha é colher todas as informações possíveis sobre casos específicos e encaminhá-los a organismos nacionais e internacionais de direitos humanos, uma vez que a verdadeira liberdade de expressão, nos moldes dos objetivos de democratização da comunicação do CEMABI, não pode ser suprimida (MAPA, 2013).

Cabe ressaltar que, para a associação no Centro de Estudos da Mídia Alternativa Barão do Itararé, é necessária a quitação de uma contribuição, que pode ser paga mensal, semestral ou anualmente. Os valores variam se o sócio for contribuinte individual (trezentos reais anuais), sindicatos ou movimentos sociais (um mil reais anuais) ou Centrais e Confederações (três mil reais anuais), sendo necessário indicar se existe a permissão para divulgar o associado como

¹³ A ONG Artigo 19 advoga e faz campanha pela implementação de padrões internacionalmente reconhecidos acerca da liberdade de expressão e informação, por meio de monitoramento e pesquisa, desenvolvimento jurídico, litígio e formação. Além disso, elabora e promove legislações e políticas, responde a requisições de ativistas, presta assistência aos meios de comunicação, defende vítimas, analisa os abusos e demanda a prestação de contas e a transparência dos governos, entre outros. No Brasil, atua desde 2005 especificamente na área do acesso à informação (ARTICLE 19, s.d.).

“Amigo do Barão” (CEMABI, 2013). Apesar de não estar expresso no Estatuto ou em qualquer ambiente do *site*, entende-se que somente serão vinculadas à Rede de *Blogs* aquelas páginas que pertençam aos associados com suas obrigações quitadas.

O Observatório de Direito à Comunicação, por sua vez, não se constitui em uma organização formalizada como o CEMABI, sendo apenas um “[...] portal que produz informação e estimula o debate sobre a comunicação no Brasil” (OBC, s.d.). É realizado pelo Intervozes – Coletivo Brasil de Comunicação Social, organização voltada à efetivação do direito humano à comunicação no Brasil (INTERVOZES, s.d.). Existe há aproximadamente seis anos (OBC, 2007).

Os objetivos principais desse projeto versam sobre a criação de um espaço no qual ocorra o acompanhamento e a reflexão sobre o campo da comunicação. Para garantir o direito humano de comunicar, o *site* “[...] reúne, organiza e disponibiliza referências sobre o tema, e acompanha a conjuntura do setor, apresentando diariamente novos fatos, versões e análises críticas para o leitor” (OBC, 2007).

Dentre os conteúdos produzidos, encontram-se matérias, análises sobre casos, dossiês e estudos sobre oito temas principais: comunicação popular e comunitária, comunicação pública, concessões e propriedade, conteúdo e programação, convergência e digitalização, Internet e inclusão digital, liberdade de expressão e exercício profissional e políticas culturais. Para cada um desses pontos, existe uma relação de notícias pertinentes, o que permite, além de uma atualização acerca da temática, uma visão geral sobre a evolução ou modificação na área (OBC, s.d.).

O portal disponibiliza uma biblioteca virtual, totalmente gratuita, na qual se encontram atas de discussões de congressos e eventos, teses

e dissertações, artigos acadêmicos, legislações, pesquisas e outros, além de áudios e vídeos acerca de questões sobre a telecomunicação brasileira. A principal atribuição do *site* é fornecer aos interessados todas as ferramentas e “munições” necessárias para atuar em defesa da democratização das comunicações, atuando como um centro *online* de informações para ativistas e movimentos afins.

Por fim, o último objeto de análise dos movimentos para a abertura e reformulação das questões sobre o direito à livre comunicação, com foco nas mídias brasileiras, é o projeto de modificação do Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT). Capitaneado por diversas entidades, inclusive o Centro de Estudos da Mídia Alternativa Barão do Itararé e o Intervozes, organizador do portal do Observatório de Direito à Comunicação (INTERVOZES, s.d.), a possibilidade de modificação dessa lei vem sendo amplamente divulgada pela campanha “Para Expressar a Liberdade – Uma nova lei para um novo tempo”.

Iniciada no dia 27 de agosto de 2012, data do aniversário de cinquenta anos do CBT, a campanha visa modificar o contexto de concentração e ausência de pluralidade e diversidade na comunicação brasileira. De acordo com o texto de apresentação desse movimento:

“Todas as democracias consolidadas (EUA, França, Portugal, Alemanha, entre outras) têm mecanismos democráticos de regulamentação dos meios de comunicação. Em nenhum desses países, ela é considerada impedimento à liberdade de expressão. Ao contrário, é sua garantia” (PARA EXPRESAR A LIBERDADE, 2012b).

A campanha aduz que o Brasil encontra-se em visível estagnação, porque suas regras de comunicação permanecem reguladas por uma lei dos anos sessenta, período de plena ditadura.

Ainda, aponta-se que, apesar de algumas modificações realizadas, os principais artigos e determinações da lei que favorecem as grandes e velhas mídias, rádio e televisão, permanecem em vigor (PARA EXPRESSAR A LIBERDADE, 2012a).

Os principais meios de divulgação da campanha ocorrem de forma *online*, em seu *site* e sua página no *Facebook*. Entretanto, a petição do Projeto de Lei de Iniciativa Popular ocorre no meio físico, existindo pontos de coleta em cinco estados da federação (Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro, São Paulo e Sergipe), além do Distrito Federal (PARA EXPRESSAR A LIBERDADE, 2013a).

Atualmente, de acordo com as notícias mantidas pelo *site* da Campanha (atualizadas frequentemente), o projeto conta com mais de cinquenta mil assinaturas (LIMA, R., 2013b) e, no dia doze de novembro de 2013, foi discutido na Câmara dos Deputados. Apesar de convidados para participar da audiência, os representantes da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert), da Associação Nacional de Editores de Revistas (Aner) e da Associação Nacional de Jornais (ANJ) não compareceram e não justificaram sua ausência (LIMA, R., 2013a).

Da breve apresentação de alguns movimentos que buscam a democratização da comunicação no Brasil, com o objetivo principal de garantir a liberdade de expressão e a possibilidade de divulgação de posicionamentos contrários às mídias mais poderosas, percebe-se que o “ideal democrático” é muito mais amplo do que normalmente se toma consciência. Devido à eleição dos três objetos de análise, deixaram-se de lado outros tantos movimentos¹⁴ e entidades que possuem o mesmo objetivo, ou seja, a abertura das telecomunicações no país. Entretanto, o número de organizações e até campanhas, como a referida acima, está crescendo, assim como a temática também ganha expressividade.

A possibilidade desse “desafio às grandes mídias” teve uma valiosa evolução quando se agregou à Internet como meio de divulgação e ambiente de participação e discussão popular. De todas as informações coletadas necessárias para o entendimento da causa, absolutamente todas se encontravam na Rede, bem como possuíam a opção de ser

¹⁴ A existência das chamadas rádios comunitárias confirma a existência de outros movimentos, *off-line*, que também objetivam a democratização e descentralização dos meios de comunicação. De acordo com o Ministério das Comunicações, rádio comunitária engloba a “[...] radiodifusão de sons, em frequência modulada (FM), de baixa potência (25 Watts), que permite à comunidade ter um canal de comunicação inteiramente dedicado a ela, abrindo oportunidade para divulgação de suas ideias, manifestações culturais, tradições e hábitos sociais. As entidades detentoras de outorga para execução do serviço de radiodifusão comunitária devem ser abertas à participação de todos os residentes na área de cobertura da rádio, bem como a sua programação deve ser aberta à participação da sociedade. Uma rádio comunitária não pode ter fins lucrativos nem vínculos de qualquer tipo, como: partidos políticos, instituições religiosas, entre outros” (BRASIL, 2009b).

compartilhadas, não apenas por *sites* como em redes sociais, outra forma inovadora de angariar leitores e apoiadores das campanhas.

Se esse movimento tivesse sido realizado em décadas anteriores, quando a comunicação entre pessoas ocorria de forma mais restrita, por certo a dificuldade de expansão e a probabilidade de um boicote pelas mídias tradicionais o transformariam em uma tentativa frustrada de mudança. Hoje, entretanto, com a evolução dos meios de comunicação e a impossibilidade de retenção de informações e de contato entre pessoas, que pode se dar de muitos para muitos, é possível questionar que tipo de redes de comunicação existe no Brasil e a que interesses responde. É plausível, ainda, chegar-se à informação verdadeira, sem que com isso alguém necessariamente seja “punido” posteriormente.

Portanto, é imperioso ressaltar que a Internet não é a única responsável pelos movimentos que vêm ocorrendo no Brasil e no mundo. Certamente uma modificação na maneira de pensar do cidadão e na sua consciência sobre como se inserir em determinado contexto social, que necessita de mudanças, é fundamental. Entretanto, com uma nova ferramenta para acelerar esse processo, não serão necessárias tantas décadas para alcançar-se uma modificação benéfica na forma de exercer o direito à comunicação.

5. Conclusão

A temática da regulamentação dos meios de comunicação está diretamente relacionada aos direitos fundamentais de liberdade de expressão e comunicação, pois a verdadeira informação veiculada, além de empoderar os cidadãos, também permite o exercício desses direitos. Assim, de acordo com a forma como esses meios são regulamentados, os direitos postos como fundamentais na Constituição Brasileira

podem ser cerceados ou ampliados, o que pode ser verificado no caso do Brasil.

As leis e diretrizes infraconstitucionais brasileiras que regulamentam a comunicação social no país, como exposto, ao invés de garantirem os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, proporcionam uma concentração da publicização de informações a poucos detentores. Estes últimos se utilizam de sua condição para repassar e promover conteúdos de interesses muitas vezes próprios, ignorando os objetivos sociais e comunitários dos veículos de comunicação. Apesar de algumas modificações com o passar das décadas, no Brasil ainda é possível verificar o monopólio de grandes redes de televisão e jornais. Esse cenário assemelha-se ao período da repressão e da ditadura, em que apenas aqueles favorecidos pelo governo detinham o poder de informação.

Entretanto, no contexto atual, a Internet emerge como um meio de comunicação que, além das facilidades de baixo custo, uso e horizontalidade nas relações, permite a qualquer indivíduo manifestar-se e pesquisar assuntos de seu interesse, sem que haja a obrigatoria realização prévia de filtros por grandes empresas ou pelo governo. No espaço criado pela Internet, é o próprio cidadão que realiza a filtragem e seleção dos conteúdos que considerar importantes e úteis, além de também poder ser produtor dessa informação.

Ao possibilitar a construção de conteúdos, a Internet também abre espaço para que novas reivindicações, antes ignoradas pela velha mídia, possam surgir. É o caso de muitos movimentos sociais em prol da democratização e descentralização dos meios de comunicação, que já não podem ser “calados”, uma vez que a informação não é mais passível de censura ou bloqueio.

Dos movimentos analisados, a sua maioria ocorre *off-line*, por meio de grupos e organi-

zações que lutam pelo direito de comunicar-se sem a necessidade de autorização do governo ou das empresas que detêm as concessões de telecomunicação. No entanto, a Internet possibilitou que esses movimentos sejam visualizados e atinjam um número infinitamente maior de adeptos, motivo pelo qual fazem uso de *sites* e outras ferramentas *online* para a propagação de seus ideais.

Analizando os *sites* do Barão do Itararé, do Observatório do Direito à Comunicação e do Projeto de Lei Popular por uma Mídia Democrática, percebe-se que todas as informações necessárias para entender a causa e acessar fontes diferentes de notícias ou de relato dos fatos encontram-se disponíveis para qualquer internauta interessado, sem a necessidade de recursos financeiros de pesquisa ou busca. Nesse sentido, a Internet torna-se uma ferramenta indispensável para a manutenção desses movimentos, que, inconformados com o *status quo* no Brasil no pertinente às comunicações, reivindicam mudanças, que devem iniciar-se no âmbito legislativo, a exemplo do ocorrido no país vizinho, a Argentina.

Portanto, o que se vislumbra na situação da regulamentação da telecomunicação brasileira é um congelamento em tempos e contextos totalmente em desacordo com a atual realidade social. A possibilidade de oligopólios de informação não condiz com a rapidez por que ela é repassada entre as pessoas, principalmente em razão do advento da Internet. Por certo a luta pela democratização da comunicação perpassa inúmeros âmbitos, desde a própria conscientização dos cidadãos até um efetivo compromisso político com a democracia. Entretanto, com o auxílio das novas ferramentas de informação e comunicação, especialmente a Internet, a possibilidade de que uma nova regulamentação, em consonância com os ditames constitucionais, ocorra também no Brasil, pode não estar tão longe de se realizar.

Referências

ARGENTINA. *Ley de Medios*. Regulanse los Servicios de Comunicación Audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina. Promulgada em 10 out. 2009. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. G. 439. XLIX. *Recursos de Hecho*. DJ, 29 out. 2013. Disponível em: <<http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.277923001383056698.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2014.

ARTICLE 19. *O que fazemos*. [s.d.]. Disponível em: <<http://artigo19.org/?p=406>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

BRASIL. Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 dez. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14117.htm>. Acesso em: 2 dez. 2014.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 dez. 2014.

_____. *Nota conjunta*. Maio 1995. Disponível em: <<http://www.cgi.br/regulamentacao/notas.htm>>. Acesso em: 5 mai. 2014.

_____. Lei n 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm>. Acesso em: 2 dez. 2014.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução n. 73, de 25 de novembro de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 nov. 1998. Aprova o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/13-1998/34-resolucao-73>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJ, 30 abr. 2009a. *Diário da Justiça Eletrônico*, 6 nov. 2011. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 2 dez. 2014.

_____. Ministério das Comunicações. *Rádio comunitária*. 17 ago. 2009b. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/acoes-e-programas/radiodifusao-comunitaria>>. Acesso em: 5 mai. 2014.

_____. Secretaria de Comunicação. *Ação programada*. 2012a. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/sobre-a-secom/acoes-e-programas/midia/acoes-programadas>>. Acesso em: 6 mai. 2014.

_____. Decreto n. 7.670, de 16 de janeiro de 2012. Altera dispositivos do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963, e dos Decretos nº 88.066, de 26 de janeiro de 1983, e nº 5.820, de 29 de junho de 2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 2012b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7670.htm>. Acesso em: 6 mai. 2014.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013. *Diário Oficial da União*, 31 maio 2013.

_____. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 2 dez. 2014.

_____. Ministério das Comunicações. *Radiodifusão*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/radio-e-tv/acoes-e-programas/radiodifusao>>. Acesso em: 2 dez. 2014.

CARDOSO, Gustavo. *A mídia na sociedade em rede: filtros, vitrines, notícias*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CENTRO DE ESTUDOS DA MÍDIA ALTERNATIVA BARÃO DE ITARARÉ - CEMABI. *Estatuto do Centro de Estudos da Mídia Alternativa Barão de Itararé*. 8 set. 2012a. Disponível em: <http://www.baraodeitarare.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=29&Itemid=241>. Acesso em: 21 jan. 2015.

_____. *Quem foi o Barão*. 8 set. 2012b. Disponível em: <http://www.baraodeitarare.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24&Itemid=216>. Acesso em: 21 jan. 2015.

_____. *Seja amigo do Barão*. 9 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.baraodeitarare.org.br/index.php/2013-01-09-16-56-06>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. A democratização dos meios de comunicação em massa. *Revista da USP*, São Paulo, n. 48, p. 06-17, dez./fev. 2001.

CRUZ, Valdo; WIZIACK, Julio. Lista revela políticos donos de radio e TVs. *Observatório da imprensa*, 30 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/lista-revela-politicos-donos-de-radio-e-tvs>>. Acesso em: 2 dez. 2014.

GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo*. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

GUARESCHI, Pedrinho. Mídia e democracia: o quarto versus o quinto poder. *Revista Debates*, Porto Alegre, v.1, n.1, p.6-25, jul./dez. 2007.

HOWE, Jeff. The rise of crowdsourcing. *Wired*, june 2006. Disponível em: <<http://www.wired.com/wired/archive/14.06/crowds.html>>. Acesso em: 5 maio 2014.

INTERVOZES – Coletivo Brasil de Comunicação Social. *Quem somos*. [s.d.] Disponível em: <<http://intervozes.org.br/quem-somos/>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

KOFF, Rogerio Ferrer. *A cultura do espetáculo: sete estudos sobre mídia, ética e ideologia*. Santa Maria: UFSM, 2003.

LIMA, Venício. *Regulação das comunicações: história, poder e direitos*. São Paulo: Paulus, 2011.

LIMA, Raquel. Deputados debatem a democratização da comunicação e a Lei da mídia democrática. *Para expressar a liberdade*, 13 nov. 2013a. Disponível em: <<http://www.paraexpressaraliberdade.org.br/index.php/noticias/274-deputados-debatem-a-democratizacao-da-comunicacao-e-a-lei-da-midia-democratica>>. Acesso em: 5 mai. 2014.

_____. Campanha pela lei da mídia democrática cresce em todo o país. *Para expressar a liberdade*, 14 nov. 2013b. Disponível em: <<http://www.paraexpressaraliberdade.org.br/index.php/noticias/273-campanha-pela-lei-da-midia-democratica-cresce-em-todo-o-pais>>. Acesso em: 2 dez. 2014.

LINS, Bernardo Felipe Estellita. *Argentina: nova lei dos meios audiovisuais*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/4023>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

MAPA de violência contra a Blogosfera. *Article*, 16 jun. 2013. Disponível em: <<http://artigo19.org/?p=2916>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

MESSIAS, Roberto Bocorny. Transparência e a desconcentração na publicidade do governo federal. *Observatório de Imprensa*, 16 abr. 2013. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/transparencia_e_a_desconcentracao_na_publicidade_do_governo_federal>. Acesso em: 3 dez. 2014.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

NUSSBAUMER, Gisele Marchiori. *O mercado da cultura em tempos (pós) modernos*. Santa Maria: UFSM, 2000.

OBSERVATÓRIO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO – OBC. [s.d.]. Disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/content_static.php?option=com_content&task=view&id=12>. Acesso em: 21 jan. 2015.

OBSERVATÓRIO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO - OBC. *O observatório*. [São Paulo, fev. 2007]. Disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/content_static.php?option=com_content&task=view&id=12>. Acesso em: 5 mai. 2014.

PALACIOS, Ariel. Justiça argentina declara a constitucionalidade da Lei de Mídia. *Estadão*, 29 out. 2013. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=253796>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

PARA EXPRESSAR A LIBERDADE. *Por uma nova lei de comunicação*. 26 ago. 2012a. Disponível em: <<http://www.paraexpressarliberdade.org.br/index.php/quem-somos/documentos/60-por-uma-nova-lei-de-comunicacao>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

PARA EXPRESSAR A LIBERDADE. *Apresentação*. 27 ago. 2012b. Disponível em: <<http://www.paraexpressarliberdade.org.br/index.php/quem-somos/apresentacao>>. Acesso em: 2 dez. 2014

_____. *Pontos de coleta*: PE, RJ, SE, SP, MG e DF. 6 jun. 2013a. Disponível em: <<http://www.paraexpressarliberdade.org.br/index.php/noticias/196-pontos-de-coleta-pe-rj-se-sp-e-df>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

_____. *Quem somos*. 17 ago. 2013b. Disponível em: <<http://www.paraexpressarliberdade.org.br/index.php/quem-somos/quem-somos>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

PEIXOTO, Katrina. (Trad.). *Ley de medios argentina é modelo, diz relator da ONU. Carta Maior*, 17 out. 2012. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/Ley-de-Medios-argentina-e-modelo-diz-relator-da-ONU%0D%0A/6/26192>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

PESQUISA sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação no Brasil: TIC domicílios e TIC empresas 2011. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012. 322p. Disponível em: <<http://op.ceptro.br/cgi-bin/cetic/tic-domicilios-e-empresas-2011.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação cível n. 0006881-47.2011.8.26.0506*. Relator: Desembargador Almeida Sampaio. DJ, 9 set. 2013a. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7027570>>. Acesso em: 2 dez. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação cível n. 010149195.2010.8.26.0100*. Relator: Desembargador Salles Rossi. DJ, 30 jan. 2013b. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI001K6B00000>>. Acesso em: 5 maio 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

As ideias “liberais” e a oposição à reforma do Código do Processo Criminal de 1841

DANILO PANZERI CARLOTTI

Sumário

1. Introdução. 2. Reconstrução dos principais tópicos do debate. 3. Reformas autoritárias e as “perturbações” do período. 4. Filosofia da história e liberalismo no Brasil imperial.

1. Introdução

Este artigo apresentará uma reconstrução de temas fundamentais debatidos durante a aprovação da reforma do Código de Processo Criminal em 1841: as competências dos juízes de paz, a manutenção ou extinção do primeiro conselho de jurados, as competências e formas de nomeação de delegados, e como a reforma poderia afetar as liberdades individuais. Com base nessa reconstrução, é possível verificar quais foram os pontos e argumentos apresentados para caracterizar essa reforma como centralizadora ou quase autoritária. Tendo em vista os possíveis questionamentos em torno do que se pode considerar “liberal”¹, a última parte do artigo considera a possibilidade de se utilizar essa chave de leitura para as posições políticas assumidas durante o período imperial no Brasil e sua relevância para o direito.

José Reinaldo de Lima Lopes (2009, p. 270), ao comentar a reforma de 1841, a denomina “*centralizadora e policializante*”, justificando sua caracterização pelo fato de as competências dos juízes de paz terem sido alteradas substancialmente e transferidas para agentes de polícia de nomeação do

Danilo Panzeri Carlotti é mestre e doutorando pela Faculdade de Direito da USP, pesquisador da Fundação Getúlio Vargas, Direito SP, no Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada (CPJA).

¹ A respeito do que se entende por “liberalismo” no contexto do Brasil império, ver artigo de Piñero (2010, p. 130-152), que sistematiza as diversas posições e entendimentos sobre o tema. A respeito das ideias “liberais” e a construção do Estado brasileiro, ver Mattos (2004).

poder central. A partir dos debates parlamentares ocorridos no Senado, de 1839 a 1841, nota-se que a questão foi exposta como um problema de liberdade ou de ataque às liberdades civis, tópico não suficientemente desenvolvido nos trabalhos consultados, já que, por mais que essa chave de leitura seja apresentada, a articulação própria dos atores da época não é apresentada pormenorizadamente. Neste artigo valemo-nos dos debates parlamentares ocorridos no Senado, durante os anos de 1839 a 1841.

2. Reconstrução dos principais tópicos do debate

Bernardo Pereira de Vasconcellos apresenta ao Senado do Império o primeiro projeto de reforma do código na seção de 17 de junho de 1839, mas o projeto somente começa a ser publicamente discutido após o recebimento de pareceres de comissões do Senado, na sessão de 10 de junho de 1840.

Desde os primeiros debates, dois senadores se destacaram por sua defesa e oposição ao projeto, respectivamente, seu autor Bernardo Pereira de Vasconcellos, e Nicolau Pereira de Campos Vergueiro. Dado o protagonismo do autor nos debates, a reconstrução que apresenta logo nas primeiras sessões, em discurso de 20 de junho de 1840, resume bem os principais problemas alegados pelos senadores para justificar a reforma do Código de Processo Criminal:

“[...] ele não reforma todo o código do processo; mas dá as providências mais importantes e que têm sido por muitas vezes e são diariamente reclamadas pelas autoridades e pelo País: altera-se a legislação do código a respeito da formação da culpa; suprem-se muitas omissões no que toca a prescrições e fianças, que são objetos que todos os dias se discutem no foro; procura-se no projeto dar ao júri a autoridade que lhe deu a Constituição, porque a Constituição incumbiu ao júri pronunciar sobre o fato, e o Código do Processo fez do júri um Tribunal de jurisprudentes, reduzindo o juiz de Direito que a ele preside ao ponto de não ser mais que mero secretário do júri” (ANAIS..., 1978a, p. 150).

A discussão é postergada logo após a apresentação do projeto. As reformas constantes do primeiro capítulo, que previam alterações no Código Penal foram adiadas, passando-se a discutir o projeto de reforma do código a partir do art. 12^o segundo capítulo.

É razoável consenso, entre todos os que discursam, a ineficiência dos juízes de paz, seja por acúmulo de funções, por imperícia, por se prestarem a acordos políticos ou por não respeitarem devidamente as outras autoridades governamentais². Em 14 de julho de 1840, o autor do projeto,

² Os juízes de paz são identificados como defensores dos partidos políticos da época por Leal (1978). Consultado em virtude da obra de Lopes (2009).

combatendo a associação que faziam entre a reforma e o tolhimento de liberdades individuais, assim se pronuncia:

“Reconheço a vasta capacidade de nossos juizes de paz, não tenho a menor dúvida em lhes fazer justiça; mas também penso que juizes de paz há que representam facções, é essa a principal razão por que muitos publicistas não querem que os juizes de paz sejam eleitos; porque de ordinário a população, quando se trata de eleições, sempre se divide em dois partidos; os eleitores dos juizes de paz não podem deixar de representar um partido (a) e a justiça não aprova partidos. [...] O caso está em se supor que não pode haver liberdade havendo polícia; em se supor que a liberdade consiste em que não haja uma autoridade protetora dos cidadãos brasileiros; em que se dê toda a força a juizes eletivos; em que se entenda que todos os empregados da nação, até o mínimo carcereiro, sejam eleitos, e que não haja suspeita alguma contra tais empregados” (ANAIS..., 1978b, p. 377-378).

É esse o primeiro grande tema debatido, dentro de um contexto de debates sobre as instituições e competências de alguns dos principais componentes da justiça criminal³: juizes de paz, delegados, juizes de direito e o júri.

Bernardo Pereira de Vasconcellos, em discurso na sessão de 10 de junho de 1840, justifica a necessidade de profissionais letrados e com consciência sobre direito, algo que será um ponto de discórdia na medida em que alguns senadores passam a encarar esta decisão como cerceadora dos direitos de cidadãos analfabetos julgarem seus pares:

“Eis o que há de sempre acontecer: e, por mais claras que sejam as leis, não compreendo como se possam julgar desnecessários os conselhos dos homens profissionais. Já em outro tempo nutri essas ideias; entendi que, sendo as leis claras, bem concebidas, e em pequeno número, se podia dispensar o auxílio dos advogados, mas a experiência me tem convencido do contrário; e que experiência? Uma experiência muito apurada. É fundados nessas ideias que nós julgamos que podíamos confiar funções judiciárias e policiais a pessoas inteiramente estranhas ao Fórum e ao estudo de Direito: a principal parte do processo criminal é confiada a homens em quem a lei não exige a qualidade de letrados, e talvez seja isso uma das principais causas dos atuais sofrimentos” (ANAIS..., 1978b, p. 39).

Os juizes de paz, até a reforma, “tinham funções de polícia e de jurisdição no processo sumário (crimes policiais contra as posturas municipais e

³ A respeito do desenvolvimento das instituições criminais em Portugal, os principais temas e debates, ver Barreiros (1980). Para uma revisão da historiografia a respeito das reformas judiciais e sua relação com o direito do processo criminal no período, ver Ferreira (2007).

crimes cuja pena máxima fosse seis meses de prisão ou 100\$000 de multa)” (LOPES, 2009, p. 268). O projeto previa que as competências que eram antes dos juízes de paz seriam, a partir de então, exercidas por delegados e chefes de polícia indicados pelo poder central. A discussão sobre as competências desses juízes se torna uma discussão sobre a administração da Justiça.

Questiona-se inicialmente em que medida a forma de indicação de juízes e delegados proposta pelo projeto feriria a autonomia do judiciário.

A relação entre autonomia do judiciário e forma de indicação é apresentada por Hollanda Cavalcanti em 16 de junho de 1840:

“Qual é a segurança e tranqüilidade que dais aos cidadãos, quando os juízes, que são executores das leis, os sacerdotes da justiça, são os mesmos que se propõem para candidatos da eleição popular? [...] Qual será a justiça que deve ser bem administrada, quando o juiz disser: - Eu quero ser deputado, quero ser senador, e para isso quero o vosso voto?!” (ANAIS..., 1978a, p. 59).

Em discurso de 20 de junho de 1840, Costa Ferreira assim denuncia o projeto:

“Não nos diz a Constituição que o poder judicial é independente? Creio que o nobre senador não o negaria. Agora pergunto eu: quando o governo pode favorecer, dar graças e tirar essas graças aos juízes, pode-se julgar que eles são independentes?” (ANAIS..., 1978a, p. 153).

A independência seria, assim, uma questão de autonomia salarial, ou ela seria garantida na medida em que fosse garantida a impossibilidade de acumular cargos e receber qualquer tipo de benefício do Executivo. Pelo projeto, os juízes que assumissem as funções descritas receberiam um aumento em seu salário que ficaria à discrição do governo retirar ou não.

Em seu discurso de 20 de junho de 1840, Vasconcellos defende o projeto afirmando que ele garantiria a independência dos membros do Poder Judiciário:

“Até o presente eu tenho entendido por independência do Poder Judiciário o serem os seus atos livres da ingerência de outra autoridade, o não poderem seus atos ser revogados por outro poder do Estado, o não poderem, por exemplo, a Assembléia Geral e o governo revogar ato algum do Poder Judiciário: eis como eu entendo a independência desse poder... [...] Eu não posso conceber como os nobres senadores entendem que fere a independência do Poder Judiciário a nomeação de magistrados para os empregos de polícia: se eles acumulassem, como acumulam presentemente, ainda podia rezear-se que o governo, pela sua influência, os inabilitasse ao bom julgamento; mas eles não podem continuar a exercer suas funções durante o emprego na Polícia; logo, não se pode entender que por essa nomeação deixa de existir a independência do Poder Judiciário” (ANAIS..., 1978a, p. 156).

Em sentido semelhante, o então ministro da Justiça Paulino José Soares de Sousa, conhecido posteriormente por Visconde de Cairu, em 20 de junho de 1840, defende que o projeto não ofenderia a independência nos seguintes termos:

“Ora, a Constituição faz consistir a independência do Poder Judiciário: 1º, na perpetuidade dos juizes; 2º, em que não possam perder o seu lugar senão por sentença; 3º, em que as suas decisões não podem ser revogadas por outro poder. O que eu desejava, portanto, é que o nobre senador pela província do Maranhão tivesse a bondade de mostrar que a circunstância de ser nomeado chefe de polícia um desembargador ou juiz de direito destrói a perpetuidade desses juizes, importa a perda dos seus lugares independentemente de sentença, ou faz com que as decisões do Poder Judiciário possam ser revogadas por outro poder” (ANAIS..., 1978a, p. 158).

Outra razão pragmática para não se opor a que juizes desempenhem funções de polícia seria o custo adicional e a falta de pessoas qualificadas para desempenharem essas funções nas várias cidades e comarcas do país. O senador Mello Mattos, em seu discurso, não se opõe a que juizes ou desembargadores sejam nomeados.

A discussão a respeito da separação entre a função de julgar e a função judiciária se estende mesmo após a aprovação da redação do art. 13º. A diferença com a tradição anterior é ressaltada por Lopes Gama, em discurso de 20 de junho de 1840:

“Sr. presidente, o nobre senador que combateu a matéria deste artigo, cansou-se principalmente em mostrar que o ofício de julgar devia sempre estar apartado das funções policiais, isto é, que nunca um juiz deveria acumular as funções de julgador com o exercício de magistrado policial, e por isso trouxe-nos a legislação de 1760, a qual, no seu preâmbulo, diz que era incompatível a magistratura com as funções de intendente geral da polícia. [...] O nobre senador não reparou que esse intendente não exercia a polícia judiciária; ele tinha por principal fim a polícia preventiva dos crimes, podia prender sem culpa formada, etc., ele era só responsável perante o rei. Mas note o nobre senador que as funções da polícia judiciária continuarão constantemente a ser exercitadas pelos juizes criminais. [...] Disse o nobre senador que, no princípio de nossas reformas, tudo se tirava aos magistrados: nisto é que esteve o mal, de se dar aos juizes de paz mais atribuições do que se teve em vista na constituição” (ANAIS..., 1978a, p. 197).

A discussão a respeito da competência do governo central extrapola a questão da nomeação de juizes, e o debate passa a focar a Constituição Federal, mais especificamente a reforma promovida pelo Ato Adicional de 1834.

O senador Vergueiro é o primeiro a citar essa problemática, em discurso de 17 de julho de 1840:

“Às câmaras compete o governo econômico e municipal. Agora diz-se — Não, senhor; governo, sim; mas governo por meio de chefes e delegados da polícia, que devem ser nomeados e demitidos a arbítrio do governo. Será isto conforme à constituição? Parece que não. Pelo ato adicional as câmaras podem propor leis sobre a polícia municipal; as assembleias provinciais estão autorizadas a legislarem sobre isto; e nós queremos agora, por este parágrafo, meter nesse governo econômico os chefes de polícia! Isto é que eu chamo monstruosidade. Demais, o parágrafo não diz só — vigiar —; diz também — e providenciar. Isto não quer dizer fazer posturas; mas eu não sei se, à vista da elasticidade das interpretações, os chefes de delegados de polícia não deduzirão daí que este parágrafo lhes dá atribuição de fazerem regras. Pode muito bem ser que isto aconteça, se acaso marcharem no espírito desse projeto, porque eu creio que o espírito deste projeto é acabar com as liberdades públicas, é fazer com que o cidadão não se mova sem passaportes, é pôr a casa do cidadão ao arbítrio de um esbirro qualquer” (ANAIS..., 1978a, p. 468).

Vasconcellos, em debate com o senador Vergueiro, defende a competência do governo central pelo fato de o projeto não extrapolar as competências legislativas outorgadas pela Constituição aos municípios e ao governo central:

“O Sr. Vasconcellos: — [...] Quanto à outra opinião, que o nobre senador sustenta, de que às câmaras municipais compete o governo municipal econômico dos municípios, eu estou muito conforme com ela: mas, perguntar-lhe-ei: a constituição, é verdade, conferia estes poderes às municipalidades; mas como? Na forma das leis. Eu quisera pois que o nobre senador não se contentasse só com a leitura dessa parte da constituição, porque, continuando a lê-la, reconheceria que ela reservou para uma lei regulamentar a explicação do que era governo municipal e eu nomeio; e é isso o que se acha explicado em uma lei, na lei das reformas...’ [...] ‘O Sr. Vergueiro: — A constituição conferiu às câmaras municipais o governo econômico e municipal das cidades e vilas, na forma das leis; mas, quem é que faz hoje essas leis?... O Sr. Vasconcellos: — É o poder geral. O Sr. Vergueiro: — O nobre senador, estando nessa opinião, está coerente. Mas, como eu acredito que ainda vigora a parte do ato adicional que escapou a essas reformas ilegais, digo que não é isso da competência do poder geral, mas sim das assembleias provinciais, porque no ato adicional está muito positivamente declarado que as assembleias provinciais podem legislar sobre a economia e polícia municipal, precedendo propostas das câmaras. Eis aqui donde nasce a diferença de nossas opiniões, eu acredito neste resto do ato adicional, e o ilustre senador nem neste resto acredita, à vista do que não podemos combinar de modo algum sobre a interpretação. [...] Estando eu convencido que rege o artigo do ato adicional que confere às câmaras municipais o poder de legislar conjuntamente com as assembleias provinciais sobre a polícia econômica e municipal, não posso admitir outro poder legislativo a este respeito. As câmaras municipais já têm seus fiscais para executarem suas leis ou posturas; mas não se julga isso suficiente, quer-se que nós criamos outros empregados para serem os executores de suas leis!’” (ANAIS..., 1978b, p. 470-472).

Carneiro de Campos é o seguinte a discursar sobre a matéria, preocupando-se especificamente com uma das competências dos delegados, a de cuidar da “saúde e comodidade pública”:

“Eu considero, Sr. presidente, os nossos chefes e delegados da polícia como ajudadores da justiça, e não como juizes. É verdade que os mesmos juizes podem ser encarregados dessa administração da polícia, como eram esses magistrados antigamente: mas, naquela parte em que o projeto quer dar funções judiciárias aos delegados da polícia, eu não concordo, (apoiados) porque é uma coisa muito distinta; a polícia não é senão a ajudadora da justiça, e esses delegados, nomeados e demitidos pelo governo, não têm o caráter de juizes que a constituição requer; por conseguinte, eu quero as coisas em ordem, e por isso não convenho em que vamos tanto adiante. Se esses chefes e delegados da polícia pudessem providenciar sobre a saúde e comodidade pública, ficaria uma espécie de imbróglia, podiam ter muitos conflitos com as câmaras municipais” (ANAIS..., 1978b, p. 477-478).

Ainda sobre o mesmo tema, o senador Alencar se posiciona contrariamente ao projeto em 18 de julho de 1840:

“Sr. presidente, farei algumas observações sobre as últimas palavras do parágrafo — saúde e comodidade pública. [...] As câmaras municipais e juizes de paz abusam, assim como todas as demais autoridades que até agora exerciam essas diversas atribuições. — E como se há de remediar isso? Criemos uma autoridade nova que exerça todas essas funções. E por que não abusará esta autoridade? [...] Não se procura fazer efetiva a responsabilidade dos magistrados que abusam. Pega-se na legislação atual, entrega-se a novas autoridades, e estas novas autoridades hão de ser boas, porque são nomeadas pelo governo, e porque se lhes acrescentam atribuições que não são policiais” (ANAIS..., 1978b, p. 481-483).

Os senadores Sr. A. Albuquerque e Sr. H. Cavalcanti acompanham a ideia de que os delegados passariam a ter poder demais para agir com este projeto, o que voltará à tona nas discussões sobre como essa reforma influenciaria negativamente tolhendo liberdades individuais.

O júri é retratado pelos legisladores como uma das essenciais instituições da justiça criminal por ser garantia de julgamento justo aos réus⁴. No projeto constava o seguinte artigo: “Art. 19. Ficam abolidas as juntas de paz e o primeiro conselho dos jurados: suas atribuições serão exercidas pelas autoridades adiante declaradas” (ANAIS..., 1978c, p. 222). No discurso do senador Costa Ferreira há uma defesa veemente da instituição do júri que, de acordo com o projeto, seria abolida (ANAIS..., 1978c, p. 222-

⁴ A respeito dos debates e da caracterização do júri como uma instituição liberal, ver Lopes (2010).

223). Mello e Sousa apresenta uma objeção no sentido de que o projeto não revela, de pronto, quais seriam as autoridades que substituiriam os jurados e a omissão em relação aos juízes de paz também seria significativa (ANAIS..., 1978c, p. 224). É necessário ressaltar que as discussões neste momento eram feitas por artigo; portanto, os senadores não tinham possibilidade de votar integralmente o texto ou analisá-lo na sua completude. O senador Almeida Albuquerque dá como certo e, de certa forma, consensual que as juntas de paz deveriam ser abolidas, por se reunirem muito pouco e, assim, serem responsáveis por atrasos significativos nos processos. Almeida Albuquerque volta a fazer uma defesa da instituição do júri e, para ele, se há defeitos nessa instituição, seria que os jurados não são corretamente nomeados (ANAIS..., 1978c, p. 226-228).

O senador Costa Ferreira trata essa questão como fundamental “porque quem é senhor do julgamento é senhor do país, quem julga decide da sorte do país” (ANAIS..., 1978c, p. 231). Segundo ele, o júri deve tornar-se cada vez mais aristocrático, para assim remediar os males hoje existentes, mas não pode ser abolido. O perigo estaria na indicação dos juízes: “Sujeitar os cidadãos brasileiros a juízes escolhidos a dedo, e que não são essencialmente independentes, e dizer-se ao mesmo tempo que não há nisto inconveniente algum para os cidadãos brasileiros, é, no meu modo de pensar, negar a luz do dia” (ANAIS..., 1978c, p. 232). A associação entre liberdade dos indivíduos e júri é feita por Paula Albuquerque. Costa Ferreira afirma, na sessão de 18 de agosto de 1840, que a instituição do júri é essencial para que exista liberdade (ANAIS..., 1978c, p. 251). Em seguinte discurso, afirma que o júri é uma forma de obstar a instauração de processos sem justa causa contra indivíduos.

Um senador que defende a abolição do júri nos termos do projeto é Augusto Monteiro, pois,

para ele, não seria uma afronta à liberdade dos réus, por uma questão de competências:

“É pronunciado um réu; quem tem a jurisdição para o pronunciar é o juiz de paz; depois de pronunciado o réu, esta pronúncia é remetida ao primeiro conselho de jurados. E o que faz o primeiro conselho? Porventura, ouve o réu, ouve as testemunhas? Nada disto faz. O presidente do júri, que é o juiz de direito, apresenta o processo ao 1º conselho; este examina o processo, do qual consta o corpo de delito se é direto ou consta uma inquirição de testemunhas, se é indireto; e não se pergunta às outras testemunhas; ele atende só àquelas testemunhas e provas que vêm no processo, e sobre isto sustenta a pronúncia não. Depois demora-se este processo para entrar em segundo júri, e então tem lugar a defesa e a acusação. [...] Creio que é melhor para o réu, que lhe é mais útil, em lugar de ir ao primeiro conselho a pronúncia, ir logo ao conselho de julgamento, e aí, ouvido o libelo de acusação e a defesa que ele puder dar, ouvidas as testemunhas e todas as mais peças do processo que constituem a sua defesa, ser sentenciado. Acho que isto é muito mais breve, muito mais útil e não diminui as garantias dos réus” (ANAIS..., 1978c, p. 258).

O projeto é enfim aprovado nos termos propostos (ANAIS..., 1978c, p. 260).

Na sessão de 21 de agosto de 1840, entra em discussão o artigo que previa a forma de nomeação de jurados. Segundo o senador A. Albuquerque, os requisitos de saber ler e escrever e de rendimentos deveriam ser revistos. A alfabetização não deveria ser requisito, já que haveria muitas pessoas competentes iletradas. Ainda, também a exigência dos rendimentos poderia ser ligeiramente reduzida (ANAIS..., 1978c, p. 281). Enfim, a garantia de julgamento por seus pares assegurava a aristocracia a liberdade de seus iguais.

O segundo tema debatido selecionado para este artigo é a relação percebida pelos legisladores da época entre a reforma proposta e as

liberdades individuais. O maior problema da proposta, segundo seus críticos, seria conceder faculdades de investigação e controle excessivos às autoridades policiais em detrimento de liberdades individuais dos cidadãos livres⁵.

O senador Vergueiro se insurge contra os critérios segundo os quais seria considerada válida uma busca ou apreensão em domicílio privado suspeito. Afinal, seria necessário que um juiz aprovasse a ordem de busca e apreensão e que as provas para justificar essa ordem fossem produzidas perante um juiz de direito? Em 23 de junho de 1840, ele afirmou:

“O art. diz que bastarão veementes indícios. Pergunto eu, ao juízo de quem fica isto? Simplesmente a juízo e arbítrio do chefe de Polícia? Parece que o nobre senador autor do projeto não quer isto, quer que o chefe de Polícia tenha prova de existência desses indícios, é necessário que existam esses indícios; mas, para existir, é necessário que se provem judicialmente” (ANAIS..., 1978a, p. 246).

A resposta de Vasconcellos, em 23 de junho de 1840, opõe o interesse privado, que Vergueiro identifica com uma liberdade, com a ordem ou a necessária eficiência do poder público na persecução criminal:

“O que se tem em vista neste art., é evitar que com demoras não se frustrem diligências, e nesse caso não se pode deixar de conferir algum arbítrio à Polícia; seja-se com ela muito severo, procurem-se meios de responsabilizar a esses empregados, mas tirar-lhes o arbítrio, é querer que eles não cumpram os seus deveres, subtraindo-se-lhes os meios necessários para o desempenho deles. [...] Eu sei que nestas matérias há muita dificuldade em conciliar todos os interesses, mas parece que, no caso de perigar o interesse particular, ou o interesse público, antes perigue o primeiro; a preferência está a favor do segundo” (ANAIS..., 1978a, p. 247).

Os senadores, em seguida, discutem a necessidade de alterar o artigo, tendo em vista que a legislação de então já previa certos limites, como uma testemunha, para possibilitar a expedição de mandado de busca. Um dos problemas que eles enfrentam longamente é se alguma disposição seria possível para evitar qualquer tipo de má-fé dos eventuais delegados de polícia que quisessem abusar de seus poderes. Aparentemente, sempre há um cenário em que o delegado consegue se evadir de cumprir determinada norma. Ferreira de Mello, em discurso de 30 de junho, também opina no sentido de que os mandados de busca, como previstos pelo projeto, dariam azo a abusos por parte da polícia.

⁵ A respeito da reorganização da polícia na época e da relação com a organização do Estado brasileiro, ver Soares (2012) e Carvalho (2010). A respeito da atuação dos delegados de polícia no século XIX, ver importante trabalho de Oliveira (2004).

O primeiro a fazer uma relação direta entre as rebeliões do período é C. Ferreira, em discurso de 30 de junho de 1840, em que se nota como as rebeliões e incertezas do período eram razão fundamental para se pensar em alterações da forma pela qual o Estado promovia a persecução penal de indivíduos:

“Eu perguntarei ao nobre autor do projeto quais as desordens, quais as sedições ou rebeliões que têm aparecido, e a que se não têm podido obstar por falta de uma busca? Para que, pois, figurar hipóteses irrealizáveis? Para que, fundados em uma coisa que raras vezes acontece, havemos de dar aos chefes de polícia um arbítrio tão amplo para fazerem o que bem lhes parecer? Na Corte não se abusará muito; porém nas Províncias o que não será? Tal artigo não será senão um pomo de discórdia para as Províncias” (ANAIS..., 1978a, p. 287-288).

Os senadores passam a discutir sobre a necessidade de um governo “forte”. Deputados como H. Cavalcanti comparam essa força com despotismo, enquanto Vasconcellos o define como “aquele que tem os meios necessários para desempenhar seus deveres” (ANAIS..., 1978a, p. 292). A ideia de “desordens públicas” como motivação para a reforma aparece no discurso de Carneiro de Campos em 2 de julho de 1840 (ANAIS..., 1978b, p. 47). Vergueiro eventualmente muda de posição, passando a defender a supressão do artigo totalmente, dado o perigo que representava, segundo ele. Finalmente, é aprovado o artigo 16 com emendas de Mello Mattos e Paula Albuquerque (ANAIS..., 1978b, p. 74).

O senador Costa Ferreira, em 14 de julho de 1840, condena veementemente o projeto, tendo em vista o § 7º do art. 12, por afrontar a liberdade concedendo faculdades demais aos delegados e chefes de polícia. Segundo Vasconcellos, autor do projeto, na mesma sessão, não se atribui

nenhum poder excepcional aos delegados, não podendo ele ser tachado de pouco liberal⁶.

Não há menções aos últimos debates porque o projeto deixou de ser discutido ponto a ponto e passou a ser discutido na sua integralidade. Com isso, muitos dos discursos são desconstruídos, não abordam a mesma temática e se concentram em emendas pontuais e, em grande medida, em questões orçamentárias.

As últimas emendas são aprovadas e o projeto é remetido à Câmara dos Deputados na sessão de 16 de outubro de 1841 (ANAIS..., 1978d, p. 336). Ele foi publicado na forma de lei, em 3 de dezembro do mesmo ano.

3. Reformas autoritárias e as “perturbações” do período

Em vários discursos, os deputados fizeram menção às insubordinações e revoltas como causas ou razões pelas quais reformas seriam tão urgentes. Inclusive, contemporaneamente ao projeto, discutiram-se leis específicas para criminalizar condutas associadas às revoltas. A respeito das revoltas⁷, destaca-se o trabalho de Erik Hörner, que pesquisou extensivamente o período em questão para poder retratar a “Revolução Liberal de 1842”⁸.

Seus trabalhos retratam da seguinte forma os “liberais” insatisfeitos com as reformas propostas no período, com especial destaque para a reforma do Código do Processo Criminal: “os rebeldes, comumente chamados de liberais, eram na prática e de forma simplista ‘conserva-

⁶ A respeito do problema da punição e de temas que, relacionados à liberdade em uma sociedade escravocrata no século XIX, não foram contemplados nos debates, ver Köerner (2006).

⁷ Sobre as revoltas no século XIX, ver compilação de Dantas (2011).

⁸ Ver obra de Hörner (2011), que resume a historiografia sobre o período e dá maiores indicações inclusive a respeito desse autor.

dores: desejavam a conservação da autoridade e função do juiz de paz e a não criação dos cargos de chefe de polícia, delegados e subdelegados”. Schwarz afirma que as ideias liberais no Brasil do século XIX seriam “falsas” num “sentido original” em relação à Europa, local onde também seria possível questionar os limites do liberalismo, tendo em vista a prática da “exploração do trabalho” (SCHWARZ, 2005, p. 60-61).

Não haveria então questionamentos liberais, mas somente questionamentos conservadores de diferentes grupos que buscavam conservar seus próprios poderes?

4. Filosofia da história e liberalismo no Brasil imperial

A última parte deste artigo é dedicada a responder a pergunta acima negativamente, apresentando como fundamento para qualificar as posições dos debates apresentados como “liberais” a filosofia da história kantiana, conforme exposta por Axel Honneth (2007) e Ricardo Terra (2004, p. 9-32).

Honneth busca, na hipótese kantiana sobre o progresso, uma contribuição contemporânea para a historiografia. Seu texto justifica essa posição apresentando três “projetos” históricos possíveis de serem encontrados na obra de Kant: teórico, prático e hermenêutico. Conforme o projeto hermenêutico, o desenvolvimento da humanidade poderia ser compreendido “como se” houvesse um processo de aprendizagem possível de seus membros. Naturalmente haveria uma série de obstáculos para o progresso humano que o próprio Kant teria enumerado, passando por desde a fraqueza de caráter dos homens até a falta de uma cultura que estimule o desenvolvimento das virtudes humanas. Entretanto, seria possível entender a história de maneira global ou a história da humanidade, com base na concepção de progresso, inclusive

para possibilitar que o historiador participe desse processo iluminista de melhora da sociedade.

Ricardo Terra (2004, p. 22) propõe, por sua vez, uma relação necessária entre direito, filosofia da história e política dentro da tradição kantiana. Seu texto começa com a análise de autores que não teriam compreendido, corretamente ou totalmente, a teoria da história kantiana – Hannah Arendt, Lyotard e Jacob Rogozinski. A busca por um “fio condutor” para a história seria uma tarefa paralela à busca da natureza humana por filósofos, tarefas que se desenvolveriam pública e racionalmente. Esse ponto de vista permitiria, então, “pensar a história como realização do direito em seus vínculos com a política”.

A história do direito não precisa ser exclusivamente uma história política em que o direito é analisado somente como instrumento para dominação ou então como uma ilusão, já que as ideias liberais não teriam “lugar” no Brasil. A história do direito também não precisa estar à margem dos conflitos e interesses historicamente percebidos e influentes nas decisões dos agentes. A história do direito pode ser uma história crítica, no sentido filosófico, assumindo a possibilidade de progresso como uma premissa que permite criticar as ideias e instituições do passado e, ao mesmo tempo, associá-las com as instituições do presente e com desenvolvimentos desejados para o futuro. É possível, assim, entender os debates “liberais” como parte de uma tradição sempre em necessário desenvolvimento.

Dos debates analisados dois temas foram selecionados para serem apresentados neste artigo: a discussão em torno das competências dos juízes de paz, e a reorganização institucional que isso representou para a Justiça no Império; e como as competências atribuídas à polícia representaram uma ameaça para as liberdades individuais. Enfim, é possível considerar os de-

bates como debates por liberdades individuais, ainda que as pessoas que gozaram dessas liberdades oprimissem sistematicamente outras parcelas da população, da mesma forma que é possível considerar a Grécia antiga escravista como o berço da democracia.

Referências

ANAIS do Império do Brasil. Brasília: Senado, Subsecretaria de Anais, 1978a. [Sessões de 1840, livro 3]. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Império/1840/1840%20Livro%203ok.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

ANAIS do Império do Brasil. Brasília: Senado, Subsecretaria de Anais, 1978b. [Sessões de 1840, livro 4]. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Império/1840/1840%20Livro%204ok.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

ANAIS do Império do Brasil. Brasília: Senado, Subsecretaria de Anais, 1978c. [Sessões de 1840, livro 5]. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Império/1840/1840%20Livro%205ok.pdf>. Acesso: 17 dez. 2014.

ANAIS do Império do Brasil. Brasília: Senado, Subsecretaria de Anais, 1978d. [Sessões de 1841, livro 6]. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Império/1841/1841%20Livro%206ok.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2014.

BARREIROS, José Antônio. As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história. *Análise Social*, v. 16, n. 63, 3^a, p. 587-612, 1980.

CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem: teatro das sombras*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

DANTAS, Monica Duarte (Org.). *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX*. São Paulo: Alameda, 2011.

FERREIRA, Augusto César. Reformas judiciais e atuação da justiça criminal no Brasil Imperial: uma discussão historiográfica. *Justiça & História*, Porto Alegre, v. 7, n. 14, p. 1-28, 2007.

HONNETH, Axel. *Pathologien der Vernunft: Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007.

HÖRNER, Erik. Cidadania e insatisfação armada: a “Revolução Liberal” de 1842 em São Paulo e Minas Gerais. In: DANTAS, Monica Duarte. (Org.) *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX*. São Paulo: Alameda, 2011.

KÖERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal do Brasil do século XIX. *Lua Nova*, São Paulo, n. 68, p. 205-242, 2006.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Governo misto e abolição de privilégios: criando o judiciário imperial. In: OLIVEIRA, Cecília Helena L. de Salles; BITTENCOURT, Vera Lúcia Nagib; COSTA, Peres Wilma (Org.). *Soberania e conflito: configurações do Estado nacional no Brasil do século XIX*. São Paulo: FAPESP/Editora Hucitec, 2010.

MATTOS, Ilmar Rohloff de. *O tempo saquarema: a formação do estado imperial*. São Paulo: Hucitec, 2004.

OLIVEIRA, Cecília Helena L. de Salles; BITTENCOURT, Vera Lúcia Nagib; COSTA, Peres Wilma (Org.). *Soberania e conflito: configurações do Estado nacional no Brasil do século XIX*. São Paulo: FAPESP/Editora Hucitec, 2010.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário: e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro:Letra legal, 2004.

PIÑEIRO, Théo Lobarinhas. Os projetos liberais no Brasil império. *Passagens: revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 2, n.4, p. 130-152 maio/ago. 2010.

SCHWARZ, Roberto. *Cultura e política*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

SOARES, Joice de Souza. As reformas policiais de 1841 e suas consequências para a Secretaria de Polícia da Corte: um estudo sobre o processo de construção e legitimação da instituição policial. In: ENCONTRO REGIONAL DE HISTÓRIA DA ANPUH-RIO, 15. *Anais...* Rio de Janeiro, 2012.

TERRA, Ricardo. História universal e direito em Kant. *Discurso* n. 34, p. 9-32, 2004.

A trajetória da transcendência dos motivos determinantes

O fim da história?

BRENO BAÍA MAGALHÃES

Sumário

1. Introdução: transcendência dos fundamentos determinantes, igualdade na aplicação do direito e efeito vinculante. 2. A tese da transcendência dos fundamentos determinantes: os limites objetivos do efeito vinculante. 3. Hipóteses de (des)cabimento da reclamação constitucional e transcendência dos fundamentos determinantes: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4. Análise de decisões posteriores à rejeição da tese da transcendência. 5. Considerações conclusivas.

1. Introdução: transcendência dos fundamentos determinantes, igualdade na aplicação do direito e efeito vinculante

A inclusão do efeito vinculante em nosso ordenamento jurídico foi realizada por meio da Emenda Constitucional nº 3/93, estabelecendo uma artificial força vinculatória às decisões do Supremo Tribunal Federal em Ações Declaratórias de Constitucionalidade e, posteriormente, às decisões em Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade – ADI (EC nº 45/04). Diz-se artificial na medida em que a tradição brasileira de controle de constitucionalidade, existente desde 1891, nunca havia lido com institutos que impusessem, formalmente, respeito aos precedentes dos tribunais superiores, em tentativa de simular o desenvolvimento tradicional do *stare decisis* anglo-saxão¹. Não por outra

Breno Baía Magalhães é mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Advogado. Bolsista CAPES.

¹ O prejulgado da CLT restringia-se à Justiça do Trabalho. Importante frisar que não estamos igualando *stare decisis* e efeito vinculante, como será exposto a seguir.

razão, para reforçar o argumento, o referido instituto não constava da redação original da Constituição Federal de 1988, que, dentre outras importantes inovações, ampliou os legitimados da ADI, criou a ADI por omissão, o Mandado de Injunção e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Em razão de tal artificialidade e da inexistência de uma coerente e substancial teoria sobre o efeito vinculante em nosso país, inúmeras dúvidas pairam sobre seu significado e acerca de sua relação com outros institutos do controle de constitucionalidade, mais especificadamente, com a Reclamação Constitucional.

Gilmar Mendes (1995, p. 101-106), por exemplo, sustenta uma divisão entre os limites do efeito vinculante, classificando-os em subjetivos e objetivos. Pelo primeiro, entendem-se aqueles que são atingidos por ele, ou seja, quem deve observá-lo. De acordo com o atual regime (constitucional e infraconstitucional) do instituto, podemos inferir, de acordo com o art. 102, § 2º, da CF/88, que são destinatários do efeito vinculante todos os demais órgãos do Poder Judiciário do país (excluído o STF)² e a administração pública direta e indireta de todas as esferas da federação. Os limites objetivos, por sua vez, dizem respeito à parte do provimento judicial que será dotada de efeito vinculante: a parte dispositiva do acórdão ou seus fundamentos determinantes. Aqueles que advogam que o limite objetivo do efeito vinculante é a fundamentação do julgado costumam denominar a referida interpretação de “transcendência dos motivos determinantes”³.

Não obstante permanecer alvo de controvérsias na academia, a dúvida acerca dos limites objetivos do efeito vinculante foi (aparentemente) sanada pelo STF no julgamento da Rcl. 3.014/SP: o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva do acórdão, ou seja, não transcende para alcançar os fundamentos determinantes.

² O Tribunal, embora salientando a necessidade de motivação idônea, crítica e consciente para justificar eventual reapreciação de uma questão já tratada pela Corte, concluiu que o efeito vinculante não condiciona o próprio STF, limitando-se aos demais órgãos do Poder Judiciário. Nesse sentido, ver os debates travados na ADI 2.777/SP. Em sentido contrário, defendendo a vinculação do STF, ver José Afonso da Silva (2006, p. 60-61).

³ A origem da nomenclatura remonta aos estudos pioneiros de Gilmar Mendes (1995) sobre o tema dos limites objetivos do efeito vinculante no Brasil. Com base nas discussões teóricas e jurisprudenciais alemãs acerca da temática, o referido autor traduziu, livremente, a expressão *tragende grunde* por *fundamentos determinantes*, ao explicar a decisão do Tribunal Constitucional Alemão que determinou a vinculação dos órgãos federais aos fundamentos de sua decisão. Mendes (1995, p. 104), no mesmo estudo, cita, portanto, a possibilidade de uma eficácia *transcendente* do efeito vinculante ao caso concreto. Anos mais tarde, o Min. Maurício Corrêa, na ementa do julgado que tratou pela primeira vez sobre o tema dos limites objetivos do efeito vinculante, assentou que: “A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados [...]”. Desde então, os julgados do STF têm oscilado, indistintamente, entre a utilização da nomenclatura “transcendência dos motivos determinantes” e “transcendência dos fundamentos determinantes”.

No entanto, apesar da rejeição da aplicação da tese, recentes decisões do STF⁴ parecem demonstrar que, em algumas ocasiões, a simples limitação do efeito vinculante à parte dispositiva do acórdão não é suficiente para explicar a amplitude adquirida pelo precedente formulado no controle abstrato. Ademais, é importante estabelecer de que forma a decisão do STF na Rcl. 3.014 deve ser interpretada, uma vez que os precedentes vinculam, necessariamente, por meio de seus fundamentos⁵. Dessa forma, em face do atual posicionamento do STF sobre a temática, podemos indagar: o efeito vinculante de uma decisão do STF pode ser identificado com a existência de precedentes vinculantes na jurisdição constitucional brasileira? Uma parte da resposta à pergunta, estabelecidos os limites da pesquisa proposta, pode ser encontrada na forma com que o STF maneja os fundamentos das suas decisões e como encara o problema da interpretação das decisões dotadas de efeito vinculante, no intuito de compreender o porquê da limitação do efeito vinculante à parte dispositiva do acórdão.

Para a compreensão da interpretação dos precedentes (sejam eles vinculantes ou não), devemos, antes de qualquer coisa, estabelecer sua relação com o marco teórico do direito à igualdade na aplicação do direito.

Cada ordenamento jurídico racionaliza o fato de decisões passadas serem, rotineiramente, utilizadas no julgamento de casos posteriores. Cada ordenamento jurídico, por consequência (tomando por base a principiologia constitucional e a formulação institucional do Poder Judiciário), deve justificar o motivo pelo qual, para resolver uma determinada e pontual lide, o intérprete lança mão de motivos determinantes de um caso paradigma formulado anteriormente, enquanto fator de justiça.

Esse fator é o da igualdade. Entretanto, a complexidade e a amplitude do princípio da igualdade nos forçam a limitar sua construção a uma de suas facetas: a da igualdade na aplicação do direito.

Os juízes, diuturnamente, interpretam leis. Ainda que o texto legal se mantenha intacto, sua interpretação, contudo, não fica atrelada ao passado. O direito, enquanto fenômeno social, muda diariamente, e a alteração da historicidade social pode significar a desigualdade no tratamento previsto para condutas similares situadas em momentos distintos cronologicamente⁶. Nesse sentido, Andrés Ollero Tassara (2005) conclui que as alterações acima devem ser resolvidas pelo juiz, ao interpretar leis

⁴ As decisões serão tratadas na seção 3 deste artigo.

⁵ Conclusão extraída dos estudos comparativos de MacCormick e Summers (1997).

⁶ O adultério era considerado conduta criminosa até 2005. Contudo, mudanças sociais, que se agravaram com a Constituição de 1988, apontavam para a obsolescência da criminalização do fato, apesar da manutenção do crime no Código Penal.

do passado com vistas a buscar um resultado consentâneo com o direito à igualdade no presente (OLLERO TASSARA, 2005, p. 33-35).

Da interpretação de um texto legislativo qualquer, inúmeros sentidos normativos podem ser extraídos, o que afasta a univocidade e a certeza sobre qual seria, de antemão, o sentido mais adequado à resolução de um caso⁷. Portanto, o sentido mais adequado não pode advir da lei mesma, porquanto múltiplas são as possibilidades de sentidos. Caso afirmemos, por outro lado, que o sentido mais adequado depende do caso concreto analisado (já que não advém do texto legal), devemos aceitar que o caso concreto contém, em si mesmo, exigências jurídicas que serão mais bem coletadas pelas normas construídas pelo intérprete no momento da interpretação da lei. Ou seja, a lei não tem sentido se interpretada de forma diferente das exigências do caso concreto, uma vez que apenas alguns aspectos relevantes do caso serão considerados capazes de atrair o adequado sentido da norma proposta pelo intérprete. O caso, portanto, está sendo contrastado não com o sentido canônico do texto legal, mas, além dele, com o direito e com a teoria de justiça que lhe serve de melhor fundamento (OLLERO TASSARA, 2005, p. 43-44)⁸.

⁷ Como exemplo, a interpretação feita do art. 226, § 3º, da Constituição suscitava dúvidas acerca da possibilidade de casais homoafetivos constituírem entidades familiares. Detratores e defensores da interpretação baseavam sua argumentação no mesmo dispositivo constitucional.

⁸ Ainda de acordo com o exemplo acima, poderíamos ter a seguinte situação: não existe na Constituição uma formulação textual que rejeite ou afirme a possibilidade de casais homoafetivos serem considerados entidades familiares. A interpretação da Constituição dependerá, portanto, da forma com que os intérpretes reconstruam suas normas de acordo com a teoria do direito e da justiça que consideram as melhores para explicá-la. O Ministro Ayres Britto, relator da ADPF 132, considerou que a referência a “homem e mulher” no artigo reafirmava a paridade de gênero na construção da família, impedindo quaisquer espécies de subordinação e hierarquia. O direito à igualdade e à intimidade na escolha de parceiros sexuais, presentes nos arts. 1º, IV e 5º, o levaram a concluir que o os casais homossexuais poderiam contrair

A igualdade na aplicação do direito não quer dizer, portanto, que a lei não possa ser interpretada ou que sua interpretação não possa mudar em direção diversa daquela, rotineiramente, aplicada (OLLERO TASSARA, 2005, p. 50). Com efeito, a mudança temporal de um critério hermenêutico não está prevista ou embutida no texto da lei, e tal alteração se perfaz em um aspecto necessário para que se alcance um padrão de justiça coerente com o ordenamento jurídico. Dessa forma e pelo fato de existir uma legitimidade preferente inerente aos atos legislativos, o que impõe sua manutenção (quando não evitados de inconstitucionalidade), a vinculação do Judiciário aos próprios precedentes se baseia em um critério principiológico externo ao texto legal que determina que todos os cidadãos devem ser tratados de forma igualitária quanto a seus direitos quando em situações semelhantes, bem como impede que o Judiciário se afaste do precedente sem que justifique, de forma substancial e suficiente, a alteração no parâmetro interpretativo (para manter a igualdade). Em suma, tanto a alteração dos critérios utilizados na interpretação do direito, como a utilização de precedentes judiciais na prática forense são justificados por padrões de justiça exigidos pela igualdade na aplicação do direito (OLLERO TASSARA, 2005, p. 73-77).

A igualdade na aplicação do direito se substancia, portanto, em um direito político fundamental que implica estender a todos os cidadãos os direitos (assim como as interpretações) assentados em um julgamento anterior, como forma de assegurar que a comunidade política como um todo, por cancelar o precedente

união estável. Por outro lado, um opositor poderia sustentar que a referência a “homem e mulher” seria uma explícita limitação das unidades familiares às uniões heterossexuais e, por essa razão, a vontade do constituinte de excluir a união estável de casais homossexuais deveria ser mantida. A adequação do sentido da norma e o resultado da interpretação independem da sua estrutura textual.

em seus princípios constitucionais (importante que este, portanto, carregue uma resposta correta), se mantenha, conforme o defendido por Dworkin (1999), íntegra aos princípios que fundamentam as obrigações impostas a todos. Em decorrência de tais pressupostos, os precedentes judiciais têm o condão de garantir que as obrigações jurídicas (com seus ônus e bônus inerentes) sejam suportadas por todos os cidadãos que compõem a comunidade, por ser seu objetivo que os indivíduos sejam tratados com igual consideração e respeito pelos poderes da República, o que inclui o Poder Judiciário.

Nesse sentido, tendo em vista que a preocupação na aplicação dos precedentes remete aos princípios que carregam, é válido afirmar que eles exercem uma força gravitacional sobre as decisões posteriores, o que permite que tal força gravitacional possa ser exercida para casos além daqueles que se apresentam, imediatamente, dentro de sua órbita particular (DWORKIN, 2002, p. 174)⁹. Os juízes, como prática institucional, sempre tendem a relacionar suas decisões com aquilo que já fora decidido anteriormente, o que torna mais importante, na decisão judicial baseada em precedentes, os fundamentos em favor de uma regra específica do que a regra (ou o resultado) em si¹⁰. E de que

⁹ Com base em Dworkin, Maurício Ramires (2010, p. 99-104) salienta que os precedentes se apresentam como indícios formais que guiam a interpretação de um juiz sobre o que constitui a integridade do direito de seu país. Nesse sentido, seguir um precedente não significa saber apenas o que os julgados passados disseram, mas o que seu conjunto, enquanto obra, significa coletivamente, uma vez que a continuidade da tradição não significa uma repetição mimética do que foi dito pelos outros juízes anteriormente. Em nosso país, por sua vez, a continuidade da tradição jurídica deve ser compreendida como o prosseguimento da efetivação dos princípios e objetivos fundamentais da República, listados na Constituição. Por fim, a força do campo gravitacional será tão mais forte quanto for o grau de concretização de princípios constitucionais que o precedente consignar.

¹⁰ Por exemplo, mais importante do que saber se a lei X é inconstitucional, é saber o porquê da sua inconstitucionalidade.

forma essa força gravitacional do precedente sustenta uma decisão para outro caso diverso? Segundo Dworkin (2002, p. 175-177), tendo em vista a consideração equitativa de tratar casos semelhantes do mesmo modo, a força gravitacional deve estar limitada à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar as decisões anteriores¹¹.

Segundo Dworkin, a interpretação do direito deve ser coerente com a totalidade da prática jurídica, para que se evitem contradições principiológicas. Portanto, quando interpreta precedentes, o juiz deve formular argumentos de princípio que os justifiquem e que os tornem coerentes com as decisões políticas passadas e com os princípios constitucionais (DWORKIN, 1999, p. 293-295). A coerência de princípios requerida pela integridade do direito possibilita que a igualdade na aplicação do direito seja garantida, uma vez que os precedentes serão interpretados como princípios, ou seja, por meio de argumentos de moralidade política que permitem o desenvolvimento das decisões políticas passadas da comunidade, o que torna os fundamentos daqueles de capital importância em sua aplicação, pois é nessa parte da decisão que serão expostas as razões pelas quais o intérprete irá decidir por aplicar ou não um precedente, ou seja, os fundamentos de sua decisão (MAUÉS, 2008, p. 94-95). A força gravitacional do precedente, por essas razões, estabelecerá o grau da força dos fundamentos com base no

¹¹ Por outro lado, os argumentos de política não exercem força gravitacional alguma, porque dependem de fatores que escapam à equidade e se assentam em fatores contingentes e estratégicos. Além do mais, o intérprete pode chegar à conclusão de que um princípio não possui mais uma força tão forte capaz de justificar decisões semelhantes no futuro, o que fará com que o argumento da equidade trabalhe a seu desfavor, tornando o precedente fraco e sem justificativas de princípio para ser invocado. Em suma, caso o intérprete apresente fortes argumentações de moralidade política, suficientes para mostrar que o princípio é injusto, o argumento da equidade que proporciona sua força gravitacional estará invalidado (DWORKIN, 2002, p. 185-191).

caso a ser julgado posteriormente. Nesse passo, defender a aplicação de precedentes sem recorrer às suas fundamentações parece uma ideia absurda, porquanto o critério hermenêutico que justifica a aplicação de um precedente somente pode ser aferido por sua fundamentação.

Com efeito, a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva do acórdão parece, à primeira vista, contrariar a ideia de vinculação dos precedentes por meio dos seus fundamentos e a igualdade na aplicação do direito, uma vez que a preocupação não estaria no estabelecimento da força gravitacional dos fundamentos do precedente, mas sim no resultado particular extraído da decisão. Todavia, não se trata de conclusão passível de confirmação abstrata, sendo indispensável análise jurisprudencial da tese da transcendência. De mais a mais, a exata formulação da hipótese acima, igualmente, apenas seria possível se uma presunção, nem sempre explícita nos discursos jurisprudenciais e teóricos (mas sempre presente), se confirmasse: a identificação de precedentes vinculantes com decisões dotadas de efeito vinculante.

Nesse sentido, no presente artigo, as decisões do STF sobre o tema da transcendência serão analisadas de forma sistemática, a fim de propiciar uma categorização das hipóteses de cabimento de Reclamações que foram sustentadas pela Corte durante o período em que a tese foi aplicada. Posteriormente, de posse dos dados da categorização, serão realizadas análises das atuais decisões que envolvem o tema, no intuito de perquirir como o STF vem decidindo as Reclamações que são propostas com base na tese. Por fim, tomando como ponto de partida as premissas teóricas propostas e a pesquisa jurisprudencial, serão expostas conclusões sobre o tema.

2. A tese da transcendência dos fundamentos determinantes: os limites objetivos do efeito vinculante

De acordo com a dicção do art. 102, § 2º, da CF/88, apenas o Poder Judiciário e a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal estão vinculadas, formalmente, às decisões do STF. Todavia, é válido ressaltar que, mesmo que a CF/88 tenha estabelecido, no § 2º do art. 102, a expressão “decisões definitivas de mérito” para delimitar o âmbito de aplicação do efeito vinculante, a melhor interpretação sobre seus limites objetivos é alvo de divergentes interpretações na doutrina e na jurisprudência.

2.1. O posicionamento da doutrina

Os autores nacionais que lidaram com o tema desenvolveram pouco o substrato teórico que circunscrevia a noção de que o efeito vinculante impunha (ou não) uma vinculação formal aos fundamentos determinantes.

Ainda que de maneira rudimentar, entretanto, podemos extrair pontos coincidentes dos argumentos de alguns autores que defendiam a tese: a) a tese é necessária, pois garante a posição institucional hierarquicamente superior do STF em razão da preservação da autoridade de suas decisões; b) ela é capaz de assegurar a defesa da segurança jurídica (estabilização interpretativa); c) a transcendência seria um consectário natural do desenvolvimento da interpretação constitucional realizada em abstrato pelo STF; d) o art. 28 da Lei 9.868/99 e o art. 10 da Lei 9.882/99 estipulam que a interpretação do STF seja vinculante e e) a tese seria uma forma de concretização da igualdade, apesar da possibilidade de superação do precedente¹².

Por outro lado, um pequeno número de autores se punha contrário ao efeito transcendente e justificavam sua posição com os seguintes argumentos: a) o STF interpretará as normas constitucionais apenas em tese; b) a extensão do objeto de controle a preceitos e decisões distintos dos analisados no paradigma vinculante violaria a inércia judicial e a vontade do constituinte originário, pois não haveria provocação dos legitimados ativos do art. 103 da CF/88; d) a publicação dos fundamentos não é obrigatória e estes não fazem coisa julgada; e) a aplicação da tese acarreta a restrição do Poder Legislativo federal e estadual e f) a tese pode criar possível problema federativo, porquanto a declaração de inconstitucionalidade de uma lei estadual via reclamação semelhante a de estado federado na decisão paradigma em ADI, ignora as diferentes circunstâncias e os diferentes contextos dos estados, além de violar o devido processo legal do estado federado que não puder se defender de maneira efetiva¹³.

De início, faremos considerações gerais acerca dos dois grupos teóricos.

Nenhum dos autores elencados se preocupou em responder à mais importante das perguntas: como identificar o fundamento determinante em uma decisão do STF dotada de efeito vinculante? Para responder, não poderemos recorrer ao simples truísmo de afirmar que os fundamentos determinantes são as razões veiculadas pelo tribunal para chegar a determinado resultado. Que outra parte da decisão seria? O relatório? A parte dispositiva? Os ditos colaterais? A ementa?

Ademais, conforme o exposto na introdução, os precedentes¹⁴ são noções importantes apenas se os fundamentos determinantes forem levados em consideração.

¹² Os pontos foram compilados dos seguintes autores: Cunha Jr. (2010, p. 364), Fernandes (2010, p. 915), Barroso (2009, p. 207-208), Olavo Ferreira (2003, p. 135-136), Celso Silva (2005, p. 223-225) e Marinoni (2010, p. 272-279).

¹³ Os pontos foram compilados dos seguintes autores: Juliano Bernardes (2007, p. 126-130) e Souza Cruz (2004, p. 403-404).

¹⁴ Os precedentes, não o efeito vinculante, frise-se.

Extrair a *ratio decidendi* de uma decisão do STF não é tarefa simples. Como Roger Stiefmann Leal (2006, p. 170-171) apontou, é muito comum que os ministros concordem com o resultado da demanda (procedência ou improcedência, por exemplo), mas discordem, severamente, acerca dos motivos que ensejaram suas compreensões acerca do tema¹⁵. Mais recentemente, Sundfeld e Pinto (2012, p. 24-25) observaram, com base em estudos empíricos, que os ministros, ao apresentar seus votos individuais, geralmente apresentam argumentos diversos daqueles aventados pelo ministro relator, mas acabam por concordar com o resultado do julgado, dificultando a compreensão acerca do que, efetivamente, a corte decidiu sobre a questão¹⁶. A construção argumentativa dos votos dos ministros se baseia em premissas diferentes e independentes, com trajetos apartados e com baixo grau de interação entre as diversas linhas argumentativas.

A construção de uma argumentação imputada ao ministro relator, e não à corte, dificulta a compreensão e a formação de precedentes, e a identificação da fundamentação determinante da corte enquanto instituição¹⁷. Vojvodic e Machado (2009, p. 29-31) afirmam que podem

existir casos de votação unânime, mas com vários pontos de vista, ainda que congruentes com o resultado, em que coexistem algumas fundamentações que são tanto complementares, como excludentes umas das outras. Ou seja, ainda que exista um peso formal por parte do voto do relator do caso¹⁸, não podemos negar a existência de fundamentos determinantes conflitantes dentro de um mesmo “acórdão”. A unanimidade se encontra apenas na parte dispositiva, não na fundamentação.

Nenhum dos autores citados, ao menos, sugeriu alguma proposição para responder a essa capital questão (que deveria preocupar, especialmente, os defensores da tese). Se os ministros têm dificuldade em identificar os fundamentos determinantes das próprias decisões¹⁹, como os afetados subjetivamente pelo efeito vinculante saberão o que os vinculará?

Para os autores favoráveis à ideia de transcendência, uma pressuposição ficou por ser esclarecida: por que o precedente vinculante se identifica com o efeito vinculante? Se os argumentos desenvolvidos por eles se baseiam em igualdade, segurança jurídica e superioridade institucional do STF, a positivação expressa e com consequências processuais faz-se necessá-

¹⁵ Apesar da tentativa de conceituar os fundamentos determinantes (razões adotadas e referendadas pela maioria do tribunal imprescindíveis para o dispositivo do acórdão) no projeto do novo CPC (art. 521, § 3º), uma limitação legislativa não é capaz de solucionar, *per se*, o problema da delimitação dos fundamentais determinantes de um acórdão, uma vez que sua disposição é circular. Ou poderíamos supor que fundamentos determinantes são os referendados pela minoria de um colegiado? Ou que fundamentos determinantes são os prescindíveis para o dispositivo da decisão? O desenvolvimento teórico se faz necessário para a compreensão dos precedentes.

¹⁶ Os autores analisaram todas as ações do controle concentrado de constitucionalidade julgadas pelo plenário do STF entre junho de 2006 e agosto de 2010. A análise compreendeu 267 acórdãos e o estudo de 2.510 votos individuais (SUNDFELD; PINTO, 2012, p. 24-25).

¹⁷ O Ministro Cezar Peluso, no julgamento da Rcl. 9.428/DF, considerou que os fundamentos determinantes da ADPF 130/DF não estariam contidos tão somente no

voto do ministro relator, mas na interpretação sistemática dos votos de todos os ministros.

¹⁸ Fabiana Oliveira (2012, p. 109-110), ao analisar 692 ADIs decididas no mérito no período de 88-09, observou que o voto do relator prevaleceu em 99% dos casos.

¹⁹ No julgamento do RE 630.147/DF, os ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes, por exemplo, discordavam sobre a melhor interpretação que deveria ser dada ao precedente da ADI 3.685/DF, que dispunha sobre a interpretação/aplicação do art. 16 da CRFB/88. No AgR na Rcl. nº 2.475/DF, por exemplo, os ministros divergiam sobre a melhor interpretação a ser dada ao voto do Min. Moreira Alves na ADC nº 1, a fim de perquirir se determinada construção teórica seria fundamento determinante ou um dito de passagem. Em outro exemplo, no AgR na Rcl. 3.293/SP, os ministros discordavam quanto ao entendimento que deveria ser dado à ADI 1.662/SP, quanto às possibilidades de sequestro de verbas incluírem questões como o parcelamento ou não inclusão na dotação orçamentária do ente devedor.

ria? E mais, a atual rejeição da tese por parte do STF faz cair por terra a segurança jurídica e a igualdade na aplicação do direito? Se precedente vinculante e efeito vinculante fossem a mesma coisa, a resposta seria afirmativa para ambas as perguntas.

A relação entre precedentes vinculantes e efeito vinculante não é necessária. O referido grupo de autores tende a identificar como precedentes apenas aquelas decisões que apresentam força vinculatória formal (estabelecida pela lei ou pela Constituição). De acordo com Adriana Vojvodic (2012, p. 80-84), efeito vinculante deve se diferenciar de precedente vinculante, pois o efeito vinculante não cria um precedente, apenas atribui determinado efeito à decisão capaz de atraí-lo. Ou seja, decisões com efeitos vinculantes não se confundem com precedentes vinculantes, porquanto o que caracteriza um precedente não é sua capacidade vinculatória, mas a influência da força gravitacional dos fundamentos determinantes de decisões anteriores nas decisões judiciais posteriores. Em outro trabalho, por exemplo, pudemos identificar algumas decisões do STF, destituídas do efeito vinculante formal estabelecido pela lei e pela Constituição, com maior força de influência e exercendo maior força vinculatória do que decisões que possuíam tal vinculação formal. Mesmo as decisões dotadas de efeito vinculante formal apresentaram diferentes graus de vinculação²⁰.

Portanto, não necessariamente será o efeito vinculante o bastião da segurança jurídica, da defesa institucional do STF, da estabilidade interpretativa e da igualdade. Caso fosse, desde sua introdução em 1993, tais preceitos teriam sido garantidos e reformas posteriores teriam sido inúteis. No entanto, as súmulas vinculantes e a repercussão geral demonstraram, 10 anos

depois, que a simples atribuição de um efeito processual às decisões do STF não resolveu o problema da quantidade de processos julgados pelo Judiciário²¹.

Por essas razões, os argumentos para a defesa da transcendência são frágeis: a) não demonstram como identificar o fundamento determinante em uma decisão do STF, e a dificuldade de fazê-lo poderia justificar a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva; e b) precedentes vinculantes não se confundem com decisões dotadas de efeitos vinculantes, portanto, a defesa da transcendência mescla os argumentos substantivos acerca da defesa da vinculação às decisões do STF (igualdade, legitimidade institucional etc.) com os efeitos processuais do efeito vinculante (reclamação ao STF, aumento dos poderes dos relatores etc.).

Por outro lado, os autores que negam a teoria, ao não fazer a distinção entre precedentes vinculantes e decisões dotadas de efeitos vinculantes, acabam por diminuir a importância dos precedentes na jurisdição constitucional. Na introdução, afirmamos que precedentes exercem sua influência com base na força gravitacional das razões de decidir e, de forma peremptória, negar tal característica (sem realizar a distinção acima) dificulta a compreensão de algumas tendências das decisões do STF, conforme o que será demonstrado a seguir.

Os argumentos – que envolvem o problema federativo e a relação entre os Poderes – desenvolvidos por esse grupo de autores parecem ter chamado a atenção do tribunal, pois, como será analisado, razões de direitos fundamentais e processuais influenciaram a decisão do STF na Rcl. 3.014/SP.

²¹ A redução dos processos julgados no STF, a celeridade processual e a inibição de decisões contrárias ao pronunciamento da Suprema Corte em ADC foram a principal razão para a introdução do efeito vinculante no país. Sobre o tema, ver Magalhães (2013, p. 711).

²⁰ Ver Magalhães e Silva (2012).

2.2. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Pouco tempo depois da inserção do efeito vinculante, o STF, de acordo com o voto do Min. Moreira Alves²², estabeleceu qual seria o limite objetivo do efeito vinculante – a parte dispositiva do julgado:

“a) Se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação (ADC), a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e

b) Essa decisão (*e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo – como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional nº 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito*), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foram seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os editados pelo Poder Legislativo” (grifo nosso).

Em tempo, é importantíssimo ressaltar que a correlação entre efeito vinculante e reclamação constitucional apenas foi delineada pelo STF por conta da leitura que o Ministro Moreira Alves fez do efeito vinculante. Segundo o ministro, no voto proferido na ADC nº 1, a eficácia *erga omnes* significa que a eficácia da decisão de inconstitucionalidade ou constitucionalidade se exaure em face de todos, o que não impede que o Legislativo edite um ato com mesmo conteúdo normativo e tal efeito não teria o condão de de-

terminar a reprimenda do desrespeito de forma expedita. Portanto, o efeito vinculante surgiria como meio de sanar a desobediência das decisões dos tribunais superiores de maneira mais enérgica, na hipótese de aplicação de uma lei declarada inconstitucional com efeitos *erga omnes*²³. Afirmou o ministro que a existência da ADC não intencionou destruir o controle difuso, na medida em que a impossibilidade de aplicar uma lei declarada inconstitucional pelos órgãos do Judiciário se dá pela eficácia *erga omnes*, por isso que cabe a reclamação no efeito vinculante: para sanar o desrespeito às decisões dotadas do sobredito efeito. Por fim, o efeito vinculante seria um instituto que visaria uma defesa mais rápida da segurança jurídica.

Tempos depois, o plenário do STF teve a oportunidade de se debruçar sobre o problema da transcendência e de rever o posicionamento anterior assentado na QO na ADC nº 1, o que ocorreu nos autos da Rcl. 1.987/DF da Relatoria do Min. Maurício Corrêa, em 1/10/2003. O caso versava sobre o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas alimentares de natureza trabalhista, em confronto com o que, na época, dispunha o § 2º do art. 100 da CF/88²⁴. No caso da reclamação, a juíza presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região determinou o sequestro de verbas

²³ A conclusão de Moreira Alves parece corroborar nossa hipótese de que o efeito vinculante seria uma medida de caráter processual, e não um efeito imanente às funções institucionais do STF. A função do efeito vinculante é instrumental: meio expedito de sanar a recalcitrância dos Poderes da República em aplicar (ou não) decisão do STF dotada de efeitos *erga omnes*.

²⁴ “Art. 100, § 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito (de acordo com a redação do artigo anterior à EC 62/09).”

²² ADC nº 1 – QO, DJ 16/6/95, Rel. Moreira Alves.

públicas do estado membro, na medida em que houve falta de pagamento de precatórios vencidos.

Aduziu-se, na reclamação, afronta ao decidido pelo STF na ADI nº 1.662/SP. Naquela ADI, o ato atacado fora a instrução normativa do TST (IN nº 11/97), que equiparava às hipóteses de preterição previstas constitucionalmente as seguintes situações: 1) a não inclusão na lei orçamentária e 2) o pagamento inidôneo do precatório devido. Portanto, ocorridas tais situações, seria cabível o sequestro de verbas. O STF decidiu na ADI que, mesmo com a superveniência da EC nº 30, de 13 de setembro de 2000, não houve criação de nova modalidade de sequestro de verbas públicas para a satisfação de precatórios concernentes a débitos alimentares, permanecendo inalterada a regra que era imposta pela antiga redação do artigo 100, § 2º, da Carta Federal, que o autorizava somente para o caso de preterição do direito de precedência do credor, declarando, por conseguinte, a inconstitucionalidade da aludida instrução normativa do TST.

O ministro relator da Rcl. 1.987/DF considerou que, mesmo que o ato impugnado fosse diferente (no caso da ADI paradigma, instrução normativa do TST; na reclamação, decisão da presidente do TRT da 10ª Região), a circunstância fática que o embasava era a mesma da decisão paradigma, uma vez que desobediente ao conteúdo essencial do julgado na ADI, que possuía efeito vinculante, pois julgada no mérito. O ministro aduziu, em seguida, que a regra é a exegese da norma jurídica aplicável segundo a dicção constitucional fixada pela corte, não o texto normativo em sentido estrito, daí transcender o efeito vinculante à fundamentação. Ou seja, para o ministro, a norma jurídica a ser aplicada e dotada de eficácia vinculante é aquela extraída da interpretação que o STF realizou do texto normativo da Constituição, no sentido de impedir que fossem criadas, por via oblíqua, novas possibilidades de sequestro de verbas diferentes daquelas previstas constitucionalmente.

Com o passar dos anos (2003-2009), várias foram as decisões do STF que, em decisões monocráticas ou acórdãos, ora aceitaram²⁵, ora rejeitaram²⁶ a tese, porquanto ainda não houvera, à época, manifestação

²⁵ Rcl.-MC 2.986/SE, DJ 18/3/2005; Rcl. 2.363/PA, DJ 23/10/2003 e Rcl.-MC 3.880/SE, DJ 18/11/2005.

²⁶ Rcl.-MC 9.413/SP, DJe 1/12/2009; Rcl. 9.125/BA, DJe 16/10/2009; Rcl.-MC 4.614/RS, DJ 16/10/2006 e Rcl. 2.990-AgR/RN, DJE 14/9/2007. Este último acórdão é interessante, pois, ainda que a tese não tenha sido debatida nos autos em questão, mas apenas suscitada de forma indireta, a ementa do julgado apresenta que o plenário havia rejeitado a aplicação da tese, ainda que, em decisões posteriores, alguns ministros voltassem a adotar a teoria: "I. Reclamação. Ausência de pertinência temática entre o caso e o objeto da decisão paradigma. Seguimento negado. II. Agravo regimental. Desprovimento. *Em recente julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade*" (grifo nosso) (Rcl. 2.475-AgR, j. 2.8.07).

definitiva da corte sobre o tema²⁷. Todavia, com vistas a dar fim ao impasse sobre o tema, o tribunal chegou a um breve consenso entre os anos de 2009/2010: afirmava que o plenário ainda não havia se pronunciado sobre a aplicação da tese. Vale salientar que o STF, por meio desse posicionamento, não rejeitou, neste íterim, por inteiro a tese, assim como não determinou sua aplicação sem que fossem determinados alguns parâmetros.

Sem embargo de outras de igual teor²⁸, decisão monocrática da relatoria do Min. Ayres Britto resume o referido entendimento do STF em relação ao tema nos anos de 2009/2010:

“O Plenário deste Tribunal ainda não fixou entendimento no sentido de afirmar a transcendência das razões de decidir nas ações constitucionais. 11. Por ora persiste o entendimento, do Colegiado, segundo o qual a ausência de identidade ‘perfeita’ entre o ato impugnado e a decisão apontada como violada é circunstância que inviabiliza o conhecimento da reclamação. [...] Portanto, seus efeitos vinculantes restringem-se ao objeto de cada ação (as normas impugnadas)” (Reclamação 7.336/SP, rel. Min. Carlos Britto, DJe 3/2/09).

Pouco tempo depois, nos autos da Rcl. 3.014/SP, DJe de 21/5/2010, o plenário, por apertada maioria, entendeu inaplicável a tese da transcendência dos motivos determinantes. Tratava-se de decisão reclamada do TRT da 15ª Região que afastou lei municipal para adotar o

valor da Requisição de Pequeno Valor (RPV) previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Sustentava o município reclamante que, na decisão da ADI 2.868/PI, o Tribunal teria firmado o entendimento de que os municípios poderiam dispor sobre os valores das RPV de acordo com suas possibilidades orçamentárias, sem vínculo com o valor mínimo previsto no ADCT. Considerou o relator, Min. Ayres Britto, que não foi objeto de deliberação na ADI paradigma a questão da distribuição das RPV serem feitas, necessariamente, na forma de salários mínimos, mas apenas a possibilidade de sua determinação pelas leis estaduais e municipais em patamar inferior ao da ADCT. Partindo dessa premissa, julgou que não existia identidade de objetos entre a decisão reclamada e a decisão dotada de efeitos vinculantes, porque a fundamentação da decisão reclamada afirmava que deveria haver vinculação legislativa ao salário mínimo, questão não decidida no acórdão paradigma. Ademais, reforçou o Ministro, o reclamado afastou a lei municipal pela sua não vinculação ao fixar a RPV em salários mínimos, não por estar aquém do *quantum* constitucional²⁹.

²⁷ O posicionamento do plenário seria, inicialmente, decidido na Rcl. 4.219/SP, contudo, em razão do falecimento da parte interessada, o processo foi extinto sem julgamento do mérito.

²⁸ Nesse sentido, ver Rcl. 8.470/DF, DJe 26/6/09; Rcl. 7.905/RN, 8/5/2009; Rcl. 7.280-MC/SP, DJe 12/12/2008; Rcl. 7.808/MT, DJe 12/3/09; Rcl. 7.956/RN, DJe 15/4/2009; Rcl. 8.108/RO, DJe 20/10/2009; Rcl. 8.471/RS, DJe 5/10/2009; Rcl. 8.178/RN, DJe 6/10/2009; Rcl. 9.652/PB, DJe 18/12/2009; Rcl. 5.783/CE, DJe 11/11/09.

²⁹ Após o julgamento da referida reclamação, outras que atestaram a rejeição da teoria foram as que seguem: Decisões Monocráticas nas Reclamações 10.496/CE, 10.538/CE, 10.547/CE, 10.611/GO, todas publicadas no DJe 1/10/2010 e relatadas pela Min. Ellen Gracie; AgR na Rcl. 4.875/SP; AgR na Rcl. 6.319/SC; AgR na Rcl. 4.911/SC, e AgR na Rcl. 8.175/RN, todas publicadas no DJe 6/8/2010 e relatadas pelo Min. Eros Grau; decisão monocrática na Rcl. 10.266/SP, DJe 28/9/2010, Rel. Marco Aurélio; decisão monocrática na Medida Cautelar na Rcl. 7.957/RN, DJe 8/9/2010, Rel. Celso de Mello; AgR na Rcl. 3.294/RN, Rel. Dias Toffoli, DJe 29/11/11; AgR na Rcl. 9.778/RJ, Rel. Ricardo Lewandowski, DJe 11/11/11; AgR na Rcl. 3.385/RN, Rel. Dias Toffoli, DJe 8/9/11; Decisão Monocrática nas Rcl. 17.585/DF, Rel. Cármen Lúcia, DJe 16/6/2014; MC no AgR na Rcl. 13.956/CE, Rel. Celso de Mello, DJe 7/3/2014 (o ministro ressaltou seu entendimento pessoal favorável à tese). E nas seguintes manifestações plenárias: AgR na Rcl. 13.300/PR, Rel. Cármen Lúcia, DJe 25/2/2013; AgR na Rcl. 10.125/PA, Rel. Dias Toffoli, DJe 6/11/2013; AgR na Rcl. 16.004/PB, Rel. Cármen Lúcia, DJe 29/11/2013; AgR na Rcl. 7.956/RN, Rel. Dias Toffoli, DJe 12/11/2013; AgR no Rcl. 13.907/RS, Rel. Dias Toffoli, DJe 13/11/2013; AgR

Antes de continuarmos, precisamos estabelecer algumas premissas para a seção seguinte.

O acórdão do STF constitui-se das seguintes partes: relatório, votos e parte dispositiva. Excluindo o relatório, temos os votos dos ministros e a parte dispositiva. A parte dispositiva do acórdão, via de regra, estabelece o resultado da votação acerca do acolhimento ou não do pedido nas ações abstratas (incluindo a natureza da agregação dos votos, decisões de maioria ou unânimes) – a lei X é constitucional (ADI improcedente); a lei Y é inconstitucional (ADI procedente). A transcendência, portanto, apenas pode estar no voto dos ministros. Dessa forma, sem que nos comprometamos com uma definição ou com alguma perspectiva teórica acerca do tema, a transcendência dos fundamentos determinantes será observada a seguir nas ocasiões em que os ministros se referirem a todos e quaisquer elementos do acórdão que não estejam situados na parte dispositiva³⁰.

3. Hipóteses de (des)cabimento da reclamação constitucional e transcendência dos fundamentos determinantes: análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Não obstante a rejeição quanto à aplicação da tese, foi possível observar, em julgamentos esparsos, que alguns ministros a utilizaram para julgar determinadas reclamações. Desta forma, a fim de delinear alguns parâmetros utilizados pelos ministros em suas decisões, bem como

na Rcl. 4.907/PE, Rel. Dias Toffoli, DJe 21/5/2013; AgR na Rcl. 10.680/GO, Rel. Teori Zavascki, DJe 30/4/2014; AgR na Rcl. 15.789/CE, Rel. Dias Toffoli, DJe 3/4/2014; AgR na Rcl. 16.580/CE, Rel. Dias Toffoli, DJe 10/4/2014; AgR na Rcl. 4.818/ES, Rel. Luiz Fux, DJe 3/6/2014.

³⁰ Construção semelhante pode ser encontrada em Borlina (2012).

para tentar compreender o que os ministros consideraram como fundamento determinante para deferir ou indeferir a reclamação, será feita a análise de julgamentos importantes que serviram para determinar o conteúdo da tese no Brasil.

3.1. Leis ou atos normativos que reproduzem o mesmo conteúdo material de leis ou atos normativos declarados anteriormente inconstitucionais ou constitucionais pelo STF

Em determinados casos, o Tribunal julgou procedentes reclamações para cassar decisões judiciais baseadas em leis ou atos normativos que continham identidade material com leis e atos normativos anteriormente julgados inconstitucionais, ainda que fossem emanados de diferentes estados da Federação³¹.

a) Como exemplo dessa hipótese, cita-se o caso da decisão monocrática na Medida Cautelar na Reclamação nº 4.387/PI, DJ 22/9/2006, da relatoria do Ministro Celso de Mello, em que se discutia, dentre outras questões, ato judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí que, com base em lei estadual, concedeu segurança para equiparar vencimentos de Defensores Públicos estaduais àqueles percebidos pelos membros do Ministério Público piauiense.

Considerou o Ministro que o ato judicial reclamado havia desrespeitado os fundamentos determinantes das decisões proferidas nos julgamentos das ADI 171/MG e 304/MA, porque, em tais oportunidades, o Plenário reconheceu a impossibilidade de equiparação dos vencimentos de Defensores Públicos com aqueles percebidos pelos membros do Ministério Público e demais carreiras jurídicas.

³¹ No mesmo sentido da descrição do tópico, ver Rcl.-MC 4.416/PI, DJ 25/9/2006, Rel. Celso de Mello e Rcl. 5.141/DF, DJ 26/9/2007, Rel. Ricardo Lewandowski.

b) As Reclamações nº 4.906/PA e 4.939/PA, DJ 10/4/2008, Rel. Min. Joaquim Barbosa, tinham por objeto decisões proferidas pela Justiça do Estado do Pará e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que determinaram a reserva de vagas a candidatos aprovados em concurso público para o provimento de cargo de promotor de justiça no referido estado, que foram excluídos do certame por não comprovarem o requisito de 03 (três) anos de atividade jurídica contido no edital.

Ressaltou o relator que a decisão utilizada como paradigma para as reclamações (ADI 3.460/DF) declarou a constitucionalidade de dispositivo que regia o concurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no que tangia à exigência, de comprovação pelo Bacharel em Direito de três anos de exercício de atividade jurídica contados a partir da conclusão do curso e comprovados na data da inscrição. Dessa forma, ponderou que, como a norma declarada inconstitucional pelas decisões reclamadas possuía idêntico conteúdo material ao daquela declarada constitucional na decisão paradigma, conheceu e julgou procedentes as reclamações.

3.2. Atos jurisdicionais que aplicam interpretação diversa daquela definida no controle concentrado pelo STF

O STF, em alguns casos, julgou procedentes reclamações em que houve discordância entre a interpretação do julgamento das ações dotadas de efeito vinculante e as decisões judiciais que deixaram de aplicar o motivo determinante emanado da decisão paradigma.

a) São inúmeras as reclamações propostas em face de decisões da Justiça do Trabalho que, desconsiderando a possibilidade de lei estadual ou municipal estabelecer o que se considera “pequeno valor” ao ente federativo (mesmo

quando inferior ao valor fixado na ADCT), determinaram a expedição de RPV no montante trazido pela CF/88 no art. 87, I do ADCT³², em desrespeito ao entendimento fixado pelo tribunal no julgamento da ADI nº 2.868/PI³³.

b) Outros casos envolvendo precatórios diziam respeito à decisão proferida na ADI nº 1.662/SP, que, ao declarar inconstitucional instrução normativa do TST, fixou o entendimento de que as hipóteses de sequestro de verbas no caso de precatórios advindos de verbas alimentares são apenas aquelas fixadas, expressamente, na Constituição, sendo impossível, portanto, sua compreensão extensiva a outras modalidades³⁴.

3.3. Descabimento da reclamação em casos que não guardam similitude fática com a decisão vinculante paradigma

Na esteira do debatido *supra*, para se afigurar, necessariamente, se determinada

³² De idêntico conteúdo, ver Rcl. 2.991/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl. 3.114/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl. 3.919/RN, Rel. Min. Cármen Lúcia; Rcl. 4.999/RN, Rel. Celso de Mello e Rcl.- MC 2.986/SE, DJ 18/3/2005, Rel. Celso de Mello e Rcl.-MC 4.987/PE, DJ 13/3/2007, Rel. Gilmar Mendes.

³³ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.250/2002 DO ESTADO DO PIAUÍ. PRECATÓRIOS. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. CF, ART. 100, § 3º. ADCT, ART. 87. Possibilidade de fixação, pelos estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional 37/2002. Ação direta julgada improcedente” (STF, Plenário, ADI 2.868/PI, DJ 12/11/2004, Rel. Joaquim Barbosa).

³⁴ No mesmo sentido: “RECLAMAÇÃO. 2. Sequestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de sequestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente” (STF, Plenário, Rcl. 2.363/PA, DJ 1/4/2005, Rel. Gilmar Mendes).

interpretação poderia ser aplicada em outro caso que aparentava ser semelhante, seria necessário realizar um cotejo entre as situações fáticas do caso concreto para que fosse determinada a aplicabilidade ou não da teoria. A partir dessas considerações, alguns ministros entenderam que a referida tese seria aplicável apenas em casos que guardassem similitude fática com a decisão tida como desrespeitada. Nesse sentido, acerca da similitude fática, atestou o Min. Cezar Peluso:

“Só se torna lícito falar em afronta à eficácia vinculante da *ratio decidendi* de decisão proferida por esta Corte, no bojo de ADI ou ADC, nos casos em que o provimento jurisdicional ou administrativo impugnado verse a mesma questão jurídica, decidida em sentido contraditório ao teor do aresto invocado como paradigma. É preciso que a matéria de direito debatida no pronunciamento, cuja autoridade se alega ofendida, seja em tudo semelhante, senão idêntica, àquela sobre a qual se funda a decisão que teria desembocado em conclusão oposta. De outra forma, distintas as situações, não se justifica nem legitima a imposição da eficácia vinculante para além dos limites objetivos e subjetivos da ação em que se exerceu controle concentrado de constitucionalidade.³⁵”

Dessa forma, ainda que fosse alegada pelo reclamante a aplicação da teoria, os ministros analisavam se houve o desrespeito da decisão vinculante averiguando o contexto fático em que foi proferido o ato divergente. Nesse sentido, por exemplo, tem-se o caso da Reclamação 5.828/SP, DJ 4/3/2008, Rel. Min. Cármen Lúcia, proposta contra ato judicial que julgou improcedente o pedido do reclamante em ação que visava anular norma regimental de instituição de ensino superior, com a qual celebrou contrato de prestação de serviços educacionais, uma vez que, por ter ficado impossibilitado de comparecer a algumas disciplinas do curso, fora reprovado. Asseverou que havia solicitado autorização para concluir o curso, o que lhe foi negado por decisão da administração da instituição com base em seu regulamento interno. Alegou que a decisão reclamada teria descumprido os fundamentos determinantes da ADI nº 3.098/SP, que julgou inconstitucional lei paulista que usurpara competência da União para editar normas sobre diretrizes e bases da educação. A relatora sustentou que a simples existência de precedentes não era o bastante para que se configurasse hipótese sujeita ao questionamento pela via da reclamação. Concluiu que haveria de se comprovar a existência de julgado específico afrontado pelo ato judicial e demonstrar a pertinência com a espécie posta em discussão³⁶.

³⁵ Rcl. 3.636/PE, DJ 16/12/2005.

³⁶ No mesmo sentido, de indeferimento ante a ausência de similitude fática entre as decisões questionadas, ver Rcl. 4.463/RS, DJ 12/3/2008, Rel. Ricardo Lewandowski; Rcl. 5.131/

3.4. Descabimento da reclamação nos casos em que a decisão tida como paradigma não é dotada de efeito vinculante

Somente as decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade são dotadas de efeito vinculante, portanto, apenas a essas estariam os destinatários do efeito vinculante sujeitos a sua observância, sob pena de desafiar a reclamação constitucional.

Com base nesse fundamento, o tribunal não conhecia das reclamações que utilizavam decisões desprovidas de efeito vinculante. Exemplo dessa hipótese de descabimento pode ser colhida no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 3.051/RS, DJ 2/8/2006, Rel. Carlos Ayres Britto, em que a agravante sustentava que sua reclamação deveria ser conhecida, uma vez que os atos reclamados (no caso, resoluções do Tribunal Superior Eleitoral) teriam desrespeitado o entendimento do STF fixado no julgamento do RE 197.917/SP, porquanto as resoluções não levaram em consideração a relação proporcional do número de vereadores com o de habitantes da cidade de Pelotas/RS. Aduzia a reclamada a aplicação da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes para suspender o efeito das resoluções do TSE.

O ministro relator desproveu o agravo sob o argumento de que a decisão proferida no recurso extraordinário não era dotada de efeito vinculante *erga omnes*, apenas *inter partes*, motivo pelo qual seria incabível a reclamação, na medida em que o município não participou de nenhum dos pólos do mencionado recurso. Salientou, outrossim, que as resoluções reclamadas foram fiéis ao julgamento proferido pelo STF, sendo, portanto, insubsistente a irrisignação do agravante³⁷.

3.5. Outras hipóteses de descabimento da reclamação

Em determinados casos, alguns ministros (aqueles que não consideravam a aplicação da teoria) deixaram de julgar a reclamação, em razão da impossibilidade de seu manejo, pois o tribunal ainda não havia se ma-

CE, DJ 22/7/2007, Rel. Eros Grau; Rcl. 5.279/SE, DJ 14/4/2008, Rel. Ricardo Lewandowski; Rcl.-MC 5.448/RS, DJ 12/9/2007, Rel. Cezar Peluso; Rcl.-MC 5.355/CE, DJ 2/8/2007, Min. Ellen Gracie; Rcl.-MC 4.527/CE, DJ 28/8/2006, Rel. Joaquim Barbosa; Rcl.-MC 4.587/BA, DJ 31/8/2006, Rel. Sepúlveda Pertence; Rcl. 4.300/SP, DJ 1/12/2006, Rel. Cezar Peluso; Rcl. 3.291/SP, DJ 31/5/2005, Rel. Cezar Peluso e Rcl.-Agr nº 3.293/SP, DJ 13/4/2007, Rel. Marco Aurélio; AgRg na Rcl. 3.456/PI, DJe 11/12/09, Rel. Cármen Lúcia; AgRg na Rcl. 6.019/SP, DJe 16/10/09, Rel. Eros Grau; Rcl. 5.661/MG, DJe 23/3/10, Rel. Cármen Lúcia.

³⁷ Neste sentido, ver Rcl. 3.352/PB, DJ 8/6/2007, Rel. Carlos Britto; Rcl.-AgR 5.389/PA, DJ 19/12/2007, Rel. Cármen Lúcia, Rcl. 6.088/PE, DJ 4/6/2006, Rel. Eros Grau e Rcl.-AgR 5.393/PA, DJ 25/4/2008, Rel. Cezar Peluso e Rcl.-ED/MG nº 5.335/MG, DJ 9/5/2008, Rel. Cezar Peluso; AgR na Rcl. 5.703/SP, DJe 16/10/2009, Rel. Cármen Lúcia e AgR na Rcl. 9.545/SP, DJe 14/5/10, Rel. Dias Toffoli.

nifestado quanto à aplicação da teoria da transcendência dos fundamentos determinantes.

a) Vale trazer à colação, a título de exemplo, o caso da Medida Cautelar na Reclamação nº 4.814/PI, DJ 11/12/2006, Min. Ayres Britto, em que município piauiense impugnou decisão proferida por juiz de direito, que determinou a expedição de mandado de requisição de pequeno valor acima da quantia estabelecida por lei municipal, para o cumprimento de obrigação de natureza alimentar. Alegando afronta à decisão tomada pelo STF na ADI 2.868/PI, o município sustentou a possibilidade de aplicação da teoria da transcendência, uma vez que o art. 87 do ADCT teria facultado à fazenda municipal a possibilidade de fixar o *quantum* adotado como pequeno valor, desde que dentro do limite constitucional.

Considerou o ministro³⁸ que o julgamento da ADI levantada como paradigma tomou por base lei estadual do Piauí; dessa forma, para prover a liminar na referida reclamação, teria, necessariamente, que aplicar a teoria da transcendência. Contudo, salientando que o pleno do tribunal ainda não havia assentado posicionamento quanto ao tema da aplicação da teoria, negou o pedido liminar³⁹.

b) Nessa linha de raciocínio, também não caberia, igualmente, reclamação no caso de decisões tomadas em contrariedade a súmulas desprovidas de efeito vinculante, pois, ainda que essas consubstanciem o entendimento do tribunal acerca de determinada matéria, as decisões que foram tomadas por base para

a feita do enunciado, bem como o próprio enunciado não possuem o caráter vinculante (STF, Plenário, Rcl.-Agr 5.082/DF, DJ 4/5/2007, Rel. Ellen Gracie).

c) Não caberia reclamação, ainda que se sustentasse a aplicação da teoria da transcendência, quando o ato reclamado tivesse sido editado ou proferido anteriormente à decisão do STF no controle concentrado. Tomando por base esse entendimento, cite-se o caso da Rcl.-MC nº 4.638/RJ, DJ 9/5/2007, Rel. Celso de Mello, em que se questionou resolução da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro que estendeu, administrativamente, a todos os servidores ativos, inativos e pensionistas a incorporação, aos vencimentos, proventos ou pensões, do percentual correspondente a 26,05% da diferença da URP do mês de fevereiro de 1989, o que teria desrespeitado o julgamento proferido na ADI 2.951/PE, invocando-se, para esse efeito, a transcendência dos motivos determinantes subjacentes a tal decisão, que não reconheceu direito líquido dos servidores públicos ao referido reajuste de vencimentos.

Salientou o ministro que, inobstante a possibilidade de proposição de reclamação para garantir a eficácia das decisões dotadas de efeito vinculante, essa seria incabível, porém, quando o ato editado fosse anterior à decisão do Tribunal (como no caso em questão), porquanto ausente qualquer parâmetro decisório fixado pelo STF, cuja inobservância por órgãos judiciais e/ou administrativos pudesse legitimar a utilização da via reclamationária⁴⁰.

³⁸ Conferir, neste sentido, do referido ministro: Rcl.-Mc nº 4.614/RS, DJ 16/10/2006; Rcl.-MC nº 4.739/MG, DJ 31/10/2006; Rcl.-MC nº 5.087/SE, DJ 18/5/2007; Rcl.-MC nº 5.365/SC, DJ 15/8/2007.

³⁹ Nesse mesmo sentido da negativa de aplicação da teoria, ver: Rcl.-MC nº 5.120/RO, DJ 30/4/2007, Rel. Ricardo Lewandowski e Rcl.-Agr nº 2.990/RN, DJ 14/9/2007, Rel. Sepúlveda Pertence; Rcl. MC 9.413/SP, Dje 1/12/09, Rel. Ayres Britto.

⁴⁰ No mesmo sentido, ver AgR/Rcl./QO 1.723/CE, DJ de 8/8/01, Rel. Celso de Mello; AgR/Rcl./QO nº 1.480/CE, Rel. Néri da Silveira, DJ de 8/6/01; Rcl. nº 1.114/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 12/3/02; Rcl. nº 2.834/RN, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 28/9/04; Rcl. nº 2.716/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 29/11/04, e Rcl. nº 6.438/MG, Rel. Min. Carlos Brito, DJ de 15/9/08 e Rcl. 8.995/MG, Cezar Peluso, Dje 20/11/09.

4. Análise de decisões posteriores à rejeição da tese da transcendência

Passados quase quatro anos da decisão plenária que rejeitou a aplicação da tese da transcendência dos motivos determinantes, é possível analisar de que maneira o Tribunal trata as reclamações que ainda sustentam a aplicação da teoria como fundamento de sua proposição. De antemão, seria lógico afirmar que estariam excluídas algumas das hipóteses acima apresentadas, especialmente, as de número 01, 02 e 03 (a similitude fática pode ocorrer com base em normas oriundas de fontes diferentes)⁴¹.

Com efeito, do estudo das hipóteses de aplicação da tese da transcendência no STF e sua atual jurisprudência, uma importante conclusão pode ser extraída: uma simples limitação do efeito vinculante à parte dispositiva (tal como delimitada seções acima) não explicaria o julgamento de algumas reclamações.

Em determinada oportunidade, Gilmar Mendes, em decisão monocrática, conheceu e deu provimento à reclamação que tinha por objeto decisão judicial que desrespeitou o julgado na ADI 1.662/SP⁴². Tratava-se de caso que possuía temática semelhante à do julgamento da Rcl. 1.987/DF, que desencadeou a aplicação da tese em nosso país, ainda que não a mesma, uma vez que a autoridade reclamada determinou o sequestro de verbas públicas com base na suposta preterição do precatório do credor, tomando como paradigma precatório de pessoa jurídica diversa da devedora. Ou seja, a reclamação foi julgada procedente para impedir o sequestro, tendo sido julgada em um caso de ente federativo diverso; fundamentada em ato impugnado distinto e composto de partes diferentes do acórdão da ADI, portanto, o conhecimento da reclamação e seu provimento apenas poderiam ser explicados pela força vinculante de algo diferente da parte dispositiva da ADI 1.662/SP.

⁴¹ Concordamos com César Borlina (2012, p. 19-20) ao afirmar que a exigência de uma estrita aderência significa aceitar a tese em certa medida, uma vez que implica em duas hipóteses: 1) casos que envolvem o mesmo tema ou a mesma tese jurídica ou 2) o mesmo ato normativo.

⁴² Nesse sentido, ver Rcl. 3.219/CE, DJe 22/11/10, Gilmar Mendes. Tratavam os autos de reclamação ajuizada pelo Estado do Ceará em face do Presidente do TJ/CE, o qual, ao determinar o sequestro de verbas estaduais, teria violado o decidido na ADI 1.662/SP. De acordo com o Min. Gilmar Mendes, no julgamento da ADI 1.662, o Tribunal fixou o entendimento de que a única forma de sequestro autorizada pela Constituição Federal, na hipótese prevista no antigo art. 100, § 2º, decorreria da quebra da ordem cronológica de pagamento, em proteção ao direito de precedência de credor. Assim, no caso da Rcl., o precatório posteriormente incluído não poderia ser apontado como paradigma para demonstrar a quebra da ordem constitucional, uma vez que fora expedido contra pessoa jurídica distinta (no caso, uma autarquia estadual), cuja responsabilidade para o cumprimento de seus débitos não se confundiria com a da entidade responsável pelo precatório, supostamente, preterido. Dessa forma, descaberia ao reclamado, com base em pretenso inadimplemento do ente público, não fundado em quebra de ordem de precatório, determinar o sequestro de verbas do Estado.

Ao julgar procedente reclamação cuja ofensa à ADI 1.662/SP foi igualmente suscitada, o Min. Joaquim Barbosa, cassando decisão do TST, considerou, tal qual decidido na ADI paradigma, que a correção de cálculos apenas seria possível em relação a diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos ou de inexatidões dos cálculos dos valores precatórios. Nesse sentido, a determinação do TST de limitar os cálculos à data-base dos servidores fixada na fase de precatório implicaria alterar os critérios de cálculos adotados e, por conseguinte, os limites da sentença exequenda, cujo capítulo específico sobre o tema estava coberto pelo manto da coisa julgada, impossibilitando sua reversão por acórdão do TST via Recurso Ordinário⁴³.

Mas as controvérsias acerca da ADI 1.662/SP não se limitaram a manifestações monocráticas.

Na Rcl. 2.640/RJ⁴⁴, ocasião em que fora autorizado sequestro de verbas da Universidade Estadual do Rio de Janeiro para pagamento de precatório trabalhista não pago no prazo definido, a Min. Cármen Lúcia julgou a reclamação procedente com base na violação da ADI 1.662/SP (a ministra citou trecho da ementa da ADI paradigma).

Além de inúmeros outros precedentes, a ministra citou a Rcl. 1.987/DF como decisão que sustentava seu argumento central. No entanto, não teve nenhum comentário sobre a tese da transcendência.

No julgamento da Rcl. 2.425/ES⁴⁵, o município de Vila Velha impugnou decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, que confirmou decisão da presidência do tribunal que concedeu os pedidos de sequestro de verbas públicas apresentados por sindicatos de trabalhadores, em razão do seu não pagamento no prazo legal.

O relator do caso, Min. Dias Toffoli, após afastar a exceção de coisa julgada, em função da natureza administrativa do procedimento de pagamento de precatórios, ponderou que o sequestro de verbas, no caso, ocorreu em decorrência do escoamento do prazo legal, com base na interpretação feita do art. 78, § 4º do ADCT, algo vedado pelo julgado na ADI 1.662/SP, oportunidade em que ficara assentada (o ministro cita trecho da ementa da ADI) a inexistência de nova possibilidade de sequestro de verbas para precatórios de origem alimentar pela EC nº 30/00.

É válido ressaltar que o ministro citou um curioso precedente para sustentar a sua decisão. Trata-se da Rcl. 1.923/RN, de 2001, Rel. Maurício Corrêa. A referida reclamação é semelhante à Rcl. 1.987/DF, apesar de o ministro não citar a última como precedente. Notório opositor da

⁴³ Rcl. 2.412/MA, Joaquim Barbosa, DJe 3/11/11.

⁴⁴ Rcl. 2.640/RJ, Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 18/5/2011.

⁴⁵ Rcl. 2.425/ES, Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 8/4/2013.

tese da transcendência, Toffoli não teceu nenhum comentário sobre sua aplicabilidade ou não ao caso, mesmo tendo julgado a reclamação indo além do dispositivo da ADI 1.662/SP⁴⁶.

Não por outra razão, o Ministro Marco Aurélio alegou a falta de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigma, por conta de novidades normativas não presentes na análise da ADI 1.662/SP e divergiu do relator. Apesar da divergência, Marco Aurélio não citou a tese da transcendência.

Em outro interessante caso⁴⁷, os reclamantes alegaram que decisão administrativa do TJ/RS teria afrontado o decidido na ADI 3.566/DF, oportunidade em que ficou assentado, essencialmente, que eram inconstitucionais normas de regimento interno de tribunal que dispusessem sobre o universo dos magistrados elegíveis para seus órgãos de direção de forma incompatível com a Loman. O Regimento Interno do TJ/RS estava, por conseguinte, em descompasso com o artigo 102 da LC nº 35/79, uma vez que ampliava, de forma contrária à Loman, o rol de desembargadores elegíveis aos cargos de direção do referido tribunal.

O relator da reclamação, Min. Luiz Fux, entendeu que a decisão administrativa do TJ/RS violou a ADI. Para reforçar seu argumento, transcreveu parte dos debates ocorridos na ADI 3.566/DF, ressaltando que os ministros do STF chegaram à conclusão, na ocasião, de que se tratava de uma matéria restrita à Lei Complementar, uma vez que se deveria apresentar uma regulamentação uniforme para a eleição dos cargos de direção

⁴⁶ Segue a parte dispositiva: “O Tribunal, por maioria de votos, rejeitou a prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, vencidos os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e o Presidente. Por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação, quanto aos itens I, II, V, VI, VII, IX, X, XI e XIII, da Instrução Normativa nº 11, de 10 de abril de 1997, do Tribunal Superior do Trabalho. Por maioria, julgou procedente o pedido formulado quanto aos itens III e XII, da referida instrução normativa, vencidos os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e o Presidente. Por unanimidade, o Tribunal julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação, quanto à alínea b do item VIII da Instrução Normativa nº 11/97-TST, fixando a interpretação segundo a qual as diferenças agasalhadas são resultantes de erros materiais ou aritméticos, ou de inexatidão dos cálculos dos precatórios, não podendo, porém, dizer respeito ao critério adotado para a elaboração do cálculo ou a índices de atualização diversos dos que foram utilizados em primeira instância, salvo na hipótese de substituição por força de lei do índice aplicado. E, por maioria de votos, o Tribunal julgou procedente, em parte, o pedido formulado quanto ao item IV, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso e o Presidente, para assentar o alcance único, segundo o qual o dispositivo não encerra obrigação para a pessoa jurídica. Falou pelo requerente o Dr. José Roberto de Moraes, Subprocurador-Geral do Estado. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Néri da Silveira. Presidiu o julgamento Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 30.8.2001”. Nada, nem remotamente, na parte dispositiva, justifica a decisão do relator da reclamação em análise. Por outro lado, se observarmos o voto do relator na ADI paradigma, Maurício Corrêa, especialmente os parágrafos enumerados entre 4-18, a interpretação da Constituição extraída por Toffoli, no caso, se apresenta mais clara. Em função do tamanho, pouparemos o leitor da transcrição, mas a interpretação feita por Corrêa nos parágrafos citados pode ser, exatamente, resumida no ponto 1 exposto na ementa da ADI, excerto que fora citado no voto de Toffoli.

⁴⁷ Rcl. 9.723/RS, Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 14/12/11.

nos tribunais nacionais. Portanto, concluiu o relator da reclamação que o procedimento de escolha dos cargos de direção do TJ gaúcho previsto no seu regimento ofendera, em princípio e abstratamente, a regra sobre o tema contida na Loman e reforçada na ADI.

Tendo em vista que a reclamação ora em análise foi julgada após a decisão da negativa de aplicação da tese da transcendência, o Ministro Luiz Fux necessitava justificar sua conclusão sem recorrer a qualquer argumentação que pudesse transparecer que sua decisão reconhecia que a ADI fora violada em seus fundamentos. Para tanto, afirmou que a parte dispositiva da ADI nº 3.566/DF era expressa ao vedar que regimento interno de tribunal pudesse ofender o artigo 102 da Loman⁴⁸. Para o ministro foi essa compreensão que produziu efeitos vinculantes.

Luiz Fux ressaltou, expressamente, que não estava defendendo a aplicação da tese da transcendência dos motivos determinantes, de modo que não estava ampliando os limites da decisão afrontada, mediante a invocação de sua possível *ratio decidendi*, mas que estava apenas reconhecendo uma direta ofensa à autoridade do Supremo Tribunal Federal quando assentou a primazia da Loman sobre normas regimentais.

É importante destacar que o relator afirmou, categoricamente, que o fato de na ADI 3.566/DF se ter apreciado um dispositivo do Regimento Interno do TRF da 3ª Região era irrelevante para o conhecimento da reclamação. O ministro relator concluiu que a ementa da ADI vinculante consagrava a assertiva de que eram inconstitucionais as normas de regimento interno de tribunal que dispunham sobre o universo dos magistrados elegíveis para seus órgãos de direção. Portanto, a ofensa ao comando judicial veiculado na ADI era patente, pois a Loman foi violada, mostrando-se prescindível a identidade absoluta entre os dispositivos regimentais que a violavam Loman⁴⁹.

⁴⁸ A parte dispositiva da ADI 3.566/DF é a seguinte: “O Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. No mérito, por unanimidade, o Tribunal julgou prejudicada a ação relativamente ao § 1º do artigo 4º, e improcedente quanto ao *caput* desse artigo da Lei nº 7.727/89. E, por maioria, vencido o Relator, declarou a inconstitucionalidade do artigo 3º, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, bem como o artigo 11, inciso I, alínea a dessa norma regimental, nos termos do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, que redigirá o acórdão. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e o Senhor Ministro Eros Grau. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 15.02.2007”. Como se pode observar, sem maiores esforços, em nenhum momento se faz menção expressa aos motivos que levaram à declaração da inconstitucionalidade do Regimento Interno do TRF da 3ª Região, nem mesmo qualquer citação da Loman.

⁴⁹ Nas discussões do caso, o Ministro Cezar Peluso assim se manifestou: “A Corte, na ADI, fixa a tese, ela é aplicável a qualquer outra circunstância idêntica, pois não é possível que o Tribunal seja obrigado, em cada reclamação, a examinar novamente caso igual a que se aplica mesma tese jurídica. O Tribunal fixa a tese jurídica na decisão da ADI. A mesma coisa sucede aqui, ou seja, se o Tribunal já fixou que norma regimental que contrarie a Lei Orgânica é inconstitucional, basta examinar e aplicar o precedente a norma idêntica”.

Sem embargo do exposto, o Ministro julgou improcedente a reclamação, uma vez que o mandato de quem estava nos cargos de direção do TJ/RS estava em curso e em vias de se encerrar. Assim, citando os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, o STF não conheceu da nulidade das eleições para o biênio 2010/2012.

Pouco tempo depois, o plenário teve de lidar com questão semelhante, oriunda do mesmo tribunal estadual. Na Rcl. 13.115/RS, igualmente relatada pelo Ministro Luiz Fux, para justificar o conhecimento e a conseqüente procedência da reclamatória, o relator defendeu a mesma argumentação esboçada acima, tanto acerca do mérito, quanto acerca da não utilização da tese da transcendência.

Na espécie, a reclamação fora ajuizada por magistrado que, inobstante figurar na quinta colocação na ordem de antiguidade dos desembargadores elegíveis e ser o segundo mais antigo dentre os candidatos, não tivera seu nome sufragado nas eleições realizadas para o biênio 2012-2013. Em função da desistência dos desembargadores mais antigos em participar da eleição, o desembargador eleito figurara em quinquagésimo na ordem de antiguidade e em quinto dentre os concorrentes. O reclamante alegara que não se poderia estender o universo dos elegíveis a todos os desembargadores que integrassem o tribunal, supostamente, violando a Loman e as decisões do STF nas ADIs 3.566/DF, 3.976/SP e 4.108/MG.

Contudo, o ministro Marco Aurélio encabeçou a divergência (majoritária) ao defender que a CF/88 era silente quanto às eleições para cargos de direção nos tribunais, na medida em que lhes garantiria autonomia administrativa e financeira. Ademais, o art. 99 da CF/88 não teria submetido a administração do tribunal às prescrições da Loman, e o art. 93 não previra

os casos de eleições para cargos de direção. Por fim, e o mais importante, o ministro suscitou que, como não havia transcendência (a tese fora rejeitada), o acórdão referente ao tribunal federal não poderia ser paradigma, além de salientar que os argumentos do relator estavam lidando com o fundamento da questão, e não com a parte dispositiva do caso.

No entanto, apesar das contraditórias decisões descritas, que demonstram que a Corte parece aplicar a teoria outrora rejeitada, o STF vem decidindo que descabe reclamação em casos em que inexista identidade ou similaridade entre a decisão vinculante e a reclamada, sob o fundamento de que a tese da transcendência seria inaplicável.

Em determinado caso⁵⁰, a Ministra Cármen Lúcia, por exemplo, sob o fundamento da ausência de similitude fática, afirmou que a decisão na ADI paradigma se limitou a declarar inconstitucional parte de lei do Estado do Paraná, que possibilitou que os cartorários e serventuários de justiça fossem incluídos no regime previdenciário dos servidores públicos estaduais, enquanto a decisão reclamada pela Procuradoria do Estado do Ceará se assentara em norma constitucional do Estado do Ceará que resguardava o direito adquirido dos serventuários da justiça, não concursados, que contribuíram para o regime público antes da edição da lei federal 8.935/94. Ainda que versassem sobre questões com o mesmo fundo temático (os serventuários e cartorários, por não serem servidores públicos, não poderiam fazer parte do regime previdenciário público estatal), o plenário decidiu não entrar no mérito da discussão sobre a possibilidade de normas estaduais estabelecerem limites temporais à incidência da lei 8.935/94.

⁵⁰ AgR na Rcl. 11.831/CE, Cármen Lúcia, DJe 16/11/2011.

Nos autos do AgR na Rcl. 8.175/RN⁵¹, o Tribunal, novamente, indeferiu o pleito por ausência de similaridade entre o caso paradigma e a decisão impugnada. Tratava-se de decisão que, supostamente, teria afrontado a ADI 3.260/RN, que declarou inconstitucional lei orgânica do MP/RN, que concedia isenção de taxas e emolumentos judiciais a membros inativos da instituição. A Corte apontou como fundamento para o provimento da ADI a desigualdade criada entre contribuintes, exclusivamente, por conta do cargo ocupado pelo indivíduo. A decisão impugnada na reclamação, por sua vez, se escorava em lei complementar diferente, ainda que do mesmo ente federado, que dispunha que os membros e os servidores do Poder Judiciário não estavam sujeitos aos pagamentos de custas e emolumentos pelos serviços judiciais e extrajudiciais. É importante ressaltar que a redação das normas impugnadas era semelhante, e a justificativa para a inconstitucionalidade, com certeza, permanecia a mesma (isonomia tributária). Portanto, a ausência de similaridade, de acordo com o Tribunal, foi decidida com base na diferença entre os atos normativos impugnados nas ações (diferentes Leis Complementares). O STF, pouco tempo depois, declarou a inconstitucionalidade do referido artigo reclamado na ADI (3.334/RN, Ricardo Lewandowski, DJe 5/4/11), lançando mão dos mesmos fundamentos da ADI 3.260/RN, utilizada, inclusive, como precedente.

Por outro lado, importante jurisprudência tem sido construída pelo STF com base no precedente da ADI 2.868/PI para julgar casos não oriundos de reclamações. O precedente dotado de efeito vinculante, atualmente, é interpretado pela Corte de acordo com sua fundamentação para (des)prover agravos de instrumento e recursos extraordinários, de diversos entes federa-

tivos, contrários ao estabelecido como razões da decisão⁵². Nesses casos, o Tribunal reconhece a vinculação à interpretação que fez da Constituição, uma vez que não se poderiam explicar tais decisões do STF, simplesmente, citando o fato de o plenário ter declarado constitucional a lei 5.250/02, do Piauí. Como exemplo do afirmado, assim decidiu a Min. Cármen Lúcia:

“No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.868, Redator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que os Estados-membros podem estipular valor diverso do determinado no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente às obrigações de pequeno valor [...] Embora o precedente se refira a Estado-membro, o entendimento é totalmente aplicável ao caso concreto, pois o art. 87 do ADCT explicitamente afirma que a sua definição sobre pequeno valor é aplicável ‘até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação’, na qual se incluem os municípios” (Decisão Monocrática no AI 776.407/MA, DJe 1/6/10).

Todavia, quando a mesma questão surge mediante reclamação constitucional, o STF julga improcedentes tais pleitos, com base na ausência de similitude fática entre o precedente e o caso que deu origem à reclamationária⁵³. Em

⁵¹ AgR na Rcl. 8.175/RN, Rel. Eros Grau, Pleno, DJe 6/8/2010.

⁵² Nesse sentido, ver Decisões Monocráticas nos RE 638.736/MG, Min. Dias Toffoli, DJe 14/3/2014; AgR no RE 729.107/DF, Min. Marco Aurélio, 20/11/2013; AI 801.009/MA, Min. Gilmar Mendes, DJe 8/10/2013; AI 761.701/MS, Min. Dias Toffoli, DJe 6/6/2013; AI 835.426/MA, Min. Gilmar Mendes, DJe 25/3/2013; AI 723.555/MG, Min. Dias Toffoli, DJe 11/10/2012; AI 736.156/MA, Min. Dias Toffoli, DJe 24/4/2012; RE 553.431/RS, Dias Toffoli, DJe 3/6/11; RE 627.722/MA, Cármen Lúcia, DJe 30/11/10; AI 811.739/MA, Gilmar Mendes, DJe 15/10/10; AI 804.874/MA, Ricardo Lewandowski, DJe 20/8/10; RE 584.087/SE, Ayres Britto, DJe 10/6/10. Decisões colegiadas: ED no AI 761.701/MS, Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, 27/11/2013.

⁵³ Decisões Monocráticas na Rcl. 9.441/PB, Min. Rosa Weber, DJe 8/8/2014; 2.986/SE, Min. Celso de Mello, 17/3/2014; Rcl. 6.394/MS, Min. Gilmar Mendes, DJe

caso semelhante ao acima transcrito, em que o reclamado declarou a inconstitucionalidade de lei municipal (Ipatinga/MG), que definia como pequeno valor a quantia de quinze salários mínimos, o Min. Ayres Britto⁵⁴ afirmou o seguinte:

“[...] Ora, no âmbito dos presentes autos, o que pretende o reclamante? Exigir integral respeito aos motivos determinantes do julgado proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.868. Motivos que, segundo ele, reclamante, não foram observados pelo Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Coronel Fabriciano/MG, ao proferir a decisão reclamada. Deslembro de que, na decisão alegadamente violada, não estava em causa a Lei nº 2.323/2007, que definiu como de pequeno valor, para a Fazenda Pública do Município de Ipatinga/MG, a quantia de quinze salários mínimos. Sendo assim, avulta a impertinência da alegação de desrespeito à decisão tida por paradigmática. [...] O que pretende o reclamante é, na verdade, a própria declaração de constitucionalidade da nº 2.323/2007, do Município de Ipatinga/MG, Lei não examinada na ADI 2.868. Ainda que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal sinalize a declaração de constitucionalidade da mencionada norma, em eventual julgamento de ação direta especificamente proposta para tal fim, é indispensável que se respeitem os contornos jurídico-processuais da via instrumental própria (a ADI ou a ADC) [...]”

5. Considerações conclusivas

A consolidação da rejeição formal da tese da transcendência dos motivos determinantes por parte do STF é uma das primeiras conclusões que se pode extrair da análise jurisprudencial sobre o tema. Desde sua primeira aplicação, a tese não se estabeleceu de maneira unânime entre os ministros, uma vez que alguns deles negavam-lhe validade em decisões monocráticas. Não obstante, inúmeras manifestações do Tribunal a utilizaram como fundamento para conhecimento e provimento de reclamações constitucionais ao longo de sua vigência (2003-2010). Entretanto, é perceptível que, após a decisão na Rcl. 3.014/SP, a Corte não reconheceu, na grande maioria dos casos, ao menos de um ponto de vista formal e explícito, qualquer validade à tese da transcendência dos motivos determinantes.

Não obstante o anteriormente afirmado e tomando como parâmetro comparativo as hipóteses de aplicação da tese elencadas mais acima, percebe-se que algumas delas continuaram a ser aplicadas mesmo após

22/5/2013; Rcl. 14.352/MG, Min. Rosa Weber, DJe 3/9/2012; Rcl. 5.959/AL, Dias Toffoli, DJe 17/3/11; Rcl. 5.156/AL, Joaquim Barbosa, DJe 20/9/10. Decisões Colegiadas: AgR. na Rcl. 4.532/PI, Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 12/8/2014; AgR. na Rcl. 4.247/PI, Min. Joaquim Barbosa, DJe 5/5/2011;

⁵⁴ Rcl. 5.585/MG, Ayres Britto, DJ 1/2/12.

a decisão na Rcl. 3.014/SP. Os exemplos mais importantes são aqueles que envolveram a interpretação da ADI 1.662/SP, uma vez que o deferimento do pedido reclamationário em tais casos não se explica, somente, pela declaração de (in)constitucionalidade da lei ou norma infraconstitucional. Além de demonstrar contradições em seus pronunciamentos, as referidas decisões apontam que os ministros divergem sobre qual seria o conteúdo da tese, ou seja, são variadas as interpretações sobre o que significa estender força vinculante à fundamentação do julgado, uma vez que a fundamentação das decisões nos casos que envolveram a referida ADI não poderia ser encontrada na parte dispositiva, mas, geralmente, em trechos selecionados das ementas.

Nos debates ocorridos nas Rcl. 3.014/SP, 9.723/RS e 13.115/RS, por exemplo, são patentes as discordâncias entre os ministros sobre o que configuraria o efeito vinculante transcendente. Nesse sentido, mesmo após sua formal rejeição, a existência de decisões que, indiretamente, ainda aplicam a tese pode ser explicada pelas diferentes interpretações que surgem sobre o que ela significa⁵⁵.

Neste passo, uma das atuais justificativas para o indeferimento de reclamações após a Rcl. 3.014/SP é a ausência de similitude fática entre a decisão reclamada e a vinculante. Apesar de os ministros discordarem sobre o que seriam as similitudes fáticas capazes de ensejar a propositura da via reclamationária (por vezes consideram que é prescindível a identidade dos atos impugnados; por vezes consideram como ponto essencial), é válido ressaltar que, mesmo

⁵⁵ Preferimos reforçar a ideia de que os ministros divergem de boa fé acerca da interpretação do efeito vinculante, a sufragar a ideia de Borlina (2012, p. 50) de que alguns ministros – ou talvez a Corte – esquivam-se da discussão sobre o limite do efeito vinculante das decisões de controle abstrato de constitucionalidade, sem, no entanto, abandonar por completo a tese.

sendo uma restrição a certa transcendência dos motivos determinantes, não se pode negar que se trata, ainda, de um efeito que se irradia para além da parte dispositiva, porquanto tenderia a alcançar atos diversos daqueles originalmente impugnados, com partes que não participaram da contenda original, advindos de entidades diversas da federação e baseados na interpretação feita pelo Tribunal, desde que possuam semelhanças com o caso paradigma. É importante, todavia, notar que o caso da Rcl. 8.175/RN poderia ser considerado diferente daquele da Rcl. 9.723/RS, uma vez que, na primeira, o regime constitucional e os princípios políticos que regem as duas categorias de agentes políticos (Juizes e MP) são diferentes. Por outro lado, o regime legal de eleições para cargos de direção nos tribunais deveria ser único e uniforme no país. Dessa forma, a análise de similaridades e identidades feita pelo tribunal não se resumiria a um simples cotejo entre os textos normativos.

As duas últimas conclusões seguintes estão, de certo modo, interligadas e podem ser resumidas na seguinte assertiva: os precedentes oriundos de ações constitucionais cujas decisões produzem efeito vinculante são aplicados e possuem força normativa independentemente de sua característica vinculante, uma vez que o plenário do STF tem afirmado, reiteradamente, que as reclamações constitucionais não são o meio procedimental mais adequado para a interpretação dos mesmos ou de declarações incidentais de (in) constitucionalidade. O que não impede que o STF reconheça a força vinculante dos fundamentos em outras vias processuais

Com efeito, os julgados dotados de efeito vinculante possuem uma importante força argumentativa na decisão de outros casos em que possam ser utilizados como precedentes, tal como visto nas ADI 2.868/PI e 3.260/RN. Em ambas, a fundamentação (a razão de decidir) exerceu papel determinante no julgamento

dos recursos extraordinários, Agravos de Instrumento e ADIns subsequentes de temáticas semelhantes. No entanto, ainda que não se possa afirmar, com segurança, que essa força argumentativa tenha sido imposta pelo efeito vinculante, o último não foi suficiente para que os casos posteriores, que surgiram mediante Reclamação (mecanismo que surge no ordenamento como consequência prática da existência do efeito vinculante⁵⁶), fossem julgados de acordo com a decisão vinculante paradigma. Dito em outras palavras, a vinculação formal imposta pela Constituição não foi suficiente para que, sempre e de qualquer maneira, os julgados dotados de efeito vinculante fossem aplicados em seus fundamentos quando a vinculação formal se fazia presente de maneira mais latente (ou seja, quando o caso chega ao STF na via reclamatória).

Nesse passo, parece correto afirmar que o STF não descarta dos fundamentos determinantes dos julgados, algo que não foi (nem poderia ser) eliminado pela decisão na Rcl. 3.014/SP. Portanto, a preocupação com a igualdade na interpretação do direito permanece, uma vez que os fundamentos dos precedentes são sempre manejados para justificar sua aplicação, ainda que haja uma restrição quando o argumento da igualdade na interpretação do direito é veiculado mediante reclamação. Consequentemente, o indeferimento das reclamações e a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva justificam-se pela garantia de outros direitos fundamentais igualmente importantes, quais sejam o do contraditório e o da ampla defesa. Com efeito, conforme se observa nas decisões do STF que aplicam os fundamentos determinantes das decisões dotadas de efeitos vinculantes em procedimentos diversos da reclamação, o direito à igualdade na interpretação do direito é e pode

ser garantido por outros meios processuais que garantam os sobreditos direitos fundamentais.

As conclusões acima reforçam o argumento de que o efeito vinculante possui uma faceta instrumental processual e que não está, necessariamente, relacionado a aspectos substanciais inerentes à posição do STF no ordenamento constitucional.

A última conclusão do trabalho está intimamente ligada à derradeira das duas conclusões acima, porquanto a análise da jurisprudência mais recente do STF demonstra que a reclamação constitucional, da maneira atualmente regulamentada, é incompatível com quaisquer interpretações do efeito vinculante que possibilitem a declaração incidental de (in) constitucionalidade, bem como aquelas que permitam a aplicação dos precedentes por meio de sua fundamentação. As críticas mais contundentes às interpretações ampliativas do papel da reclamação no STF foram feitas pelo Ministro Joaquim Barbosa. Para o Ministro, a reclamação constitucional não serviria para discussão original e inédita da inconstitucionalidade de normas que não foram cogitadas no acórdão paradigma, pois ela não substitui o controle de constitucionalidade, abstrato ou concreto, originário ou recursal⁵⁷. Ademais, considera que a reclamação constitucional possui rito abreviado, de instrução restrita, em que dispensa notificação de eventuais interessados no pleito. Portanto, a fim de assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa, seria inadequado elastecer o campo de questões controvertidas para abarcar assuntos que não foram examinados pelo precedente⁵⁸.

Por fim, é possível afirmar, considerando todo o exposto, que o Tribunal não rejeitou, por completo ou substancialmente, a tese da trans-

⁵⁶ Nesse sentido, ver ADC 1/DF e Rcl. 1.880/SP.

⁵⁷ Rcl. 5.156/AL, Joaquim Barbosa, DJe 20/9/10.

⁵⁸ Rcl. 4.090/PI, Joaquim Barbosa, DJe 14/10/2010.

condência, mas é inegável que restringiu significativamente seu alcance. Ainda que seja muito cedo para concluir se a limitação da aplicação da tese ocorreu por limitações procedimentais da reclamação ou por conta de uma interpretação mais substantiva sobre os limites do efeito vinculante, os resultados obtidos demonstram uma maior força da primeira hipótese, na medida em que os fundamentos determinantes dos julgados vinculantes continuam sendo utilizados em outros procedimentos, contudo, são aplicados de maneira mais limitada no bojo do mecanismo considerado como capaz de restaurar a validade da decisão vinculante violada. Portanto, é impossível prever se a tese poderia ser aplicada em sua modalidade mais ampla, caso as deficiências apontadas pelo Min. Joaquim Barbosa fossem supridas ou que, mesmo sendo feitas alterações no procedimento da reclamação, a tese ainda seria considerada inadequada pelo tribunal. Neste último caso, novas considerações deverão ser formuladas sobre o efeito vinculante e sobre sua relação com a reclamação.

A única certeza, todavia, é a de que, apesar de sua rejeição pela maioria da Corte, o tema da transcendência dos motivos determinantes voltará a ocupar a pauta do STF em um futuro breve.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes?. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 115-133.

_____. *Controle abstrato de constitucionalidade*. Saraiva: São Paulo, 2004.

BORLINA, César Santos. *Limite do efeito vinculante das decisões de controle abstrato de constitucionalidade: estudo a partir da reclamação constitucional*. 2012. 130f. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2003.

LEAL, Roger Stiefelman. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.27, n.8, 89-115, 2012.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing, 1997.

MAGALHÃES, Breno Baía. Efeito vinculante: o que ele não é. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 14, n. 104, p. 707-730, 2013.

_____; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto?. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 195, p. 77-95, jul./set. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAUÉS, Antonio G. Moreira. Ensaio sobre a harmonização da jurisprudência constitucional. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al (Org.). *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 83-97.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no supremo tribunal federal. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.) *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORATO, Leonardo Lins. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLLERO TASSARA, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana et al (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 19-52.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. 269f. Tese (Doutorado) – Departamento de direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

_____; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, jan./jun., p. 21-44, 2009.

X-Men: da ficção à realidade?

Posicionamentos de sentinelas bioconservadoras

ÉVERTON WILLIAN PONA

MARCIA TESHIMA

Sumário

1. Introdução. 2. Humano por acidente; pós-humano por escolha. 3. As vozes das sentinelas. 3.1. Liberalismo eugênico? 3.2. *The X-factor* e a natureza humana. 3.3. *Hay perfección? Soy contra!* 4. Conclusão.

1. Introdução

Éverton Willian Pona é mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR; especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC/Londrina; bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina; Analista Judiciário.

Marcia Teshima é doutoranda em Direito pela Universidade de Buenos Aires – Argentina; mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR; Professora Assistente da Universidade Estadual de Londrina; advogada.

Alguns acontecimentos efetivamente deixam marcas indelévels na história e provocam profundas transformações na forma como a sociedade se autocompreende e na maneira como os indivíduos interagem entre si. Em decorrência de determinados eventos, sejam da força cósmica da natureza, sejam consequências mediatas ou imediatas das escolhas e ações humanas, a coletividade, por vezes, é chamada a rever os paradigmas nos quais, por tempos, se sustentaram a estabilidade e a organização sociais e a apresentar novas alternativas.

O surgimento da filosofia, as grandes navegações, a ocorrência de duas guerras mundiais, a ida do homem ao espaço, todos esses fatos, entre tantos outros, contribuíram para a estruturação do pensamento do homem que hoje se conhece e da sociedade tal como se apresenta.

Mas talvez a realização de maior potencial revolucionário e transformador somente se tenha dado há alguns anos. Desde a descoberta do genoma humano e o sequenciamento da cadeia do DNA humano, a medicina e as ciências da saúde não são mais as mesmas. E a forma de o ser humano se posicionar em face da vida, da morte, da saúde, do envelhecimento e das doenças sofreu mudanças drásticas. A inauguração da era da genética e da biotecnologia trouxe ao debate o questionamento acerca de quais seriam os limites da ciência e da medicina.

A cura de doenças, objetivo tradicional da arte médica, agora com o apoio do conhecimento provindo das bases da genética, não satisfaz mais aos interesses de parcela da sociedade. As possibilidades de manipulação ofertadas pelo conhecimento genético cativam os defensores de uma forma de compreensão da moralidade que não apenas permite, mas, por vezes, incentiva o melhoramento genético humano. Conhecidos como trans-humanistas, argumentam em prol do desenvolvimento biotecnológico e da engenharia genética como modos de promover o aperfeiçoamento do ser humano (*human enhancement*).

Em papel de antagonismo, encontram-se os bioconservadores, cujos argumentos, substancialmente, centram-se na defesa da continuidade de uma natureza eminentemente humana, o que impede a utilização de tecnologias e conhecimentos da engenharia genética para dar origem ao indivíduo pós-humano.

Nesta abordagem, especificamente, serão estudados os argumentos dos principais pensadores da corrente bioconservadora: Jürgen Habermas, Francis Fukuyama e Michael Sandel. Antes, entretanto, da descrição e da demonstração do modo como cada um deles se opõe ao melhoramento genético e ao aperfeiçoamento humano, dedicar-se-á um tópico inicial para, justamente, caracterizar sumariamente o posicionamento trans-humanista. Não serão expostas, todavia, minúcias dos pensamentos de tais autores, por não se tratar do objeto do presente estudo, mas apenas linhas a situar o leitor no panorama das controvérsias que a revolução biotecnológica ofertou para a discussão bioético-jurídico-filosófica. De igual modo, não serão abordadas as respostas trans-humanistas aos argumentos aqui apresentados, pois tal procedimento em muito ampliaria o círculo do debate, o que não é possível pela concisão do presente trabalho. Apenas algumas críticas

pontuais, já antevistas e enfrentadas pelos próprios autores, serão cotejadas.

Os argumentos bioconservadores serão apresentados, posteriormente, na ordem cronológica de publicação das principais obras dos autores mencionados. Assim, *O Futuro da Natureza Humana* (lançado em 2001), de Jürgen Habermas, será estudado primeiro, seguido de *Nosso Futuro Pós-Humano* (lançado em 2002), de Francis Fukuyama, e, finalmente, serão expostos os argumentos de Michael Sandel em *Contra a Perfeição* (lançado em 2007).

2. Humano por acidente; pós-humano por escolha

Quando Stan Lee e Jack Kirby criaram, em 1963, a HQ (história em quadrinhos) dos X-Men, provavelmente não imaginavam que um mundo com mutantes se tornasse realidade. Na história, alguns indivíduos desenvolveram habilidades especiais, como voar, controlar o tempo, a telepatia, o magnetismo, transformar o corpo, devido ao X-gene com o qual nasceram, fruto de um salto evolucionário em decorrência de mutações provocadas pela exposição à energia nuclear (a causa específica não é claramente determinada nas histórias). O fato é que uma classe superior de indivíduos surgiu e, com ela, conflitos. A sociedade organizada não estava preparada para aceitar os super-humanos, os mutantes com superpoderes, e o fato de alguns deles utilizarem os “dons” que possuíam para fins egoístas ou maléficos, em determinado ponto, colocou os humanos em guerra contra os mutantes. Grandes robôs chamados “Sentinelas” foram construídos para localizar e aniquilar os portadores de mutações.

A narrativa é apenas uma parte do enredo que envolve o universo ficcional dos X-Men, mas, da ficção à realidade, se as habilidades mutantes descritas ainda não são possibilidades

realísticas, a mutação e a manipulação genéticas, entretanto, fazem-se presentes na contemporaneidade. Se guerra não há, instaurou-se intenso debate entre duas correntes de pensamento acerca dos limites das biotecnociências¹. A razão disso é que, desde 2003, com a consolidação do Projeto Genoma Humano, sobretudo impulsionada por uma perspectiva liberal, têm-se impulsionado a pesquisa e o desenvolvimento de técnicas que permitem o *enhancement*, ou seja, o aperfeiçoamento dos indivíduos. Desse modo, a questão principal do debate tem sido discutir se há algo de muito valioso em ser humano que o aprimoramento genético poderia destruir (ROACHE; CLARKE, 2009, p. 4.1).

Os trans-humanistas (*pro-enhancement, transhumanist ou bioliberals*) defendem que se denomina pós-humanismo uma noção de rompimento com as limitações impostas pela natureza e biologia humana por meio da biotecnologia (GOFFI). Para fins de definição, pode-se dizer que trans-humanismo

“[...] é tanto uma filosofia fundada na razão e um movimento cultural que afirma a possibilidade e a conveniência de fundamentalmente melhorar a condição humana por meio da ciência e tecnologia. Trans-humanistas buscam a continuação e aceleração da evolução da vida inteligente além de suas atuais forma e limitações humanas, por meio da ciência e tecnologia, guiados por princípios e valores de promoção da vida” (tradução nossa²).

O termo foi cunhado por J. Huxley em 1957, quando, percebendo que a evolução biológica conduziria a algum lugar até então desconhecido, sugeriu que o processo ocorreria em três níveis: inorgânico ou cosmológico, orgânico ou biológico e humano ou psicossocial, caso em que, “*man remaining man, but transcending himself by realizing new possibilities of and for his human nature*” (HUXLEY, 1957 apud GOFFI, s.d.).

Como premissas básicas de pensamento, os trans-humanistas rejeitam a argumentação em torno da defesa da natureza humana e centram-se no fato de que o corpo humano possui limitações e obsolescências, as quais podem (e precisam) ser superadas com o auxílio da tecnologia e da ciência. O envelhecimento e a morte são inimigos a serem combatidos

¹ Para fins deste estudo, pode-se entender biotecnociência como “um conjunto de ferramentas teóricas, técnicas, industriais e institucionais que visa pesquisar e transformar os seres e processos vivos (*sic*) objetivando, grosso modo, promover um genérico bem-estar de indivíduos e populações”, mas que desperta dilemas sociais, filosóficos e também jurídicos, de modo que se passe a questionar a sua utilidade e mesmo validade (DIAS; VILAÇA, 2010, p. 30).

² “[...] is both a reason-based philosophy and a cultural movement that affirms the possibility and desirability of fundamentally improving the human condition by means of science and technology. Transhumanists seek the continuation and acceleration of the evolution of intelligent life beyond its currently human form and human limitations by means of science and technology, guided by life-promoting principles and values” (MORE, 2009).

de forma incansável, e apresenta-se uma nova e revolucionária proposta de independência de constrangimentos e limitações biológicas. A inteligência será aumentada; a capacidade física, o potencial atlético e toda sorte de habilidades possíveis se encontram na ceia prometida àqueles que banquetearão com o pós-humanismo.

Sob uma bandeira de liberdade, defendem os trans-humanistas que todo tipo de técnica de aperfeiçoamento deve ser desenvolvido e que as pessoas devem ter a possibilidade, se assim desejarem, de livremente delas se utilizarem, mesmo saudáveis (DIAS; VILAÇA, 2010).

Como representantes dessa perspectiva, destacam-se os posicionamentos de Bostrom, Sandberg, Harris, Savulescu e Kahane. Ronald Dworkin também pode ser considerado um defensor dessa linha de raciocínio, na medida em que claramente dirigiu críticas à argumentação contra eugenia apresentada por Habermas, como posteriormente será analisado.

Em resistência à pós-humanidade, encontram-se os bioconservadores (*bioconservatives, anti-enhancement*)³. Duas questões podem ser postas como principais: a primeira – moral –, de que o aprimoramento humano pode alterar algo intrinsecamente valioso acerca do ser humano e, portanto, é errado – *human nature claim* –; e a segunda – política –, de que, por essa razão, o aprimoramento deve ser banido (ROACHE; CLARKE, 2009).

É crença substancial dos bioconservadores a necessidade de defesa de uma ontológica natureza humana, impondo limites à manipulação, às intervenções genéticas e ao aperfeiçoamento dos indivíduos, de acordo com sua exclusiva vontade e disponibilidade das tecnologias. Dignidade humana também se apresenta como fundamento para rejeição do

³ Neste ponto, tem relevância mencionar que essa divisão não é fixa ou totalmente definida. Rebecca Roache e Steve Clarke (2009, p. 4.1) mencionam que aqueles que não aderem ao argumento dos bioconservadores de defesa da natureza humana, mas que ainda têm alguma restrição em relação ao aperfeiçoamento, são chamados de biomoderados. Ainda, aduzem que bioliberais são aqueles os quais não veem quaisquer riscos e defendem que o *enhancement* deve ser permitido. Uma subdivisão dentro da categoria dos bioliberais são os *transhumanists* que não somente contrariam a proibição como defendem que o aprimoramento é desejável (ROACHE; CLARKE, 2009, p. 4.2). Goffi faz uma classificação, de acordo com a familiaridade política de cada categoria, em conservador (*conservative*) ou progressista (*progressive*). Assim, ele distingue *economic conservatives* (EC), que seriam os conhecidos como totalmente a favor da livre iniciativa e do livre mercado, ou seja, liberais, dos *economic progressives* (EP), que admitem a intervenção estatal em prol do social e não acreditam na mão invisível; *cultural conservatives* (CC), conservadores e religiosos, dos *cultural progressives* (CP), seculares e cosmopolitas, que defendem os direitos das minorias e, portanto, liberais; e, finalmente, *biopolitic conservative* (BC), que não confiam na biotecnologia e pretendem grandes restrições, dos *biopolitic progressives* (BP), os quais são a favor das intervenções. Da conjugação dessas categorias, segundo Goffi, os principais resultados de interesse para o debate são *hard bioconservatives* (EC + CC + BC), *democratic bioconservatives* (EP + CP + BC), *libertarians transhumanists* (EC + CP + BP), *democratic transhumanist* (EP + CP + BP) e *bio Luddities* (EP + CC + BC).

enhancement. Ademais, parte da argumentação sustenta o comprometimento da autonomia individual e da autenticidade da vida com o aperfeiçoamento genético (DIAS; VILAÇA, 2010, p. 31).

Essa linha argumentativa poderá ser encontrada nas obras que serão especificamente analisadas abaixo.

3. As vozes das sentinelas

Um mundo com mutantes ainda não é uma realidade, e, provavelmente, se um dia o desenvolvimento genético permitir tamanhas alterações ou quaisquer que sejam as alterações autorizadas, não se crê que a sociedade mundialmente organizada, hoje fundamentada no forte discurso e prática dos direitos humanos, admita que perseguições como as promovidas pelos robôs-sentinelas nas histórias dos X-Men venham a se concretizar.

As sentinelas de agora são arautos do discurso. Não de perseguição, mas de proteção. Não se opõem às pessoas, mas a técnicas. A seu modo, filiam-se à defesa dos indivíduos, da humanidade e sua eminente natureza.

Habermas, entre os incontestes bioconservadores, tem o discurso mais antigo a ser analisado nas linhas que seguem.

3.1. Liberalismo eugênico?

Jürgen Habermas, filósofo alemão ligado à Escola de Frankfurt, publicou em 2001, segundo suas palavras, “uma versão redigida da conferência Christian Wolff” (HABERMAS, 2010, p. 1), apresentada em 28 de junho daquele ano, na Universidade de Marburgo. Trata-se da obra *O futuro da natureza humana – a caminho de uma Eugenia liberal?*

A obra encontra-se dividida em três partes. Na primeira, o filósofo aborda a questão da exis-

tência ou não de respostas pós-metafísicas sobre a “vida correta”; na segunda, que propriamente interessa a este estudo, o leitor se encontra diante da eugenia liberal, que comprometeria a autocompreensão ética da espécie; por último, a relação entre fé e saber. Analisar-se-á, neste estudo, somente a segunda parte da obra, que inclui posfácio escrito entre o final de 2001 e o início de 2002.

Para fins de correta compreensão dos argumentos lançados por Habermas, faz-se necessário ter em mente que o filósofo parte da concepção kierkegaardiana de ser humano, a qual leva em consideração não somente o indivíduo em si mesmo, mas em suas relações intersubjetivas. A realização completa da natureza humana defendida por Habermas só tem espaço para efetivamente acontecer no processo intercomunicacional, inter-relacional. “No ‘relacionamento interpessoal’, não por um ‘capricho da natureza’, a dependência revela a constituição de um sujeito, na sujeição de sua constituição com outro sujeito. O sujeito que é sujeito de não escapa à condição de ser ao mesmo tempo sujeito à (*sic*)” (FELIPE, 2005, p. 340). Portanto, pode-se afirmar haver certa forma de condicionamento da identidade e da liberdade do sujeito pelos limites de compreensão da comunidade moral.

“Nessa perspectiva, só se pode ser si mesmo, no contexto de conceitos pré-estabelecidos. São esses conceitos nos quais o próprio indivíduo se definirá e autocompreenderá⁴. O outro, particular ou transcendental, marca, pois, indelevelmente, a estruturação subjetiva e objetiva de todo sujeito moral” (FELIPE, 2005, p. 340).

⁴“O indivíduo arrepende-se dos aspectos condenáveis de sua vida pgressa e decide continuar agindo de modo em que ele consegue se reconhecer novamente sem se envergonhar. Sendo assim, ele articula a autocompreensão da pessoa que ele gostaria que os outros conhecessem e reconhecessem nele” (HABERMAS, 2010, p. 10).

Esse pressuposto fica claro quando, ao tratar da dignidade humana, Habermas afirma não ser algo que se possa possuir por natureza, mas que somente existe nas relações intersubjetivas. “Ela [a dignidade] marca, antes, aquela ‘intangibilidade’ que só pode ter um significado nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas” (HABERMAS, 2010, p. 47).

A realização e a conformação da pessoa só se dão, segundo Habermas, com a inserção da vida biológica no contexto social interpessoal⁵. Somente com a interação e com o diálogo, com a consideração e o reconhecimento da identidade do outro, é que se pode dizer que o indivíduo se tornou efetivamente pessoa⁶. Nesse aspecto, distingue-se entre a dignidade da vida humana e a dignidade [da pessoa] humana – que ele destaca ser garantida juridicamente a toda pessoa (HABERMAS, 2010, p. 51).

Partindo dessa percepção e diante do claro desenvolvimento biotecnológico, especialmente argumentando contra o diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI) e a utilização de células-tronco de embriões exclusivamente para pesquisa, criticando a eugenia positiva, mas admitindo a eugenia negativa, Habermas propõe o que denomina de moralização da natureza humana⁷, apoiado em van Daele

(apud HABERMAS, 2010, p. 34), noção a qual aduz que “aquilo que se tornou tecnicamente disponível por meio da ciência deve voltar a ser normativamente indisponível por meio do controle moral”.

O pensamento habermasiano preocupa-se, em grande medida, em evitar que, com o avanço biotécnico e a manipulação genética, a humanidade se encaminhe para o que ele denomina eugenia liberal, que “deixa às preferências individuais dos integrantes do mercado a escolha dos objetivos relativos a intervenções que alteram características” (HABERMAS, 2010, p. 27)⁸. Trata-se de processo eugênico, caracterizado pela ausência da coercibilidade estatal, verdadeiramente marcado pela ausência estatal em decisões relativas a questões que envolvem a liberdade de reprodução e direitos individuais.

“Embora a eugenia liberal seja uma doutrina menos perigosa do que a antiga eugenia, ela é também menos idealista. Apesar de toda sua tolice e ignorância, o movimento eugenista do século XX nasceu da aspiração por aprimorar a humanidade, ou promover o bem-estar coletivo de sociedades inteiras. A eugenia liberal se exime de tais ambições coletivas. Não é um movimento de reforma social, mas uma forma de pais privilegiados terem o tipo de filho que desejam e armá-los para o sucesso numa sociedade competitiva” (SANDEL, 2013, p. 89)⁹.

⁵“O ser geneticamente individualizado no ventre materno, enquanto exemplar de uma comunidade reprodutiva, não é absolutamente uma pessoa ‘já pronta’. Apenas na esfera pública de uma comunidade linguística é que o ser natural se transforma ao mesmo tempo em indivíduo e pessoa dotada de razão” (HABERMAS, 2010, p. 49).

⁶“Antes de ser inserida em contextos públicos de interação, a vida humana, enquanto ponto de referência dos nossos deveres, goza de proteção legal, sem ser, por si só, um sujeito de deveres ou um portador de direitos humanos” (HABERMAS, 2010, p. 50).

⁷Para ele, pode-se entender a moralização da natureza humana “no sentido da auto-afirmação de uma autocompreensão ética da espécie, da qual depende o fato de ainda continuarmos a nos compreender como únicos autores de nossa história de vida e podermos nos reconhecer

mutuamente como pessoas que agem com autonomia” (HABERMAS, 2010, p. 36).

⁸“A dessensibilização do nosso olhar em relação à natureza humana, que caminharia de mãos dadas com o fato de nos habituarmos a tal prática, prepararia o caminho para uma eugenia liberal” (HABERMAS, 2010, p. 98).

⁹Sandel (2013, p. 89-90) acredita que, muito embora se argumente que o Estado se ausenta, quando se trata da eugenia liberal, sua presença é mais notável do que se pretende admitir. Se melhoramento genético não difere da melhoria por meio da educação, contanto que não violem a autonomia da criança, e é papel dos pais promover o bem-estar dos filhos e dever do Estado exigir que os pais cuidem de seus filhos, então, da mesma maneira que é dever do Estado garantir a educação para as crianças, exigindo que os pais mandem seus filhos para a escola, em determinado ponto,

Habermas propõe, então, uma rigidez imposta pela moralidade em face dos avanços proporcionados pela biotecnologia, por acreditar que permitir a manipulação genética e a intervenção no genoma alheio provocaria a ruína das bases de autorreconhecimento dos indivíduos como pertencentes à mesma comunidade moral e, portanto, interferiria na autocompreensão ética da espécie. Ao se interferir na composição genética de outro indivíduo, estar-se-ia retirando a possibilidade de ele se autocompreender como único autor de sua história de vida, limitando-se sua liberdade.

“A manipulação genética poderia alterar nossa autocompreensão enquanto seres da espécie de tal maneira, que, com o ataque a representações do direito e da moral, os fundamentos normativos e incontornáveis da integração social poderiam ser atingidos” (HABERMAS, 2010, p. 37).

Além do mais, a manipulação genética tornaria túrgida a barreira de distinção e apreensão entre o que é natural (subjetivo) e o fabricado (objetivo) e, como o argumento principal, poderia afetar a autocompreensão ética do indivíduo a respeito de si mesmo.

“Os ‘novos horizontes éticos’ [...] consistem em tornar incerta a identidade da espécie. Os desenvolvimentos notórios e temidos da tecnologia genética afetam a imagem que havíamos construído de nós enquanto ser cultural da espécie, que é o ‘homem’, (*sic*) e para o qual parecia não haver alternativas” (HABERMAS, 2010, p. 56).

Em relação ao argumento de que, se tanto o genoma quanto os fatores externos contribuem para a formação do indivíduo, ambos deveriam receber a mesma atenção e, de igual modo, manipulação genética e condicionamento social seriam equivalentes, Habermas sustenta que o indivíduo não apenas “possui” o seu corpo, como ele também “é” o seu corpo e “o modo de experienciar esse corpo vivo é primário e, dele, também vive a subjetividade da pessoa humana” (HABERMAS, 2010, p. 70-71).

Desse modo, à medida que o ser humano em desenvolvimento tomase consciência do seu corpo e o percebesse como resultado de fabricação, da escolha exclusiva dos pais, visualizar-se-ia em perspectiva reificante, como objeto e não como indivíduo. Não há chance de reconsideração para ele, em relação às suas características, escolhidas pelos pais projetores e programadores.

“Na medida em que um indivíduo toma no lugar de outro (*sic*) uma decisão irreversível, interferindo profundamente na constituição orgâ-

passa a ser exigido, por parte desse mesmo Estado, que os pais se utilizem de tecnologias genéticas para melhorar o desempenho e as habilidades dos filhos.

nica do segundo, a simetria da responsabilidade, em princípio existente entre pessoas livres e iguais, torna-se limitada” (HABERMAS, 2010, p. 20), além de que, “o conhecimento de uma programação eugênica do próprio patrimônio hereditário limita a configuração autônoma da vida do indivíduo e mina as relações fundamentalmente simétricas entre pessoas livres e iguais” (HABERMAS, 2010, p. 33).

No pensamento de Habermas (2010, p. 75), haveria inversão lógica, e ser um corpo passaria a estar subordinado a ter um corpo. Por força desses argumentos, tem-se afirmado que, para o pensador alemão, o cerne da questão repousa no fato de que

“[...] a autocompreensão moral da modernidade baseada na liberdade e igualdade só é compatível com a intervenção genética com fins de eugenia positiva se esta prática não implicar limitações àqueles predicados [ética da espécie, concernente às autodescrições intuitivas do que define o ser humano como sendo distinto de outras espécies]” (DUTRA, 2005, p. 330).

A oposição de Habermas à eugenia positiva, portanto, dá-se em razão da potencialidade de alterar a natureza que identifica todos os indivíduos como seres humanos os quais comungam de uma mesma identidade básica, reconhecida no outro e distinta das demais espécies. O potencial transformador pode fazer surgir uma nova identidade, não mais reconhecida como o humano, e, então, os sustentáculos de organização social, política, moral e jurídica, tais como hoje estruturados, não serão suficientes. A autocompreensão do indivíduo será afetada e, por consequência, a autocompreensão da própria espécie.

Ocorre que a postura bioconservadora de Habermas tem recebido grandes críticas. Há quem afirme que o pensador pressupõe a determinação genética em fatores que dependem também de condições ambientais e de criação. Argumenta-se que não há natureza humana sem criação e que a mera determinação de características genéticas não necessariamente determina seu plano de vida (DALL'AGNOL, 2005, p. 321). Defende-se que Habermas não compreende o fato de uma intervenção genética não retirar a liberdade do sujeito e que não esclarece o que a pessoa rejeita, se o detalhe escolhido pelos progenitores ou o fato de eles terem interferido (FELIPE, 2005, p. 342)¹⁰.

¹⁰ Quando Habermas diz que, se o manipulado discorda da manipulação, tem sua liberdade de escolha tolhida, Sonia T. Felipe (2005, p. 342) aduz que isso já ocorre e que o adolescente culpa seus pais por suas características, mas argumenta que o manipulado pode escolher seguir a vida com a facilidade proporcionada pela manipulação ou então seguir outro caminho, sem tais facilidades decorrentes da intervenção. Diz ainda que Habermas não apresenta argumentos os quais sustentem que, sem as intervenções, os seres humanos sejam autores da própria vida. Cita o caso, por exemplo, de características genéticas não passíveis de supressão por intervenções e transmitidas de pai para filho. Argumenta-se que

Em relação à distinção entre o natural e o artificial, há quem se oponha, asseverando ser a dicotomia entre natureza e criação falsa, de modo a cada vez mais se perceber que o indivíduo é resultado da interação de sua carga genética com o meio ambiente. Afirma-se que “não há determinação ontológica através dos processos de reprodução artificiais” (DALL’AGNOL, 2005, p. 323).

Ademais, aponta-se possível contradição no pensamento habermasiano, pois, no início, usam-se os argumentos de Kierkegaard de que a pessoa se constitui intersubjetivamente; mas seus argumentos temem que a genética seja mais importante para a constituição da pessoa do que a moral (FELIPE, 2005, p. 346). Ao distinguir entre o que cresce naturalmente e o que é fabricado, ele não teria compreendido que o organismo no qual a pessoa moral se desenvolve sempre foi algo dado, antes por Deus ou pelo acaso da loteria genética, mas dado, não escolhido. Agora seria dado pelos pais, programadores. O sujeito só existe depois e por meio do dado (FELIPE, 2005, p. 347).

Observe-se que, mesmo entre bioconservadores, encontram-se críticas aos argumentos habermasianos. Michel Sandel, cujo pensamento será abordado posteriormente, analisando a exposição do filósofo alemão, afirma que o argumento é intrigante, pois parte da premissa de ser exclusivamente liberal e não necessitar de conceitos espirituais ou teológicos, que não depende de nenhum conceito particular de bem viver (SANDEL, 2013, p. 91). Para Sandel, Habermas está certo em se opor à eugenia, mas errado em pensar que o argumento contra ela possa repousar em apenas termos liberais. A razão disso é que

os defensores da eugenia têm razão quando argumentam que as crianças projetadas não são menos autônomas do que as naturais, pois, na ausência de manipulação, não poderiam escolher a carga genética. Ainda, os pais que desde cedo obrigam os filhos a praticarem determinadas atividades exercem um controle que não tem reciprocidade. Como insistem os liberais, essa intervenção paterna pode prejudicar a liberdade da criança em escolher o próprio caminho de vida. Por isso, Sandel (2013, p. 92) acredita que “nenhuma ética da autonomia e da igualdade pode explicar o que há de errado na eugenia”.

Mas Michael Sandel destaca que Habermas tem outro argumento importante em relação à liberdade. Para o filósofo alemão, a ideia de liberdade só é vivenciada plenamente tendo-se como referência algo que, pela própria natureza, não está à nossa disposição. A origem da liberdade humana precisa ser vinculada a algo que fuja da realidade humana ou, ao menos, do controle totalmente humano e seja proveniente de algo (Deus ou a natureza, por exemplo), mas não de outro indivíduo (SANDEL, 2013). O nascimento, segundo o pensamento de Habermas, por ser um fato natural, atende a esse requisito, de constituir um início que não podemos controlar. Destaca que Hannah Arendt mesma abordou a natalidade como uma das condições da ação humana (o ser nasce, e não é fabricado) (SANDEL, 2013).

Habermas defende ligação entre a contingência do início de uma vida, que não está sob controle, e a liberdade de conferir uma forma ética à vida de alguém.

Ronald Dworkin e Thomas Nigel levantaram algumas objeções a Habermas durante o seminário *Law, Philosophy & Social Theory*, realizado na *New York University*. O posfácio acrescido à obra ora analisada destina-se a esclarecer tais apontamentos.

os filhos poderiam acusar os pais de os terem condenado a ter tal carga genética e a passá-la para seus descendentes (FELIPE, 2005, p. 342-343).

De início, levanta-se voz contra o fato de uma pessoa que foi objeto de intervenção genética sentir-se subjetivamente determinada por outra pessoa. Para Habermas, não há como dizer que a pessoa heterodeterminada vá sofrer efetivamente. “Todavia, o argumento da heterodeterminação é outra coisa. Ele não se refere a uma discriminação, (*sic*) que a pessoa em questão sofre em seu ambiente, mas a uma autodepreciação induzida antes do nascimento, a um dano em sua autocompreensão moral” (HABERMAS, 2010, p. 111).

O programador não lesa nenhum direito moral da pessoa programada. Entretanto, a intervenção ocorre de maneira prévia, na gênese da identidade de uma futura pessoa, de maneira unilateral e irreversível. “Nesse sentido, ele não impõe nenhuma limitação à liberdade de outra pessoa de moldar sua própria vida, mas ao se converter em co-autor de uma vida alheia, intervém, por assim dizer, de dentro, na consciência da autonomia de outrem” (HABERMAS, 2010, p. 111)¹¹.

Quanto a quatro pressupostos, foram estas as principais objeções: a) crítica em relação à premissa que estabelece a intervenção realizada por uma terceira pessoa; b) conhecimento retrospectivo da intervenção pré-natal; c) entendimento/reconhecimento da intervenção por

parte da pessoa modificada, mas que permanece a mesma; e d) premissa de que a pessoa modificada se recusa a incorporar as modificações.

No que tange, pois, a tais questionamentos, Habermas afirma que só tem sentido falar em heterodeterminação e violação da autonomia se a manipulação for realizada por terceira pessoa e que há “um encaminhamento da vida e da identidade de outra pessoa, que não pode ser reconsiderado, sem sequer supor, ainda que de forma contrafactual, o consentimento dessa pessoa” (HABERMAS, 2010, p. 118). O conhecimento posterior estaria, de certo modo, relacionado ao direito à informação das origens genéticas, e negar essa premissa seria admitir que tal informação permanecesse oculta da pessoa cuja carga genética passou por processos artificiais de intervenção. Mesmo com relação àqueles que tomam conhecimento e nada dizem, é preciso que tenham a chance de dizer ‘não’ a algo que pode condicionar as possibilidades de realização de sua vida futura (HABERMAS, 2010).

De fato, a defesa que Habermas faz da natureza humana não pode ser desconsiderada. Por outro lado, não se pode ter olhos obnubilados e obscurecidos pela lógica e coerência dos argumentos. As críticas levantadas são pontuais e questionadoras. Ao mesmo tempo que se admite preocupante a intervenção, com o potencial, como alerta Habermas, para alterar bases de autocompreensão ética da espécie, faz-se necessário, moralmente também, justificar de maneira sólida em que medida a eugenia negativa se torna mais tolerável do que a positiva.

Igualmente, não basta argumentar que o direito se apresenta, nessas circunstâncias, como limitador eugênico em uma tentativa de salvar o homem da autoinstrumentalização (BARRETO; SUBTIL, 2010). Na teoria habermasiana, é necessária uma justificativa democrática, discursiva e racional para tal proibição. Há, sim,

¹¹ Em relação ao fato de ele mencionar que o indivíduo manipulado não se sentiria “em casa no próprio corpo”, argumenta-se que já hoje muitos indivíduos nutrem esse sentimento e, mesmo naqueles não manipulados, o corpo não foi escolhido, senão dado. Ademais, na ocorrência da manipulação, não há corpo ou consciência a sustentar tal percepção e não há continuidade de consciência ao longo da vida que garanta o prejuízo para esse sentimento sustentado por Habermas. Como não haveria memória da intervenção sofrida, e não há continuidade da consciência plena de si ao longo de todo o processo vital (que Habermas defende só fazer sentido se se desenvolver de maneira natural), para que a pessoa se sinta em união com seu corpo, em continuidade da vida orgânica, não faz sentido fundar a ética nesse pressuposto (FELIPE, 2005, p. 345). Portanto, não haveria consciência de autonomia a ser ferida, pois, no momento de ocorrência da manipulação, não haveria consciência, corpo ou pessoa, na perspectiva adotada por Habermas.

necessidade de regulamentação jurídica das novas tecnologias e talvez haja de fato miopia na eugenia liberal, que, sob a defesa da liberdade, termina por interferir na liberdade de outrem (DUTRA, 2005).

Não se pode, no entanto, ignorar o fato de que o argumento de Habermas chega a um paradoxo, pois não há como compatibilizar a eugenia positiva com liberdade e igualdade, ao passo que, por outro lado, não há como regulamentar tal prática, por se tratar de escolhas individuais. Ademais, a vida humana não é mais um entre tanto outros bens, pois impacta na compreensão dos seres humanos como representantes da espécie e se vincula diretamente à autocompreensão moral individual. Desse modo, firma-se estreita e direta ligação entre a ética da espécie (continuidade da humanidade) e a autocompreensão como seres livres e iguais (DUTRA, 2005, p. 331).

Das reflexões de Habermas, fica sempre um alerta para o perigo de desconsiderar totalmente as concepções que se têm hoje em prol de um futuro incerto, pois

“[...] quando as imagens religiosas e metafísicas do mundo perderam sua força universal, após a transição para um pluralismo ideológico tolerado, nós (ou a maioria de nós) não nos tornamos cínicos frios nem relativistas indiferentes, pois nos mantivemos no código binário de julgamentos morais de certo e errado – e assim quisemos nos manter. Adaptamos as práticas do mundo da vida e da comunidade política às premissas da moral da razão e dos direitos humanos, pois elas forneciam uma base comum favorável a uma existência da dignidade humana acima das diferenças ideológicas. Talvez, hoje, a resistência afetiva à temida alteração da identidade da espécie humana possa ser esclarecida – e justificada – por motivos semelhantes” (HABERMAS, 2010, p. 101).

Motivos distintos podem fundamentar a mesma opinião. Expostos, pois, os argumentos (e algumas das críticas) habermasianos, a sequência trata da defesa da natureza humana feita por Francis Fukuyama.

3.2. *The X-Factor* e a natureza humana

Francis Fukuyama é cientista e economista político. Atualmente, é *Senior Fellow* no *Center on Democracy, Development and the Rule of Law at Stanford University*. Integrou o *President's Council on Bioethics* dos Estados Unidos no período de 2002 a 2005.

Em 2004, questionado pela revista *Foreign Policy*, juntamente com outros intelectuais da época, sobre qual seria a ideia mais destrutiva nos próximos anos, Fukuyama respondeu que o trans-humanismo representaria a maior ameaça ao bem-estar da humanidade, caso fosse desenvolvido (GOFFI, s.d.).

Na obra estudada, dividida em três partes – I) Sendas para o futuro; II) Sendo humano; e III) O que fazer –, as razões de tal posicionamento tornam-se claras.

O capítulo primeiro parte, sobretudo, do cenário imaginado por Aldous Huxley em *Admirável mundo novo*, obra clássica de ficção datada de 1932, a qual trata da revolução biotecnológica que conduziu a um processo de desumanização dos indivíduos e proporcionou a ascensão de regime totalitário que controla desde nascimentos (todos artificiais e programados) até os sentimentos das pessoas (por meio de uma droga conhecida como *soma*). Atingiu-se a sociedade perfeita, sem violência e criminalidade, pois os indivíduos são condicionados geneticamente, de acordo com as classes a que pertencem, e recebem, além disso, condicionamento social. Questionando o que haveria de errado com o mundo descrito na distopia de Huxley, Fukuyama (2003, p. 20) afirma que a resposta “está na dependência de nossa ideia da importância da natureza humana como fonte de valores”. Para o autor, a natureza humana efetivamente existe, e o maior perigo, como já alertara Huxley, caracteriza-se justamente pela possibilidade de alterá-la.

Na mesma linha de raciocínio apresentada por Habermas, de que a alteração das estruturas de compreensão da ética da espécie afetaria a autocompreensão moral dos indivíduos e as próprias noções de moralidade como certo e errado, justo ou injusto, Fukuyama (2003, p. 21) acredita que “a natureza humana molda e limita os tipos possíveis de regime político, de modo que uma tecnologia poderosa o bastante para remodelar o que somos terá possivelmente consequências malignas para a democracia liberal e natureza da própria política”.

Uma essência, portanto, permanece e é compartilhada pela humanidade, e sob essa noção a sociedade tem construído suas bases,

sustentada principalmente pelas ideias de igualdade e liberdade.

“Essa essência, e a visão de que indivíduos portanto têm valor intrínseco, é o coração do liberalismo político. Mas modificar essa essência é o coração do projeto trans-humanista. Se começarmos a nos transformar em algo superior, que direitos essas criaturas aperfeiçoadas demandarão e que direitos possuirão quando comparadas com aqueles que ficaram para trás? Se alguns vão adiante, pode alguém resistir a seguir?” (FUKUYAMA, 2010, tradução nossa¹²).

A primeira vítima de um mundo pós-humano, segundo o autor, seria justamente, nos termos apontados, a igualdade, referida por ele como uma característica política empiricamente fundamentada na igualdade humana natural, destacada na Declaração de Independência dos Estados Unidos. Se “diferimos enormemente como indivíduos [...] partilhamos uma humanidade comum que permite a todo ser humano se comunicar potencialmente com todos os demais seres humanos do planeta e entra numa (*sic*) relação moral com eles”. Para evitar esse problema, a solução apontada pelo autor é a regulamentação estatal. Mas ele mesmo admite que não é tarefa simples e que a aversão atual à presença do Estado dificulta o controle político das biotecnologias (FUKUYAMA, 2003, p. 23-24).

A partir dessa análise inicial, o autor se dedica a abordar questões relativas à natureza humana e ao comportamento, fazendo referências à revolução ocorrida nas neurociências,

¹² “This essence, and the view that individuals therefore have inherent value, is at the heart of political liberalism. But modifying that essence is the core of the transhumanist project. If we start transforming ourselves into something superior, what rights will these enhanced creatures claim, and what rights will they possess when compared to those left behind? If some move ahead, can anyone afford not to follow?” (FUKUYAMA, 2010).

analisando estatísticas referentes à transmissibilidade de determinadas características, como a inteligência, com o que contrasta o potencial de herdabilidade e a influência social, ofertando estudos relativos à genética e à criminalidade, genes e sexualidade, além do controle de comportamento por meio de drogas que têm potencial para afetar a personalidade (FUKUYAMA, 2003, p. 31-68).

Contudo, independentemente das informações apresentadas, provavelmente o cerne da argumentação desenvolvida por Francis Fukuyama repousa na segunda parte do livro. A noção de natureza humana defendida, segundo ele, é o que dá sustento moral para a sociedade. Haveria, portanto, uma ligação entre a natureza humana e as noções de direito, justiça e moralidade. Essa ligação ele procura deixar clara na segunda parte do livro.

Apesar de hoje não haver consenso em torno de teorias que defendam o direito natural, tal como outrora muito se reconheceu, para o autor, as tentativas de desvincular o reconhecimento de direitos (humanos) universais de uma natureza humana compartilhada por todos dificultam a própria defesa universal de tais direitos.

Entre as críticas à adoção da natureza humana como base para a estruturação de direitos humanos, encontram-se as distintas (e contraditórias) direções para as quais essa natureza pode apontar, como cooperação e competição, individualismo e sociabilidade.

“Defensores do trans-humanismo acreditam que eles compreendem o que constitui um bom ser humano e estão felizes em deixar para trás os seres limitados, mortais e naturais que eles veem ao seu redor a favor de algo melhor. Entretanto, eles realmente compreendem as mercadorias humanas finais? Por todas nossas óbvias falhas, nós, humanos, somos miraculosamente complexos produtos de um longo processo evolutivo – produtos cujo todo é muito mais do que a soma das partes. Nossas boas características estão intimamente conectadas com as más: se nós não fôssemos violentos e agressivos, não seríamos capazes de nos defender; se não tivéssemos o sentimento de exclusividade, nós não seríamos leais àqueles próximos a nós; se nós nunca sentíssemos ciúmes, nós nunca sentiríamos amor. Mesmo nossa mortalidade desempenha uma função crítica, permitindo nossa espécie sobreviver e se adaptar (e trans-humanistas são justamente o último grupo que eu gostaria de ver vivendo para sempre). Modificar uma de nossas características-chave inevitavelmente implica modificar um complexo pacote de traços interligados, e nunca seremos capazes de antecipar o resultado final” (FUKUYAMA, 2010, tradução nossa¹³).

¹³ “Transhumanism’s advocates think they understand what constitutes a good human being, and they are happy to leave behind the limited, mortal, natural beings they see around them in favour of something better. But do they really comprehend ultimate human goods? For all our obvious faults, we humans are miraculously complex products of a long

De fato, a natureza humana não é unidirecional. Para Fukuyama, cabe à filosofia guiar a discussão racional e fazer a ponte entre a natureza e os direitos humanos. A ausência de uma única face atribuível à natureza humana, entretanto, não impossibilita o reconhecimento da noção de injustiça que macula determinadas formas de governo, como as tiranias. “Direitos humanos que falem aos impulsos, ambições e comportamentos humanos mais profundamente sentidos e universais serão um fundamento mais sólido para a ordem política do que os que não o façam” (FUKUYAMA, 2003, p. 137).

Todavia, até o momento, apesar de se afirmar que o autor defende a natureza humana do avanço da biotecnologia e que se opõe aos trans-humanistas, não houve efetivamente o esclarecimento do que seja essa natureza. O que, de fato, viria a caracterizar, na visão de Fukuyama, a natureza humana, que está ameaçada de sofrer transformação por meio das intervenções genéticas e da biotécnica, de modo a dar origem ao indivíduo pós-humano?

Para responder à questão, o autor tem um conceito preciso, de modo que apresenta a natureza humana como “a soma do comportamento e das características que são típicos da espécie humana, originando-se de fatores genéticos em vez de ambientais” (FUKUYAMA, 2003, p. 139).

Com essa definição, a mesma crítica feita ao pensamento de Habermas pode ser aqui também ventilada: estaria ocorrendo uma su-

pervalorização da genética em face da própria sociabilidade humana na construção da natureza que os autores pretendem proteger. Além dessa crítica, Fukuyama antevê a argumentação contra a existência de universais humanos atribuíveis à natureza comum e no sentido de que não existiria uma única natureza humana, a qual seria mutável, em razão de os seres humanos serem animais culturais.

A resposta de Fukuyama às críticas recusa a contra-argumentação de não existência de universais, com a afirmação de que se toma o termo universal em uma concepção muito restrita. Com base em estatísticas, “para ser considerada universal, uma característica precisa antes ter uma mediana, ou ponto modal, distinta, (*sic*) e um desvio padrão relativamente pequeno” (FUKUYAMA, 2003, p. 144). Não se trata, portanto, de unanimidade.

Em defesa de sua conceituação de natureza humana, o autor argumenta não admitir o condicionamento genético em relação, por exemplo, às condições fenotípicas. Reconhecendo-se a influência do meio ambiente e das interações com a natureza, isso faz, de fato, sentido. Entretanto, há alguns parâmetros que, a despeito das interações, continuam sendo fixados pela natureza e são típicos e comuns dos seres humanos. “Bebês não desenvolvem pelagem se são criados num (*sic*) clima frio ou guelras se vivem perto do mar”, sustenta Fukuyama (2003, p. 146).

Outrossim, afirmar a existência de uma natureza humana, ao contrário dos críticos, não implica em não reconhecer o aspecto cultural, marca da espécie humana. A natureza humana não conduz necessariamente a determinada maneira de viver. Isso efetivamente depende do convívio e das interações sociais (FUKUYAMA, 2003, p. 147-148).

O argumento de Fukuyama continua afunilando-se ainda mais. Isso porque, em continuidade à defesa da natureza humana, ele

evolutionary process – products whose whole is much more than the sum of our parts. Our good characteristics are intimately connected to our bad ones: If we weren't violent and aggressive, we wouldn't be able to defend ourselves; if we didn't have feelings of exclusivity, we wouldn't be loyal to those close to us; if we never felt jealousy, we would also never feel love. Even our mortality plays a critical function in allowing our species as a whole to survive and adapt (and transhumanists are just about the last group I'd like to see live forever). Modifying any one of our key characteristics inevitably entails modifying a complex, interlinked package of traits, and we will never be able to anticipate the ultimate outcome” (FUKUYAMA, 2010).

a relaciona a um conceito extremamente caro para os tempos hodiernos, qual seja a noção de dignidade humana.

A sustentação da existência de uma natureza humana defensável em face da biotécnica pressupõe, para o autor, que, “quando despimos uma pessoa de todas as suas características contingentes e acidentais (*sic*) resta sob isso uma qualidade humana essencial que é merecedora de certo nível mínimo de respeito” (FUKUYAMA, 2003, p. 158). Esse mínimo o autor denominou de *X-factor* ou Fator X que seria justamente a essência humana. Se há algo que efetivamente defina o ser humano como tal, seria o Fator X.

Essa noção, apesar das controvérsias, ainda hoje é o que sustenta os posicionamentos que procuram definir a dignidade da pessoa humana como qualquer característica ontologicamente considerada intrínseca e inerente ao ser humano e o que o torna merecedor de respeito pela sua simples condição.

Do mesmo modo como persistem dificuldades em estabelecer, hoje, o preciso sentido para a compreensão da dignidade da pessoa humana, especificar, em lista exemplificativa ou *numerus clausus*, em que consiste o Fator X não é algo que tenha sido feito, pois

“[...] o Fator X não pode ser reduzido à posse de escolha moral, ou razão, ou linguagem, ou sociabilidade, ou sensibilidade, ou emoções, ou consciência, ou qualquer outra qualidade que tenha sido proposta como base da dignidade humana. São todas essas qualidades combinando-se num todo humano que constituem o Fator X. Cada membro da espécie humana possui uma dotação genética que lhe permite tornar-se um ser humano integral, uma dotação que distingue um ser humano em essência de outros tipos de criaturas” (FUKUYAMA, 2003, p. 180).

Por essas razões, Francis Fukuyama tem posicionamento conservador em relação às bio-

tecnologias. Sua pretensão é a defesa da natureza humana, tal como apresentada, estritamente relacionada ao reconhecimento do Fator X, que garante a essência da humanidade e que se encontra diretamente ameaçado com os ideais trans-humanistas.

O autor considera complexa a natureza humana, às vezes antagônica, mas parte de um processo evolutivo que se complementa, em que a alteração de pequenas linhas pode desencadear consequências ainda não previstas. Por esse motivo, propõe a regulamentação e mesmo a limitação do uso das biotecnologias, com a criação de novas instituições de controle.

As linhas vermelhas a serem traçadas visam a proteger, sobretudo, a igualdade, pois, como admitido, muito embora não seja necessário ser igual para ter direitos, é preciso o mínimo de igualdade para ter direitos iguais. Essa igualdade está justamente baseada, segundo o autor, na natureza humana.

Também se opondo à manipulação genética, defendendo a natureza humana de forma semelhante a seus predecessores, encontra-se Michael Sandel, cujo pensamento será analisando nas linhas vindouras.

3.3. Hay perfección? Soy contra!

Michael J. Sandel é um filósofo americano e professor da *Harvard University*. Assim como Francis Fukuyama, integrou o *President's Council on Bioethics* dos Estados Unidos, entre 2002 e 2005. No que tange ao debate instaurado em relação ao desenvolvimento das biotecnologias e da engenharia genética, ele apresentou formalmente seu posicionamento em 2007, por meio da obra intitulada *The case against perfection*.

A própria escolha do título anuncia, de antemão, a tendência do pensador em argumentar contra o aperfeiçoamento humano (*human enhancement*). Sua obra encontra-se dividida

em cinco capítulos, nos quais se abordam as questões da ética do melhoramento, dos atletas biônicos, dos filhos projetados, da nova e da velha eugenia e do domínio e do talento. Por último, apresenta-se epílogo, no qual há uma reflexão a respeito da ética embrionária e do uso das células-tronco.

Segundo argumenta, a maioria das pessoas apresenta, de alguma maneira, objeção ao melhoramento e à terapia genética; a grande dificuldade reside, justamente, em como expressar esse posicionamento contrário ou o “mal-estar”, segundo o autor (SANDEL, 2013, p. 19).

No primeiro capítulo, o autor dedica-se a apresentar e a problematizar situações que, a seu ver, causam inquietação. Como exemplo, observe-se o problema da clonagem. Argumento contrário comumente levantado refere-se ao fato de que ocorreria violação da autonomia da criança. Os pais, os escolherem as características genéticas do filho, condená-lo-iam a viver à sombra de alguém que já existiu e, assim, privariam a criança de um futuro aberto.

Para Sandel, entretanto, a estruturação da argumentação nessas bases, apesar de poder ser utilizada não somente para a clonagem, mas para qualquer atitude que permita a escolha de características genéticas, não se apresenta persuasiva por duas razões: a) implica assumir que as crianças que não foram projetadas são livres para escolher sua carga genética, o que não ocorre, pois a alternativa é uma criança sujeita à loteria genética; b) não explica o problema moral das pessoas que buscam melhoramentos genéticos para si próprias e não para suas crianças, situação na qual há intervenções genéticas em células somáticas (não reprodutivas), que não afetam as gerações subsequentes (SANDEL, 2013, p. 20-21).

O autor argumenta que, mesmo assim, tais questões preocupam. Deveriam, então, preo-

cupar? Eis o questionamento que lança. E, para explicar essa inquietação, justifica afirmando (SANDEL, 2013, p. 22):

“Quando a ciência avança mais depressa do que a compreensão moral, como é o caso de hoje, homens e mulheres lutam para articular seu mal-estar. Nas sociedades liberais, buscam primeiro a linguagem baseada nos conceitos de autonomia, justiça e direitos humanos.”

Na esteira desse pensamento, o autor continua questionando se deveriam ser admitidos melhoramentos genéticos no esporte, a fim de potencializar o rendimento dos atletas; se se deve almejar o desenvolvimento da memória, da altura; e se a seleção de sexo deveria ser uma opção (SANDEL, 2013, p. 23-35).

“Em todos esses casos, persiste algo de moralmente inquietante. O problema não reside somente nos meios, mas também nos fins almejados. É comum dizer que o melhoramento genético, a clonagem e a engenharia genética ameaçam a dignidade humana. Isso é verdade. O deságio, porém, é identificar ‘como’ essas práticas reduzem a nossa humanidade – ou seja, quais aspectos da liberdade humana ou do florescimento humano se veem ameaçados.”

O advento de atletas biônicos, como os chama o autor, poderia pôr em questão o valor das conquistas humanas, na medida em que retira do esforço e do talento do atleta o mérito da conquista e o transfere para os responsáveis pelo mecanismo ou melhoramento proporcionador do desempenho vencedor¹⁴.

¹⁴ “De acordo com esse ponto de vista, ao erodir a função humana (*sic*) o melhoramento ameaça nossa humanidade. Sua expressão fundamental é um entendimento completamente mecanicista dos atos humanos, em desacordo com a liberdade humana e a responsabilidade moral” (SANDEL, 2013, p. 40).

Mas, para Sandel, o principal problema não é que a engenharia genética mine a importância do esforço e diminua o papel do ser humano, mas sim que representa superoperação, uma tentativa de remodelar a natureza, incluindo a humana, para servir aos nossos propósitos e satisfazer desejos (SANDEL, 2013, p. 40) – e, aqui, acrescente-se, sejam individuais, sejam de mercado.

Para ele, um dos principais problemas com essa potencialidade de domínio que a engenharia genética proporciona é a perda do caráter de dádiva da vida, que existe também nas potências e conquistas humanas (SANDEL, 2013, p. 40).

Ainda que esse argumento possa, aparentemente, apresentar fundamentação religiosa, o autor, ciente de que esse seria um obstáculo a ser superado, destaca que seu alcance está para bastante além da religião.

O que ele pretende imprimir na ideia de dádiva é que, no esporte, por exemplo, a sociedade meritocrática procura valorizar de forma extrema o esforço individual e pôr em relevo a conquista do atleta. O reconhecimento de que determinadas habilidades, tão valorizadas, possam ter sido herdadas de forma natural e que não dependam exclusivamente do indivíduo para se manifestarem é uma ideia que congrega poucos adeptos. Ainda assim, argumenta o filósofo, esforço não é tudo e não pode ser considerado o ideal esportivo mais elevado.

Por essa razão, para Sandel (2013, p. 42), “o verdadeiro problema dos atletas geneticamente modificados é que eles corrompem a competição esportiva enquanto atividade humana que honra o cultivo e a exibição de talentos naturais”.

Nesse momento, então, a argumentação converge em outra direção. O problema do melhoramento genético no esporte e a criação de atletas biónicos dizem respeito, na verdade, à corrupção da essência do jogo.

A sustentação desse argumento parte, pois, do pressuposto de que o esporte tem um *telos*, e todo jogo apresenta, portanto, uma essência, a qual procura valorizar e destacar determinados dons e talentos naturais dos indivíduos. Há quem negue isso e afirme que as regras do jogo são completamente arbitrárias e se justificam apenas pelo entretenimento e pelo número de espectadores que atraem. Esse argumento foi utilizado por Antonin Scalia, Juiz da Suprema Corte Americana, mas, segundo Sandel (2013, p. 53-54), não tem potencial, pois, “se as pessoas realmente acreditassem que as regras de seu esporte favorito são arbitrárias, (*sic*) e não especificamente projetadas para destacar e enaltecer determinados talentos e determinadas virtudes dignos de admiração, não se importariam com o resultado das competições”.

Portanto, a promoção do melhoramento genético dos atletas não somente contraria a tendência a valorizar o esforço e o talento, viabilizando

um processo de autorresponsabilização moral pelas conquistas. Segundo Sandel, esse não é o verdadeiro problema, uma vez que as conquistas não dependem exclusivamente de talentos e esforços, mas, em boa parte, estão associadas a dons e talentos naturais. Também faz esmorecer qualquer convicção de que o esporte tenha uma finalidade específica, o que, na visão do autor, é uma verdade. Com a perfeição dos corredores maratonistas, dos jogadores de *baseball* e basquete, com os supersaltos dos voleibolistas, cada um dos esportes deixaria de ser reconhecido como sempre foi para transformar-se em algo distinto, em que somente são exibidas as mais avançadas tecnologias e melhorias que podem ser feitas no corpo humano.

Deixará de ter sentido não apenas o tempo destinado ao aperfeiçoamento pelo atleta, mas também o esforço na possibilidade de superação dos fracassos anteriores, bem como o tempo destinado por aqueles que admiravam o esporte pela simples emoção que proporcionava, seja em razão do elemento surpresa, seja pela incerteza dos resultados, decorrente, justamente, da falibilidade humana. Acrescenta Sandel (2013, p. 55):

“A degeneração do esporte em espetáculo não é exclusivamente da era da engenharia genética, mas ilustra como as tecnologias de melhoramento do desempenho, genéticas ou não, podem desgastar aquela parte do desempenho atlético e artístico que enaltece os talentos e dons naturais.”

Dos atletas aos filhos, a característica de dádiva, que, segundo o autor, deve ser valorizada, permanece. “Valorizar os filhos como dádivas é aceitá-los como são, e não vê-los como objetos projetados por nós, ou produtos de nossa vontade, ou instrumentos de nossa ambição” (SANDEL, 2013, p. 59).

O maior problema, nesse caso, reside no que motiva os pais a quererem moldar seus filhos, um desejo de controle que, segundo Sandel (2013, p. 60), “desfigura a relação entre ambos e priva os pais da humildade e do aumento de empatia humana que a abertura do inesperado é capaz de promover”.

Em sentido contrário, há quem argumente que, assim como os pais têm a obrigação de curar o filho doente, teriam de melhorar o saudável. O autor sustenta que somente se poderia admitir tal argumento se aceita fosse a noção de que a saúde não é um bem humano distintivo, é apenas um meio para maximizar a felicidade e o bem-estar. Esse é o argumento de Julian Savulescu, para quem a saúde não tem valor intrínseco: trata-se apenas de um recurso. Além disso, para Savulescu, os pais têm a obrigação moral de modificar geneticamente seus filhos e dar a oportunidade de ter uma vida melhor (SANDEL, 2013).

Há ainda quem argumente que não é diferente moldar os filhos geneticamente de moldá-los por meio da educação. Para o filósofo americano,

há fundamento nessa associação, o que, em vez de tornar a situação aceitável, apenas desperta o debate para a necessidade de reflexão acerca do hiperempenho parental na educação dos filhos (SANDEL, 2013):

“Os que argumentam que a bioengenharia é semelhante em espírito a outras formas por meio das quais os pais ambiciosos moldam seus filhos têm certa razão, porém essa semelhança não é motivo para abraçarmos a manipulação genética de crianças. É, ao contrário, motivo para questionar as práticas de educação dos filhos de baixa tecnologia e alta pressão que aceitamos comumente. O hiperempenho dos pais, tão familiar em nossos tempos, representa um excesso ansioso de maestria e dominação que deixa de lado o sentido de dádiva da vida. Isso o aproxima de modo perturbador da eugenia” (SANDEL, 2013, p. 73).

Essa discussão, a respeito da melhoria genética de atletas e da escolha de características dos filhos conduz, invariavelmente, à reflexão acerca dos perigos do processo eugênico. Nesse assunto, como destaca o autor, a sombra da eugenia nazista ainda permeia o debate, mas agora os críticos argumentam sob enfoque distinto. Trata-se de uma eugenia privatizada ou de mercado. Em contrapartida, os defensores sustentam que as escolhas são livres e não são eugênicas. Ao retirar-se a coerção, argumentam, retira-se a repugnância da eugenia (SANDEL, 2013)¹⁵.

“O problema da eugenia e da engenharia genética é que elas representam o triunfo unilateral da intenção deliberada sobre o dado inato, do domínio sobre a reverência, do moldar sobre o contemplar” (SANDEL, 2013, p. 97).

A argumentação central de Sandel, então, reside no fato de que a engenharia genética desconsidera a noção de vida como dádiva. Seu argumento final, portanto, procura justificar por que essa desconsideração tem relevância.

Para o autor, sob o ponto de vista da religião, isso é problemático porque confunde o papel do indivíduo com o de Deus. Do ponto de vista secular, segundo Sandel, porque transforma três características fundamentais da nossa configuração moral: a humildade, a responsabilidade e a solidariedade (SANDEL, 2013, p. 98).

A humildade reside, sobretudo, no ato de serem pais e se acostumarem com o imprevisto, tolerarem o inesperado e não buscarem o controle em relação a todas as características da prole. Mais ainda, humildade repousa no reconhecimento de que os talentos individuais não são exclusiva

¹⁵ Considerando-se que a argumentação do autor em relação à eugenia liberal foi trazida à baila, quando discutidos os argumentos originais de Habermas, os detalhes já expostos não serão reapresentados.

responsabilidade do esforço de cada um, mas provêm de dons naturais.

Por sua vez, a noção de responsabilidade seria afetada, pois se passa a atribuí-la muito menos ao acaso da loteria genética e mais à escolha. Desse modo, os pais tornam-se inteiramente responsáveis pelas características que seus filhos possuem ou não; atletas, por escolherem os talentos que ajudarão o time a ganhar. “Quanto mais nos tornamos mestres de nossas cargas genéticas, maior o fardo que carregaremos pelos talentos que temos e pelo nosso desempenho” (SANDEL, 2013, p. 99).

Na medida em que se pode creditar o desempenho ou as características a uma eventualidade, seja a Deus, à natureza ou à loteria genética, tem-se a possibilidade de escusar-se da responsabilidade exclusiva acerca daquilo ou de como o indivíduo é. Com o desenvolvimento da engenharia genética e o esfacelamento da noção de responsabilidade como hoje se conhece, essa possibilidade deixará de existir. Os indivíduos não serão mais responsabilizados pelos atos ou escolhas ou por suas consequências, mas, especificamente, por serem ou não de determinada forma, por possuírem ou não determinada característica, uma vez que não se trata mais de acaso, mas, efetivamente, de ato de vontade.

Destaca o autor que o advento dos testes genéticos criou uma carga de decisões que não existia antes. As pessoas se dizem livres, “porém não são livres para escapar do fardo da escolha criada pelas novas tecnologias, nem podem evitar ser envolvidos [envolvidas] no quadro ampliado da responsabilidade moral que acompanha os novos hábitos de controle” (SANDEL, 2013, p. 100).

Ademais, uma vez afetada a noção de responsabilidade, conforme os argumentos do autor, diminui-se a solidariedade para com os menos afortunados. Para ilustrar, relata o caso dos seguros de saúde, cujo aspecto de solidaris-

mo desapareceria à medida que os indivíduos com bons genes fugissem da companhia atuarial daqueles com genes ruins (SANDEL, 2013, p. 101)¹⁶.

“À medida que o perfeito conhecimento genético extinguisse o simulacro de solidariedade que existe nos mercados de seguros, o perfeito controle genético corroeria a verdadeira solidariedade que surge quando homens e mulheres refletem sobre a contingência de seus talentos e de sua sorte” (SANDEL, 2013, p. 103).

Os argumentos apresentados, prevê Sandel, podem sofrer duas objeções principais: ou a) que são religiosos demais; ou b) que não são convincentes em termos consequencialistas.

Para tais objeções, o autor esclarece que a valorização da dádiva da vida não precisa advir de fonte religiosa. A noção que ele propõe consiste na defesa de algo que não depende exclusivamente do sujeito e, por isso, pode ser considerado dádiva. Da mesma maneira que se podem compreender as noções de direitos naturais e inalienáveis desenvolvidas por pensadores como Locke e Kant, sem abraçar conceitos religiosos, torna-se possível compreender a noção de dádiva sem ter de recorrer à santidade ou a Deus (SANDEL, 2013).

Ulteriormente, a fim de enfrentar a objeção de não ser convincente em termos consequencialistas (pois como sustentar a preocupação para as pessoas que não se importam com as virtudes da humildade, responsabilidade e solidariedade e supor que os malefícios superam

¹⁶ “Eis, portanto, a relação entre solidariedade e dádiva: ter um senso vívido da contingência de nossos dons – a consciência de que nenhum de nós é completamente responsável pelo próprio sucesso – impede a sociedade meritocrática de deslizar para a crença arrogante de que o sucesso é o coroamento da virtude, de que os ricos são ricos porque são mais merecedores do que os pobres” (SANDEL, 2013, p. 102).

os benefícios?), Michael Sandel (2013,p. 106) afirma:

“O que estou sugerindo é que no debate sobre o melhoramento, os riscos morais não são totalmente apreendidos nas categorias familiares de autonomia e direitos, por um lado, nem no cálculo dos custos e benefícios, por outro. O que me preocupa não é o melhoramento como vício individual, mas sim como hábito e modo de vida.”

À semelhança de seus antecessores nas críticas ao trans-humanismo, Michael Sandel, portanto, adota postura preservacionista da natureza humana e considera a vida como uma dádiva que precisa ser valorizada. Ao se permitir a livre intervenção genética, retirar-se-ia esse caráter de dádiva e os indivíduos acabariam por se sentir possuidores de um poder maior sobre suas conquistas e suas vidas propriamente ditas.

4. Conclusão

A imaginação dos escritores de ficção, por vezes, é capaz de, sutilmente, antever questões de alta relevância para a sociedade. Um mundo com mutantes como os protagonistas das histórias dos X-Men tem poucas chances de se tornar realidade.

Por outro lado, com o desenvolvimento das biotecnologias e da ciência e terapia genéticas, com o potencial manipulador das ideias trans-humanistas, conforme alertam os bioconservadores, há possibilidade de se adentrar, de fato, em um futuro pós-humano. Convive-se com a possibilidade de uma realidade vindoura em que as habilidades e capacidades humanas serão aperfeiçoadas ao extremo; as características serão escolhidas antes do nascimento e, se não mutantes, surgirão verdadeiros super-humanos.

Difícilmente haveria sentinelas tais como aquelas do quadrinho em referência, mas seria

possível garantir que não haveria segregação e ódio, desigualdade e intolerância?

Em meio à preocupação com essas questões, pois, surgem as vozes dos chamados bioconservadores, que se opõem aos ideais trans-humanistas do aperfeiçoamento humano (*human enhancement*). São os sentinelas de proteção da natureza humana.

Apesar de partilharem de concepções filosóficas distintas, verifica-se que há um consenso extremamente forte acerca da existência de uma natureza humana entre Habermas, Fukuyama e Sandel. Todos se apresentam claramente em posição de receio em face das novas tecnologias e da biotecnociência.

Em Habermas, observa-se a preocupação principal de que se caminhe para uma eugenia liberal e de que, permitindo-se aos interesses individuais e do mercado o controle das manipulações genéticas (e, apesar de o autor se opor especificamente ao DGPI e à pesquisa com embriões, seus argumentos podem ser utilizados de forma ampla), se alterem as bases de autocompreensão ética da espécie, em decorrência da modificação da natureza humana. Uma vez alterada a natureza humana, retirar-se-ia o elemento de reconhecimento que une os indivíduos em uma comunidade moral e permite a organização social e a identificação perante o outro.

Além disso, o indivíduo resultado de uma manipulação teria sua autocompreensão moral alterada, pois não poderia compreender-se como autor da própria vida, como efetivamente autônomo, comprometendo-se a noção de liberdade, pois se estaria eternamente vinculado à decisão e à escolha de terceiros.

Fukuyama, ao defender de igual modo a existência de uma natureza humana, tem argumento semelhante ao de Habermas, pois, para o pensador americano, essa natureza molda e apresenta os limites aos tipos de regime político

que hoje são conhecidos, de modo que alterá-la, provavelmente, trará consequências à democracia.

Para ele, a primeira vítima do trans-humanismo seria a igualdade, a qual seria desde logo violada e, a partir de então, as construções de direitos. Esses, por mais que hoje se busque outro fundamento, segundo Fukuyama, ainda retiram sua justificação do reconhecimento da existência de um elemento intrínseco e típico da espécie humana, essencial, que caracteriza a humanidade como tal, denominado por ele de Fator X.

Sandel, por seu turno, desenvolve uma construção na qual apresenta a vida como uma dádiva. À medida que se desconstrói essa noção em prol de uma pretensa liberdade dos sujeitos de decidirem acerca das intervenções genéticas, corre-se o risco, na verdade, de, ao final, não se ter nada além da própria vontade para se defender.

As críticas que recebem os bioconservadores, em geral, opõem-se ao pressuposto básico de existência de uma natureza humana. Argumenta-se que a noção recorre a ideias demasiadamente metafísicas para então buscar regulamentar e impor limites ao desenvolvimento biotecnológico.

Deve-se pensar que a dificuldade em delimitar e identificar o que efetivamente caracteriza a natureza humana não desqualifica ou impede sua existência. A dignidade da pessoa humana, até o presente momento, não teve seus contornos precisamente delineados e, ainda assim, são raros os países no globo que não tenham, de um modo ou de outro, principalmente nas recentes democracias constitucionais, afirmado a sua convicção a defesa da pessoa humana em decorrência de sua dignidade.

Ao fim e ao cabo, argumentar a favor de uma natureza humana pode não significar necessariamente impor a estagnação de pesquisas ou limitar o melhoramento das condições de vida aos seres humanos. Talvez seja o necessário alerta de quem clama por responsabilidade no uso das biotecnologias, de quem conclama a humanidade à catarse histórica, para relembrar o ocorrido naqueles específicos momentos nos quais se buscou negar a existência da igualdade inerente à própria condição de ser humano, igualdade essa que de outro lugar não poderia provir senão da própria natureza.

Diferenças muitas existem entre os indivíduos: isso é inegável. O grande desafio é, além de preservá-las, saber extrair o melhor que elas têm a oferecer.

Referências

BARRETO, Vicente de Paula; SUBTIL, Leonardo de Camargo. Habermas, direito e eugenia. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 2, n. 2, p. 164-174, jul./dez. 2010.

DALLAGNOL, Darlei. Passado da natureza humana? *Ethic@*, Florianópolis, v. 4, n. 3, p. 321-326, dez. 2005.

DIAS, Maria Clara; VILAÇA, Murilo Mariano. Metamorfoses do humano: notas sobre o debate ético em torno da biotecnologia para o aperfeiçoamento humano. *Ethic@*, Florianópolis, v. 9, n.1, p. 29-42, jun. 2010.

DUTRA, Delamar José Volpato. Seria a eugenia liberal míope? Natureza humana e auto-compreensão moral em Habermas. *Ethic@*, Florianópolis, v. 4, n. 3, p. 327-337, dez. 2005.

FELIPE, Sonia T. Equívocos da crítica habermasiana à eugenia liberal. *Ethic@*, Florianópolis, v. 4, n. 3, p. 339-359, dez. 2005.

FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

_____. Transhumanism. *ForeignPolicy*, 13 July 2010. Disponível em: <http://www.foreignpolicy.com/articles/2004/09/01/spreading_democracy>. Acesso em 17 dez. 2013.

GOFFI, Jean-Yvess. *Transhumanists & Bioconservatives*. Disponível em: <<http://www.philosophie.ens.fr/IMG/GOFFI%20JEUD%20HPS%20ENS%20ULM%20S2%202012%202013.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2014.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannani. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MORE, Max. True Transhumanism. *Global Spiral*, 5 february, 2009. Disponível em: <<http://www.metanexus.net/essay/h-true-transhumanism>>. Acesso em: 5 dez. 2014.

ROACHE, Rebecca; CLARKE, Steve. Bioconservatism, bioliberalism, and the wisdom of reflection on repugnance. *Monash Bioethics Review*, v. 28, n. 1, p. 4.1-4.21, 2009.

SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

Análise da relação entre laboratórios farmacêuticos e médicos do Sistema Único de Saúde à luz do princípio da moralidade administrativa

LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA

Sumário

1. Introdução. 2. Direito à saúde e organização das ações e serviços públicos no Brasil. 3. Moralidade e probidade administrativa. 3.1. Definições. 3.2. Tentativas de explicitar o conteúdo da moralidade: os códigos de ética. 3.3. Lei de improbidade administrativa e sua extensão. 3.4. Análise da relação entre médicos do SUS e a indústria farmacêutica à luz da Lei 8.429/92. 4. Considerações finais.

1. Introdução

A relação entre médicos e a indústria farmacêutica tem se mostrado cada vez mais estreita e controversa. Com efeito, os investimentos desse setor voltados para a divulgação de seus produtos junto aos médicos indicam o uso de uma estratégia com potencial para afastar estes últimos da imprescindível observância dos princípios bioéticos¹, com prejuízo para os indivíduos e as políticas públicas.

Marcia Angell (2007) destaca que a indústria farmacêutica, no ano de 2002, movimentou US\$ 200 bilhões em vendas de medicamentos sob prescrição médica para os cidadãos norte-americanos. Segundo a autora,

¹Fala-se dos princípios da beneficência (atuar com o objetivo de fazer o bem), não maleficência (caracterizado pela máxima *primus non nocere*), autonomia (busca conciliar a prática clínica com o consentimento livre e esclarecido) e justiça (realça a preocupação com dimensão coletiva da saúde, devendo ser interpretado em conformidade com a noção de equidade). Para maiores esclarecimentos, sugere-se a consulta ao artigo de Wilson Ricardo Ligiera (2005).

Luciano Moreira de Oliveira é mestre em Saúde Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais. Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

esse verdadeiro colosso tem no *marketing* direcionado aos médicos uma importante estratégia de mercado. Nesse terreno, usa-se de tudo: entrega de amostras grátis, presentes de natureza variada como brindes diversos, ingressos para jogos esportivos, pagamento de viagens familiares, assim como o patrocínio de eventos em locais paradisíacos e a produção de material aparentemente informativo com o objetivo de fomentar a prescrição.

No Brasil, pesquisas realizadas sobre o tema da judicialização da saúde indicam uma aproximação entre médicos, advogados e indústria farmacêutica que requer um estudo crítico.

Nesse sentido, em pesquisa realizada sobre a judicialização do acesso a medicamentos no estado de Minas Gerais, Marina Amaral de Ávila Machado e outros verificaram que um pequeno número de advogados e de médicos foi responsável pela promoção de muitas ações, em especial dos medicamentos etanercepte e adalimumabe, que representaram 24,8% dos 807 (oitocentos e sete) processos analisados (MACHADO, 2011).

Os autores dessa pesquisa afirmaram que a concentração de médicos e de advogados “pode sugerir a existência de interesses além da proteção e recuperação da saúde do paciente e a conquista de seu direito ao tratamento” (MACHADO, 2011, p. 594). Para eles, “essas ações podem representar interesses daqueles que comercializam medicamentos novos e financeiramente inacessíveis à população em geral” (MACHADO, 2011, p. 594).

No mesmo sentido, Orozimbo Henriques Campos Neto (2012), em dissertação de mestrado que analisou as ações judiciais por anticorpos monoclonais em Minas Gerais entre 1999 e 2009, identificou a vinculação de um grupo restrito de advogados e médicos às ações. Ratificando os achados de Marina Machado e outros, ressaltou que esse fenômeno foi “observado de modo mais acentuado, mas não exclusivamente, em relação ao adalimumabe, com um único escritório responsável por 45% das ações e um médico presente em 21,2% e para o infliximabe que teve um escritório representando mais de 30% das ações” (CAMPOS NETO, 2012, p. 59).

Diante desse quadro, o pesquisador afirmou que “os resultados apresentados evidenciaram uma relação entre o escritório de advocacia A e o médico X, o que pode indicar uma ‘parceria’ entre esses profissionais e o laboratório fabricante do medicamento adalimumabe” (CAMPOS NETO, 2012, p. 59). Segundo ele, “podemos ter aqui um indício de que a justiça e a medicina têm sido utilizadas, em determinados momentos, predominantemente, para atender aos interesses da indústria farmacêutica” (CAMPOS NETO, 2012, p. 60).

Os efeitos negativos das estratégias de *marketing* da indústria farmacêutica são ainda mais graves quando se leva em conta a assimetria

de informação presente nesse mercado. Com efeito, quando se trata do mercado farmacêutico, os produtos postos à venda são consumidos por pessoas que dispõem de pouca ou nenhuma informação sobre qualidade, eficácia ou segurança dos produtos. Assim, quem decide o que será consumido são os prescritores, porém, quem paga é o consumidor ou o sistema de saúde (GUERRA JÚNIOR; ACÚRCIO, 2013). Entretanto, o consumidor e o sistema de saúde podem ser usados como meios para o atendimento de interesses inconfessáveis dos grupos econômicos que dominam o mercado de medicamentos. Nesse contexto, Daniel Faleiros e outros (2008), em estudo feito com base em ações providas em face da União, voltadas para a assistência farmacêutica, destacam a existência de decisões capazes de colocar em risco a saúde do próprio autor da ação (FALEIROS, 2008).

Essa aproximação entre médicos e indústria farmacêutica não pode ser indiferente para a administração pública. Isso porque, nos termos do art. 196 e seguintes da Constituição de 1988 – CR/88, o Brasil adotou um sistema nacional de saúde de acesso universal, institucionalizado na forma do Sistema Único de Saúde – SUS. Ademais, a Constituição de 1988 estabelece que o desempenho de ações e serviços públicos de saúde é dever de todos os entes da federação (art. 23, II, art. 30, VII e art. 196 da CR/88). Dessa forma, trata-se de atividade desenvolvida de forma ampla pelo estado, com vistas a atender o interesse público e a concretizar direito fundamental.

O poder público é, portanto, prestador de serviços de forma direta ou indireta, neste caso por meio de convênios ou contratação de serviços privados de forma complementar à sua rede própria (art. 199, §1º da CR/88). Assim, a conduta dos profissionais que prestam esses serviços é decisiva para o adequado atendimento do interesse público.

No presente artigo, pretende-se caracterizar o direito à saúde, descrever a forma de organização das ações e serviços prevista na Constituição e identificar o regime jurídico aplicável. Em seguida, volta-se a atenção para o princípio da moralidade administrativa para então verificar a juridicidade do recebimento de vantagens, benefícios e presentes por médicos que mantenham vínculo com o SUS.

2. Direito à saúde e organização das ações e serviços públicos no Brasil

A Constituição de 1988 assegurou a saúde como direito fundamental (art. 6º) e, ainda, dispôs de forma pormenorizada sobre as ações e serviços de saúde, sejam eles públicos ou privados, como consta do art. 196 e seguintes.

Sob o primeiro enfoque, verifica-se que a saúde compõe o rol de direitos sociais, presente no art. 6º. Ao mesmo tempo, está incluída no título II, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, a saúde está formalmente reconhecida como direito fundamental, submetendo-se, pois, ao regime jurídico diferenciado previsto na Constituição². Assim, tratando-se de norma constitucional, ocupa posição hierarquicamente superior no ordenamento jurídico. Com isso, possui eficácia impeditiva da edição de normas legais e infralegais que conflitem com esse bem jurídico. Além disso, assim como as demais normas constitucionais, constitui parâmetro para o controle de constitucionalidade de outras normas e vetor interpretativo das normas infraconstitucionais. Contudo, sua qualidade de direito fundamental assegura-lhe, ademais, o caráter de cláusula pétrea nos termos do art. 60, §4º, IV

² É o que Ingo Wolfgang Sarlet (2002) chama de fundamentalidade formal do direito à saúde.

da CR/88³, a eficácia normativa independente de intermediação legislativa (art. 5º, §1º da CR/88), além de compor o sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, passível de complementação por outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º da CR/88).

Consolidando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o direito à saúde, o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no julgamento do agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 (BRASIL, 2010), destacou que “a questão dos direitos fundamentais sociais enfrenta desafios no direito comparado que não se apresentam em nossa realidade” (BRASIL, 2010). Isso porque, no Brasil, os direitos sociais – dentre os quais está a saúde – estão previstos expressamente no texto da Constituição e ainda possuem o mesmo regime jurídico dos demais direitos fundamentais.

Examinando a natureza do direito à saúde, Ingo Wolfgang Sarlet (2002) e Mariana Filchiner Figueiredo (2007) chamam a atenção para a sua dupla dimensão. Com essa menção, os autores se referem ao fato de que a saúde está assegurada tanto como direito de defesa, impondo ao Estado e aos particulares uma obrigação de não ingerência, assim como um direito a prestações, no sentido de que o Estado deve promover ações e serviços para promoção, proteção e recuperação, fruíveis coletiva e individualmente.

³ Paulo Bonavides (2008) propõe que os direitos sociais também constituem limites materiais ao poder constituinte derivado. Convém ressaltar que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939, o Supremo Tribunal Federal (1994) decidiu que a imunidade tributária constante do art. 150, III, “b” da CR/88 é garantia individual do contribuinte, razão pela qual se trata de limite material ao exercício do poder constituinte derivado. Daí é possível concluir que o limite material previsto no art. 60, §4º da CR/88 não se refere, apenas, ao rol do art. 5º da CR/88.

Para além da previsão da saúde como direito fundamental, como contrapartida, a Constituição também impôs dever ao Estado, aqui se referindo à incumbência dos quatro entes da federação, de desenvolverem ações de saúde, o que decorre do art. 196, assim como do art. 23, II e art. 30, VII, todos da Constituição. Conferiu-se às ações e serviços de saúde – públicos ou privados – o caráter de relevância pública (art. 197 da CR/88) e se estabeleceu um sistema único para a execução das ações e serviços públicos regido pelas diretrizes da descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade (art. 198, *caput*, e incisos I a III da CR/88).

É importante destacar, ainda, que a prestação da assistência à saúde é livre à iniciativa privada, que também pode “participar de forma complementar do SUS, segundo diretrizes deste, mediante contrato de Direito Público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos” (art. 199, *caput*, e §1º da CR/88).

Os dispositivos constitucionais que tratam das ações e serviços de saúde foram objeto de regulação, em especial, pela Lei 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde – LOS.⁴ A referida lei dispõe com particularidade sobre

⁴ Há, claro, diversos outros diplomas normativos relevantes que tratam da saúde. É o caso da Lei 8.142/90, que versa sobre a participação popular na gestão do sistema, por meio das conferências e conselhos de saúde, e cuida das transferências intergovernamentais de recursos financeiros com previsão dos fundos de saúde; Lei 9.313/96, que assegura aos portadores de HIV e doentes de AIDS o recebimento gratuito, por parte do SUS, de medicamentos necessários ao tratamento; Lei Complementar 141/12, que regulamentou a EC 29/00 e dispõe sobre a aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde; o Decreto 7.508/11, que regulamentou a Lei 8.080/90, assim como diversas leis estaduais e municipais e atos normativos do Ministério da Saúde e agências reguladoras do setor.

o SUS, estabelecendo seus objetivos, atribuições, princípios, diretrizes, normas de organização e gestão, incluindo aquelas referentes à distribuição de competência entre os entes federados. Trata, também, dos serviços privados de saúde, dos recursos humanos e do financiamento.

A Lei 8.080/90 reforça a previsão da saúde como direito fundamental e reproduz parte do art. 196 da CR/88. Destaca, ainda, que, conquanto a saúde seja direito de todos e dever do Estado, este não exclui o concernente às pessoas, família, empresas e sociedade (art. 2º).

Ao tratar do SUS, a Lei 8.080/90, após traçar seus objetivos e atribuições, no art. 7º, descreveu os princípios e diretrizes do sistema e conferiu sentido a vários deles, em especial às noções de integralidade, universalidade e resolutividade.

Sobre a participação privada no SUS, a Lei 8.080/90 prevê que “quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada” (art. 24, *caput*, da Lei 8.080/90). Nesse caso, “a participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público” (art. 24, parágrafo único, da Lei 8.080/90). Em consonância com o texto constitucional, as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos devem ter preferência para participarem do SUS (art. 25 da Lei 8.080/90).

É importante reiterar que as ações e serviços públicos de saúde, sejam eles executados diretamente pelo Estado ou indiretamente por meio da participação complementar da iniciativa privada, integram o SUS e se submetem à direção única em cada esfera de governo (art. 198, I, da CR/88). Dessa forma, sua gestão fica a cargo do Ministério da Saúde no âmbito da União; da respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente no âmbito dos Estados e do Distrito Federal; e da respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente no âmbito dos Municípios (art. 9º, I a III, da Lei 8.080/90).

A conjugação dos dispositivos constitucionais acima descritos levamos à conclusão de que os serviços de saúde foram previstos na Constituição como espécie de serviço público.

A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 687).

Para o autor, a saúde é serviço público por determinação constitucional e está incluída entre aqueles que o Estado tem obrigação de prestar, embora sem exclusividade, porquanto é livre à iniciativa privada (BANDEIRA DE MELLO, 2013).

Comungando do mesmo entendimento, José dos Santos Carvalho Filho (2009) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010) reconhecem a natureza de serviço público dos serviços de saúde, classificando-os dentre os serviços públicos sociais.

Toda a exposição feita acima leva-nos à inafastável conclusão de que os serviços de saúde que integram o SUS – públicos ou privados –, no exercício de sua importante função de garantir acesso a direito fundamental à população brasileira, estão vinculados ao regime jurídico das ações e serviços de saúde. Além disso, são regidos pela disciplina de Direito Público, inclusive pelos princípios constantes do art. 37, *caput*, da Constituição, dentre os quais se encontra o princípio da moralidade administrativa.

3. Moralidade e probidade administrativa

3.1. Definições

O desenvolvimento do conceito de moral administrativa tem suas origens nos estudos de Maurice Hauriou, em sua obra *Précis de Droit Administratif et Droit Public*, na qual estudou as decisões do Conselho de Estado francês, órgão responsável pela apreciação de atos da administração pública naquele país. Referido autor defendia o caráter instrumental do Estado para a realização de interesses públicos, devendo ser estes o conteúdo inafastável dos atos dos agentes públicos (GARCIA; ALVES, 2008).

Como ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010), Hauriou busca identificar a moralidade administrativa a partir de condutas presentes no ambiente interior da administração pública, que condicionam a aplicação do Direito. Para a autora, moralidade administrativa, em conformidade com a visão de Maurice Hauriou, “implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto” (DI PIETRO, 2010, p. 76).

Nesse contexto, percebe-se que a moral administrativa não se confunde com a moral comum, que contém normas para as condutas sociais em geral. A noção de moralidade administrativa refere-se à disciplina da administração pública, sendo direcionada para seus agentes.

Convém destacar que os primeiros estudos sobre a moralidade administrativa tiveram por objetivo, em verdade, viabilizar o controle do desvio de poder ou desvio de finalidade, situação em que o agente público declara

a realização de ato administrativo com vistas a atender uma finalidade pública, mas, em verdade, visa atender outra, oculta, de seu interesse.⁵

Todavia, referida hipótese acabou sendo acolhida como vício de legalidade atinente à finalidade do ato administrativo. Dessa forma, o próprio Conselho de Estado francês passou a examinar os casos de desvio de poder a título de controle de legalidade dos atos administrativos (GARCIA; ALVES, 2008).

No Direito brasileiro vigente, o princípio da moralidade administrativa está previsto de forma expressa no art. 37, *caput*, da Constituição e vincula toda a administração pública, ou seja, a administração direta e indireta, assim como os três níveis de governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Além disso, ao tratar da ação popular⁶, o constituinte, de forma pioneira, alargou a abrangência do seu objeto para permitir que os atos administrativos tenham sua validade questionada quando atentarem contra a moralidade administrativa.

No texto constitucional, há referência, ademais, ao dever de probidade, que deve ser observado pelos agentes públicos. Nesse sentido, trata-se de valor a ser protegido pelo ordenamento jurídico, culminando com a previsão de causa de inelegibilidade de candidatos a mandatos eletivos (art. 14, §9º, da CR/88). Seu reverso, a improbidade administrativa, é considerado ilícito grave, a desafiar uma série de sanções (art. 15, V e art. 37, §4º, ambos da CR/88). Finalmente, as condutas que atentem contra a probidade na administração são consideradas crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 85, V, da CR/88).

Conforme será abordado mais adiante, a Lei 8.429/92 trata dos atos de improbidade administrativa e traz rol exemplificativo de casos, sanções e procedimento judicial para a aplicação destas.

A Lei 9.784/99, que disciplina o processo administrativo em âmbito federal, relaciona o princípio da moralidade dentre aqueles de observância obrigatória pela administração pública, sendo importante destacar que o art. 2º, IV, estabelece, entre os critérios que devem conduzir o processo administrativo, “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

É digno de registro, ainda, que a Constituição Estadual de Minas Gerais, a par de ratificar o princípio da moralidade dentre aqueles de

⁵ Exemplo clássico dado pela doutrina é a desapropriação de imóvel para instalação de equipamento público (como uma escola), que seja de propriedade de desafeto declarado do agente público. Embora declarada da finalidade de interesse público, por vezes o autor do ato esconde a finalidade real de atingir seu desafeto.

⁶ A ação popular está regulada na Lei 4.717/65 e constitui forma de impugnação de atos da administração pública por qualquer cidadão, condição cuja prova se faz com o título de eleitor.

observância obrigatória pela administração pública (art. 13, *caput*), dispõe ser direito da sociedade se manter informada sobre as condutas que impliquem a sua transgressão (art. 73, §2º, I), assim como estabelece que “a sociedade tem direito a governo honesto, obediente à lei e eficaz” (art. 73, *caput*).

Diante da expressa acolhida da moralidade como princípio normativo do Direito brasileiro, a doutrina tem se debruçado sobre o tema com vistas a identificar seus contornos e o conteúdo do princípio da moralidade administrativa.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 122, grifo do autor):

“De acordo com ele [princípio da moralidade administrativa] a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição.”

Mais adiante, o autor destaca que o princípio da moralidade será transgredido “quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 122). Em conclusão, destaca que o princípio é “um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 122).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após discorrer sobre as origens do princípio da moralidade e sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro, expõe seu entendimento sobre o tema:

“Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa” (DI PIETRO, 2010, p. 78).

Para Maria Sylvia, moralidade e probidade administrativa, como princípios, relacionam-se com o conceito de honestidade. Segundo ela, em ambos os casos, exige-se mais que a legalidade, ou seja, “a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública” (DI PIETRO, 2010, p. 816).

Mais adiante, a autora expõe que “a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público” (DI PIETRO, 2010, p. 817).

Seguindo a mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho afirma que o administrador público “deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 20). Para o autor, o princípio da moralidade está ligado à noção de bom administrador, “que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 21).

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, ao tratarem do tema da moralidade administrativa, destacam que “tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, o que demonstra que o conceito de moralidade administrativa tem índole eminentemente teleológica” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 75).

Referidos autores tratam a probidade como um conceito mais abrangente que a moralidade e destacam que “a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delimitada por esta” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 47).

Fábio Medina Osório, por sua vez, enfatiza que a moralidade administrativa é considerada fonte do dever de probidade administrativa. Para ele “probidade é espécie do gênero moralidade administrativa. Improbidade é a imoralidade qualificada” (OSÓRIO, 2007, p. 89).

Em contraponto à doutrina exposta, Márcio Cammarosano, em trabalho dedicado ao tema da moralidade administrativa, enfatiza sua preocupação com a mitigação da segurança jurídica ao se adotar uma noção fluida e indeterminada de moralidade administrativa, muitas vezes com recurso à moral comum. Para ele, o princípio da moralidade administrativa não guarda autonomia com o princípio da legalidade. *Verbis*:

“Portanto, violar a moralidade administrativa é violar o Direito. É questão de legalidade. A só violação de preceito moral, não juridicizado, não implica invalidade do ato. A só ofensa a preceito que não consagra, explícita ou implicitamente, valores morais, implica invalidade do ato, mas não imoralidade administrativa” (CAMMAROSANO, 2006, p. 114).

Diante de todo o exposto, a nosso aviso, primeiramente, deve-se destacar que se de um lado, o ordenamento jurídico brasileiro previu os princípios da moralidade e da probidade administrativa de forma autônoma em relação à legalidade e outros princípios da administração pública; de outro lado, é preciso destacar que o estudo e análise do texto constitucional deve ser feito com os olhos de nosso tempo e não com o uso de categorias do positivismo jurídico, em especial, a proposta de afastar o Direito de todo o conteúdo axiológico.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso destaca que, com o advento da Constituição de 1988, encontrou espaço no Brasil o neoconstitu-

cionalismo, doutrina que tem como base o pós-positivismo jurídico e traz, como principais mudanças, o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; a nova interpretação constitucional e a judicialização das questões sociais. Quanto à interpretação da Constituição, destaca o papel criativo do intérprete, de caráter complementar ao do legislador (BARROSO, 2007).

Quanto ao pós-positivismo jurídico, matriz do neoconstitucionalismo, Gregório Assagra Almeida esclarece:

“[...] a doutrina que tem enfrentado o tema [pós-positivismo jurídico] faz a análise do assunto a partir da guinada do direito constitucional e da inserção dos seus princípios como diretrizes fundamentais da ordem jurídica democrática. O pós-positivismo abrangeria todas as concepções de pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica democrática, pluralista e aberta de valores” (ALMEIDA, 2008, p. 210).

Assim, em conformidade com estas matrizes teóricas (pós-positivismo jurídico e neoconstitucionalismo), há que se reconhecer a autonomia do princípio da moralidade administrativa em relação aos demais princípios da administração pública, inclusive o princípio da legalidade, sob pena de se negar força normativa à norma constitucional. Ressalta-se ainda que o texto da Constituição de 1988 está impregnado de conteúdo axiológico, restando imanente ao mesmo a imposição à Administração Pública e a seus agentes do dever de se conduzirem em conformidade com a ética e as regras de boa administração, como propõe Maria Sílvia Zanella Di Pietro (2010). Nesse passo, no caso concreto, incumbe ao agente público conduzir-se de forma a atender as legítimas expectativas nele depositadas pela sociedade, observando

padrões éticos de conduta socialmente aceitos, comportando-se como gestor de interesses alheios (interesses públicos).

Ratificando a autonomia do princípio da moralidade administrativa, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal extraiu diretamente de seu conteúdo vedação à prática de nepotismo, o que restou normatizado na Súmula Vinculante nº 13⁷. Com esse fundamento, diversos atos administrativos de nomeação para cargos em comissão e funções em confiança foram revistos a partir do conteúdo do princípio da moralidade administrativa, em parte combinado também com o princípio da impessoalidade.

Quanto à probidade administrativa, ainda que sob o ponto de vista conceitual tenda a se aproximar da noção de moralidade administrativa, verifica-se que a Lei 8.429/92 conferiu-lhe tratamento mais abrangente, constituindo a ofensa à moralidade apenas uma das formas de improbidade administrativa.

3.2. Tentativas de explicitar o conteúdo da moralidade: os códigos de ética

Em razão do conteúdo fluido do princípio da moralidade, a Administração Pública costuma editar códigos de ética visando explicitar condutas cuja prática é vedada para os agentes públicos. Com isso, é fortalecida a segurança jurídica por meio da exposição dos referenciais éticos que guiam certo poder ou órgão.

⁷ Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal” (BRASIL, 2008).

Assim, passamos em exame ao Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171/94), Código de Conduta Ética do Servidor Público e da Alta Administração Estadual de Minas Gerais (Decreto estadual nº 43.885/04) e ao Código de Ética do Agente Público Municipal e da Alta Administração Municipal de Belo Horizonte (Decreto municipal nº 14.635/11).

Os três códigos estabelecem para os servidores públicos, entre outros, deveres de probidade, honestidade, justiça e imparcialidade, impondo aos agentes públicos a obrigação de desempenharem suas funções com vistas a atenderem aos interesses públicos (finalidade pública).

No que se refere às condutas vedadas, verifica-se que os três códigos de ética examinados proíbem a conduta de receber vantagens relacionadas ao exercício das funções desempenhadas no serviço público.

No Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, encontra-se a seguinte vedação:

“[...] pleitear, solicitar, provocar, sugerir ou receber qualquer tipo de ajuda financeira, gratificação, prêmio, comissão, doação ou vantagem de qualquer espécie, para si, familiares ou qualquer pessoa, para o cumprimento da sua missão ou para influenciar outro servidor para o mesmo fim” (XV, “g”) (BRASIL, 1994).

De forma semelhante, o Código de Conduta Ética do Servidor Público e da Alta Administração Estadual de Minas Gerais dispõe que é vedado aos servidores públicos estaduais:

“[...] pleitear, solicitar, provocar, sugerir ou receber qualquer tipo de ajuda financeira, gratificação, prêmio, comissão, doação ou vantagem de qualquer espécie, para si, familiares ou qualquer pessoa, para o cumprimento da sua missão ou para influenciar outro servidor para o mesmo fim” (art. 6º, VII) (MINAS GERAIS, 2004).

Em dispositivo imediatamente posterior, está proscrita a seguinte conduta:

“[...] aceitar presentes, benefícios ou vantagens de terceiros, salvo brindes que não tenham valor comercial ou que, sendo distribuídos a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassem o valor de um salário mínimo” (art. 6º, VIII) (MINAS GERAIS, 2004).

No âmbito do município de Belo Horizonte, o Código de Ética do Agente Público Municipal e da Alta Administração Municipal, inicialmente, estabelece como dever do servidor público:

“[...] evitar quaisquer ações ou relações conflitantes, ou potencialmente conflitantes, com suas responsabilidades profissionais, enviando ao Conselho e às Comissões de Ética Pública informações sobre relações, situação patrimonial, atividades econômicas ou profissionais que, real ou potencialmente, possam suscitar conflito de interesses, indicando o modo pelo qual pretende evitá-lo, na forma definida pelos mencionados colegiados” (art. 6º, IX)(BELO HORIZONTE, 2011).

No campo das vedações, está disposto que é defeso ao servidor público municipal:

“[...] pleitear, solicitar, provocar, sugerir ou receber qualquer tipo de ajuda financeira, gratificação, prêmio, presente, comissão, doação ou vantagem de qualquer espécie, para si, familiares ou qualquer pessoa, para o cumprimento da sua missão ou para influenciar outro agente público para o mesmo fim” (art. 7º, VIII) (BELO HORIZONTE, 2011).

Porém, o texto ressalva que a vedação acima descrita não abrange objetos que “não tenham valor comercial” e que sejam “distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de propaganda e divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas” (art. 7º, parágrafo único, I e II).

A exposição das normas acima revela que a conduta de receber vantagens, benefícios ou presentes que tenham valor econômico contraria os valores éticos que norteiam a administração pública. Assim sendo, há que se concluir que esse comportamento é violador do princípio da moralidade, como de resto dos princípios da impessoalidade e da igualdade, por fragilizar a necessária independência com que devem agir os servidores públicos com vistas a atenderem aos interesses públicos.

Voltando os olhos para o objeto deste trabalho, demonstrou-se, anteriormente, que a indústria farmacêutica tem adotado como

prática de *marketing* o oferecimento das mais variadas vantagens e agrados aos profissionais que exercem a medicina. Referida conduta não tem outro fim que não seja influenciar o exercício profissional objetivando o aumento da venda de seus produtos.

Dessa forma, no que se refere aos profissionais que estejam vinculados aos serviços públicos de saúde, não é difícil concluir que essa prática conflita com os interesses públicos, identificados, no caso, como o bom atendimento no nível individual e a promoção da equidade.

Examinando o Código de Ética Médica (Resolução nº 1931/09 do Conselho Federal de Medicina), constata-se a evidente preocupação com o exercício livre e autônomo da medicina, assim como de forma alinhada com os princípios bioéticos da beneficência, não maleficência, autonomia e justiça. Dessa forma, no Capítulo III, dedicado à responsabilidade profissional, está vedado ao médico:

“Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde, interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade” (BRASIL, 2009).

De forma ainda mais clara e específica, o Capítulo VIII, que trata da remuneração, contém a seguinte vedação:

“Art. 68. Exercer a profissão com interação ou dependência de farmácia, indústria farmacêutica, óptica ou qualquer organização destinada à fabricação, manipulação, promoção ou comercialização de produtos de prescrição médica, qualquer que seja sua natureza” (BRASIL, 2009).

Verifica-se, portanto, que as práticas promovidas pela indústria farmacêutica podem comprometer a imprescindível independência com que se devem conduzir os médicos. O desvio de conduta que venha a comprometer os interesses do paciente ou do usuário do serviço público é repudiado no âmbito do conselho profissional e da administração pública.

Essa falta de ética na condução das estratégias de *marketing* do mercado farmacêutico, fragilizando os interesses da população, não passou despercebida por Dalmo de Abreu Dallari:

“A busca de maior ganho, sem qualquer limitação ética, observando apenas as leis de mercado, transformou em mercadoria a própria pessoa humana, seus órgãos e seus componentes, fazendo-se também o comércio, sem considerações éticas, dos cuidados de saúde, dos medicamentos e de tudo que é fundamental para a preservação da integridade física e mental da pessoa humana” (DALLARI, 2003, p. 72).

O mesmo autor destaca, ademais, as estratégias usadas pelo mercado, inclusive suborno de profissionais de saúde, na tentativa de indução de consumo:

“[...] a sonegação e o jogo de mercado, os preços exorbitantes, as mentiras sobre as qualidades dos produtos, as falsificações, a propaganda enganosa ou inadequada visando estimular o consumo mesmo que inadequado, o suborno direto ou indireto de autoridades públicas, de empresários e profissionais da saúde e tudo o mais que faz parte da competição econômica está muito presente na área da saúde. Evidentemente, nesse jogo, ninguém leva em conta a existência da ética” (DALLARI, 2003, p. 80).

Assim, percebe-se que afronta às normas éticas da categoria profissional dos médicos a manutenção de relação com a indústria far-

macêutica que possa comprometer o exercício independente da medicina.

Diante de todo o exposto, conjugando as normas constantes dos códigos de ética do serviço público com aquelas presentes no Código de Ética Médica, só resta concluir que a proximidade cada vez maior que se tem observado entre médicos e indústria farmacêutica afronta os valores que devem nortear a atuação desses profissionais, em especial quando vinculados aos serviços públicos de saúde. Decorrência dessa vinculação, o recebimento de vantagens, benefícios e presentes de indústrias e laboratórios farmacêuticos é prática de afronta à moralidade no exercício profissional que não pode ser tolerada pela Administração Pública em relação àqueles que mantêm vínculos com o SUS.

3.3. Lei de improbidade administrativa e sua extensão

Vimos acima que a moralidade na condução dos interesses públicos é conduta exigível dos agentes públicos. A par de constituir princípio que deve nortear a administração pública, seu correlato, o dever de probidade, também se encontra presente em diversos outros dispositivos constitucionais.

Em função da elevada preocupação com a moralidade e a probidade no trato da coisa pública, a Constituição estabeleceu uma variada ordem de sanções para os atos de improbidade administrativa, ao dispor que eles acarretarão “a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 37, §4º, da CR/88).

O texto transcrito anteriormente é a matriz do sistema de responsabilização dos agentes públicos que transgridem o dever de probidade.

A sistematização dos atos de improbidade administrativa e respectivas sanções encontra-se na Lei 8.429/92.

A técnica legislativa da Lei 8.429/92 consistiu, inicialmente, na identificação das entidades que poderiam ser sujeito passivo de atos de improbidade administrativa:

“Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos” (BRASIL, 1992).

O sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, por sua vez, está definido logo em seguida no art. 2º e art. 3º da Lei 8.429/92. *Verbis*:

“Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (BRASIL, 1992).

O exame dos dispositivos transcritos permite-nos afirmar que as sanções da Lei 8.429/92 são aplicáveis não apenas a servidores públicos em sentido estrito, mas de resto a todos aqueles que possam ser considerados agentes públicos. O sentido da Lei 8.429/92 é tutelar o patrimônio público e evitar que aqueles que exerçam funções públicas se desviem das finalidades públicas.

Além disso, mesmo o particular que induza ou concorra de qualquer forma para a prática dos atos de improbidade administrativa estará sujeito às sanções legais. Obviamente, não será possível aplicar ao particular sanções destinadas, por sua natureza, aos agentes públicos⁸.

⁸ É o caso da perda da função pública.

No que se refere ao SUS, de início, quando as ações e serviços públicos de saúde são prestados diretamente pelo Estado, não há dúvida de que os agentes públicos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entes da administração indireta podem praticar atos de improbidade administrativa e ser submetidos às sanções da Lei 8.429/92.

Ocorre que, como visto, é possível que a iniciativa privada participe do SUS, de forma complementar, quando esgotadas as capacidades do poder público. Nesse caso, os particulares, mediante contrato ou convênio, passam a integrar o SUS, tendo o dever de observar seus princípios, assim como as normas de Direito Público naquilo que for compatível com o exercício de suas atividades. Dessa forma, ainda que se submetam ao regime jurídico de Direito Privado em decorrência de sua condição de particulares, sofrerão derrogação parcial de normas de Direito Público e se encontrarão sob gestão pública (art. 198, I da CR/88; art. 8º, art. 9º e art. 24, todos da Lei 8.080/90).

Relativamente às pessoas naturais que atuem em entidades particulares que passem a integrar o SUS ou que sejam contratadas para nele prestar serviços, caso venham a praticar condutas que se amoldem aos tipos constantes da Lei 8.429/92, serão consideradas sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa, como já reconheceram os tribunais:⁹

“ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE. CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO ‘AGENTES PÚBLICOS’. HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE). FUNÇÃO DELEGADA.

1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, inculcado no art. 2º, da Lei nº 8.429/92.

2. Deveras, a Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente

⁹O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já entendeu que médicos de entidade credenciada do SUS podem cometer os crimes próprios de funcionários públicos contra a administração em geral, uma vez que sua condição se amolda ao conceito de funcionário público constante do art. 327, §1º do CP. RECURSO ESPECIAL. PENAL. MÉDICOS E ADMINISTRADORES DE ENTIDADE HOSPITALAR PRIVADA. INSTITUIÇÃO CREDENCIADA AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. AGENTES PÚBLICOS POR EQUIPARAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Esta Corte Federal Superior firmou já entendimento no sentido de que o conceito de agente público se estende aos médicos e administradores de entidade hospitalar privada que administram recursos públicos providos do Sistema Único de Saúde, em razão da amplitude conferida ao conceito de funcionário público, ao que se extrai da letra mesma do artigo 327, parágrafo 1º, do Código Penal. Precedentes. 2. Em não afastadas, de plano, a autoria dos fatos, a sua tipicidade e materialidade, deve a questão, por indubitosa, ser decidida em momento próprio, qual seja, o da sentença penal, à luz de todos os elementos de convicção produzidos no desenrolar da instrução criminal, sendo, pois, de todo incabível a precipitação do desfecho do feito, à moda de absolvição sumária do acusado. 3. Recurso especial provido. (STJ) – REsp 277.045/PR – Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Julgamento em 25/08/2004. DJ, 13/12/2004, p. 463).

público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327).

3. Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.

4. Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento.

5. Ademais, a efetiva ocorrência do *periculum in mora* e do *fumus boni juris* são condições de procedência do mérito cautelar, sindicável pela instância de origem também com respaldo na Súmula 07.

6. Em consequência dessa limitação, a comprovação da ocorrência ou não do ato ímprobo é matéria fática que esbarra na interdição erigida pela Súmula 07, do STJ.

7. Recursos parcialmente providos, apenas, para reconhecer a legitimidade passiva dos recorridos para se submeterem às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, acaso comprovadas as transgressões na instância local” (BRASIL, 2004).¹⁰

¹⁰ Além do entendimento do STJ, identificamos, ainda, posicionamentos semelhantes firmados por Tribunais Regionais Federais e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O TRF da 1ª Região assim decidiu: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. MALVERSAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS. SANTA CASA DE MISERICÓRDIA. SUS. AUDITORIAS. INDÍCIOS DE GRAVES IRREGULARIDADES. MÉDICO QUE OCUPOU CARGO DE DIREÇÃO. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES. 1. Não se mostra possível, no momento, afastar a responsabilidade do agravante pela prática de atos lesivos ao patrimônio público. As auditorias realizadas valem como fortes indícios da prática de atos de improbidade. Agiu bem o Juiz ao receber a inicial contra o agravante. 2. Agravo de instrumento improvido. (TRF da 1ª Região – Agravo de instrumento 2006.01.00.043268-8/MG –Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz. Julgamento em 07/05/2007. DJ, 25/05/2007, p. 58). De forma semelhante, o TRF da 1ª Região concluiu pela possibilidade de submissão dos gestores da Santa Casa de Araguari/MG às sanções pela prática de atos de improbidade administrativa no seguinte acórdão: Apelação Cível 2005.38.03.007748-9/MG. Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz. Julgamento em 28/02/2012. e-DJF1, 09/03/2012, p. 098. O TRF da 2ª Região também já afirmou a possibilidade de prática de ato de improbidade administrativa por médico prestador de serviços de hospital conveniado ao SUS. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COBRANÇA PARA REALIZAÇÃO DE ATO CIRÚRGICO POR AGENTE PERTENCENTE A ESTABELECIMENTO QUE INTEGRA O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. CARACTERIZAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI 8.429/92. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DO INCISO III DO ART. 12 DA CITADA LEI. 1. Exerce o demandado em hospital particular, que recebe recursos públicos para a prestação de serviço essencial, por força do Serviço Único de Saúde (SUS), uma atividade que no fundo seria do próprio Estado, razão pela qual sua conduta se ajusta ao art. 1º da Lei 8.429/92 e se encontra enquadrado o réu como agente público (art. 2º). 2. Resta caracterizado o recebimento de quatrocentos reais da paciente, para a realização de intervenção cirúrgica que foi objeto de custeio pelo SUS, como se verifica da prova dos autos que atesta o recebimento dos valores, com devolução do montante pago apenas após comunicação ao Ministério da Saúde. 3. As alegações de que o procedimento médico realizado era novo, não tinha cobertura pelo SUS e que era usual cobrarem de usuários de planos de saúde montante destinado a cobrir as despesas com material cirúrgico não socorrem

Assim, demonstrado que no âmbito do SUS devem ser observados seus princípios e diretrizes, assim como os princípios que devem nortear o Direito Administrativo, mostra-se possível examinar a eventual caracterização de atos de improbidade administrativa por médicos do SUS que recebam vantagens, benefícios ou presentes de indústrias ou laboratórios farmacêuticos.

3.4. Análise da relação entre médicos do SUS e a indústria farmacêutica à luz da Lei 8.429/92

Já se destacou anteriormente que a relação entre médicos e a indústria farmacêutica, ao mesmo tempo em que se tem tornado cada vez mais estreita, possui potencial para gerar prejuízos individuais e coletivos para a saúde, na medida em que implica a indução de consumo de fármacos pelas pessoas, muitas vezes sem as melhores evidências quanto à eficácia, segurança e qualidade no caso concreto.

O exercício da Medicina com interação ou dependência da indústria farmacêutica é conduta proscribida pelo Código de Ética Médica. De outro lado, pode-se afirmar que afronta a ética no exercício das funções públi-

o demandado. A uma, porque, se o procedimento não tinha cobertura pelo sistema de saúde, descabida seria sua realização com cobrança de valores da paciente e do SUS, cumulativamente. A duas, a circunstância de haver uma cobrança de usuários do atendimento, para cobrir despesas referentes ao uso do material, em absoluto significa que tal procedimento é lícito. 4. O demandado afrontou os deveres de honestidade, legalidade e lealdade ao Ministério da Saúde, ao exigir valor de usuário beneficiário do SUS, cumulativamente com o percebido do erário, em conduta livre e consciente no sentido de realizar conduta reprovável do ponto de vista ético. 5. A sentença aplicou tão-somente a sanção de estar proibido o demandado de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Não há motivo para afastar a incidência da suspensão dos direitos políticos, no mínimo de três anos, e a incidência da multa civil, que tem natureza punitiva e não indenizatória (Marino Pazzagli Filho, Lei de Improbidade Comentada, Atlas, 2006, p. 152; Pedro Roberto Decomain, Improbidade Administrativa, Dialética, 2007, p. 213; Wallace Paiva Martins Júnior, Probidade Administrativa, Saraiva, 2001, p. 281). São medidas suficientes para retratar a censura à gravidade do procedimento do agente. 6. Apelo do Ministério Público Federal conhecido e provido. Apelo do réu conhecido e desprovido. Remessa necessária não conhecida. (TRF da 2ª Região. Apelação Cível 415.861 – Julgamento em 09/07/2008. DJU, 23/07/2008, p. 72). Em outra decisão, embora o TRF da 2ª Região tenha negado provimento a recurso do Ministério Público e mantido a absolvição do réu, afirmou que “a Lei nº 8.429/92, em seu art. 2º, não exige para a configuração de ato de improbidade a existência de vínculo efetivo com o Poder Público, englobando no conceito de ‘agente público’ aquele que exerce atividade pública ‘ainda que transitoriamente ou sem remuneração’, como é o caso do médico que, na qualidade de ‘prestador de serviços’ a hospital conveniado ao Sistema Único de Serviços (sic), tem a sua remuneração custeada pelo SUS”. (TRF da 2ª Região – Apelação Cível 392.872 – Relator Juiz Federal convocado Marcelo Pereira da Silva. Julgamento em 27/04/2010. e-DJF2R, 04/05/2010, p. 291/292). O TJMG assim decidiu sobre a prática de ato de improbidade administrativa por médicos e gestores de Santa Casa conveniada com o SUS: AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SANTA CASA DE MISERICÓRDIA – CONVÊNIO COM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE “SUS” – FUNÇÃO DELEGADA. Hospitais e médicos conveniados aos SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa. (TJMG – Apelação Cível 1.0000.00.326523-8/000 – Relator Desembargador Edivaldo George dos Santos. Julgamento em 28/04/2003. DJ, 27/06/2003).

cas a solicitação ou recebimento de vantagens, benefícios ou presentes em razão das atividades exercidas junto ao poder público.

Assim sendo, ainda que pertinentes as críticas de Márcio Cammarosano (2006) quanto à fluidez do conteúdo do princípio da moralidade administrativa e à fragilização da segurança jurídica a que sua aplicação pode conduzir; a prática de recebimento de vantagens, benefícios ou presentes da indústria farmacêutica por médicos do SUS está incluída dentre aquelas que compõem a zona de certeza positiva de violação ao princípio da moralidade administrativa. Com efeito, além de se tratar de prática proscrita por códigos de ética que regem a administração pública, é igualmente condenável à luz do Código de Ética Médica.

Neste ponto, para verificar a eventual caracterização da prática em exame como ato de improbidade administrativa, cumpre esclarecer, inicialmente, que a Lei 8.429/92 possui uma estrutura escalonada de classificação dos diversos ilícitos que podem atentar contra a probidade na Administração Pública. Dessa forma, partindo da forma mais grave de ilicitude para a menos grave, a Lei 8.429/92 prevê os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). Salvo no que se refere aos atos que causam prejuízo ao erário, trata-se de ilícitos que requerem o dolo como elemento subjetivo para a sua caracterização. Outrossim, as respectivas sanções estão previstas no art. 12, incisos I a III.

Por vezes, portanto, será possível que um mesmo fato se amolde a mais de uma espécie de ato de improbidade administrativa, caso em que serão impostas as sanções correspondentes ao ilícito mais grave.

A conduta examinada, na medida em que gera benefício econômico para o agente público, pode caracterizar o ilícito previsto no art. 9º, I, da Lei 8.429/92. Senão vejamos:

“Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público” (BRASIL, 1992).

É necessário enfatizar que o SUS é responsável pelo atendimento da grande maioria da população brasileira e, ainda, trata-se de sistema de saúde de acesso universal. Em razão desta característica, todos são, potencialmente, usuários do SUS, embora, eventualmente, possam optar pela rede privada ou por sistema de saúde suplementar para usarem serviços de saúde.

Essa característica dá a dimensão do mercado consumidor de produtos farmacêuticos formado pelos usuários do SUS. Por essa razão é que os profissionais que atuam no SUS também são alvos da pressão da indústria farmacêutica, inclusive induzindo a aquisição de medicamentos por meio da judicialização de demandas, como apontaram os estudos referidos na introdução deste trabalho.

Dessa forma, não é difícil concluir que os interesses dos laboratórios farmacêuticos sofrem impacto direto das preferências manifestas pelos médicos do SUS no momento em que estes prescrevem o uso de fármacos como parte do tratamento dos usuários do sistema.

O interesse da indústria e dos laboratórios farmacêuticos na venda dos seus produtos não se mostra compatível com o interesse público de assegurar acesso universal e integral aos usuários do SUS aos fármacos que deles necessitem (art. 6º, I, “d” da Lei 8.080/90), assim como o dever dos médicos que integram o sistema de exercerem a Medicina de forma livre e autônoma. Com efeito, a doação de bens, a entrega de presentes, o patrocínio de viagens familiares entre outros “agrados” são potencialmente comprometedores da independência com a qual devem se guiar os profissionais da medicina de modo a cumprirem os já mencionados princípios bioéticos.

De todo modo, como já se expôs à exaustão, a prática de receber vantagens, benefícios ou presentes dos laboratórios farmacêuticos é transgressora do princípio da moralidade administrativa, em razão do que, em relação aos médicos com vínculo com o SUS, leva à configuração de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92, quando não demonstrado o benefício econômico para o agente público.

4. Considerações finais

A opção brasileira pela garantia da saúde como direito fundamental de acesso universal exige dos gestores nas diferentes esferas de governo um grande empenho administrativo e a promoção de políticas públicas voltadas para assegurar a equidade das condições de saúde da população. Trata-se de tarefa árdua e complexa, levando em conta as dimensões territoriais do país e as históricas desigualdades sociais e regionais brasileiras.

No âmbito individual, a assistência médica, embora seja apenas um dos serviços que devem ser prestados pelo SUS – que deve realizar ações de promoção, proteção e recuperação, neste caso, de assistência integral –, tem grande importância para a população. O atendimento adequado, assim como o tratamento prescrito em conformidade com as melhores evidências científicas e no exercício livre e autônomo da medicina, é parte essencial dos cuidados que devem estar disponíveis para todos.

Dessa forma, as práticas da indústria farmacêutica que venham a comprometer o livre e autônomo exercício da medicina devem ser repudiadas. É o que ocorre com as estratégias de *marketing* que apelam para a distribuição de brindes caros, pagamentos de viagens entre outras benesses de que costumam se valer os laboratórios farmacêuticos com o fim de incentivar prescrições.

Vivemos hoje tempos em que a ética, mesmo no mercado que envolve medicamentos, serviços e insumos essenciais para a saúde, parece tratar-se de conceito antiquado e em desuso. No entanto, como se demonstrou acima, a defesa do interesse público requer, no que tange às atividades

administrativas, incluindo a prestação de serviços públicos, exige o exame dos atos administrativos e das condutas dos agentes públicos para além de sua mera conformidade com a legalidade.

Dessa forma, a elaboração do presente artigo teve por objetivo lançar luzes sobre as práticas antiéticas promovidas pelos laboratórios farmacêuticos e despertar para a necessidade de controle e repressão sobre o recebimento de vantagens, benefícios e presentes por médicos que integram o SUS, inclusive por meio da aplicação da Lei 8.429/92.

Referências

ANGELL, Marcia. *A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos*. Tradução de Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito material coletivo: superação da summa divisio Direito Público e Direito Privado por uma summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.

BELO HORIZONTE. Decreto n. 14.635 de 10 de novembro de 2011. Institui o Código de Ética do Agente Público Municipal e da Alta Administração Municipal. *Diário Oficial do Município*, Belo Horizonte, 10 nov. 2011. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=salaservidor&tax=26460&lang=pt_BR&pg=5320&taxp=0&>. Acesso em: 4 dez. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 set. 1990.

_____. Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 jul. 1965.

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 jun. 1992.

_____. Decreto n. 1.171, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jun. 1994.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 495933/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ, 16 mar. 2004. *Diário da Justiça*, 19 mar. 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula vinculante n. 13. DJ, 21 ago. 2008. *Diário Oficial*, 29 ago. 2008. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0013vinculante.htm>. Acesso em: 3 dez. 2014.

_____. Resolução CFM n. 1931 de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set. 2009b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada n. 175/CE. DJ, 17 mar. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 mar. 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques. *As ações judiciais por anticorpos monoclonais em Minas Gerais, 1999-2009: médicos, advogados e indústria farmacêutica*. 2012. 80 f. Dissertação (Mestrado em saúde pública) – Faculdade de Medicina, Universidade Federal de Minas Gerais, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Ética sanitária. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Direito sanitário e saúde pública. Coletânea de textos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 62-81. (Série E. Legislação de Saúde, v.1).

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FALEIROS, Daniel Resende; GUERRA JÚNIOR, Augusto Afonso; SZUSTER, Daniele Araújo Campos. A questão das demandas judiciais por medicamentos no SUS. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Prêmio Sergio Arouca de gestão participativa: experiências exitosas e trabalhos acadêmicos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008. p. 129-131.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUERRA JÚNIOR, Augusto Afonso; ACÚRCIO, Francisco de Assis. Política de medicamentos e assistência farmacêutica. In: ACÚRCIO, Francisco de Assis (Org.). *Medicamentos: políticas, assistência Farmacêutica, farmacoepidemiologia e farmacoconomia*. Belo Horizonte: COOPMED, 2013. p. 13-73.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Os princípios da bioética e os limites da atuação médica. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*. Disponível na internet: <http://www.ligiera.com.br/artigos/principios_da_bioetica.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2014.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, abr. 2011.

MINAS GERAIS. Decreto n. 43.885, de 4 de outubro de 2004. Dispõe sobre o Código de Conduta Ética do Servidor Público e da Alta Administração Estadual. *Diário do Executivo*, Minas Gerais, 6 out. 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: RT, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

Hans Kelsen

Filosofia jurídica e democracia

CAIO HENRIQUE LOPES RAMIRO

LUIZ HENRIQUE MARTIM HERRERA

Sumário

Introdução. 1. Hans Kelsen: a afirmação do positivismo jurídico normativista. 2. A gênese do pensamento de Hans Kelsen e a formação do conhecimento jurídico: o positivismo jurídico caricaturado. 3. Com o positivismo jurídico em defesa da democracia: considerações sobre o *reductio ad Hitlerum*. Considerações finais.

Introdução

Caio Henrique Lopes Ramiro é professor; advogado; mestre em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM – Marília/SP); especialista em Filosofia Política e Jurídica (Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR).

Luiz Henrique Martim Herrera é advogado e professor universitário; mestre em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM); especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea: aspectos éticos e políticos (UEL) e em Filosofia Política e Jurídica (UEL); pós-graduando em Antropologia (USC).

O presente trabalho pretende investigar as possibilidades do pensamento de Hans Kelsen, em especial aspectos de sua filosofia jurídica ligados à *Teoria Pura do Direito*, isto é, da sua proposta normativista e, naquilo que for possível, com o exame de seu pensamento político. Para tanto, a metodologia empregada foi o exame hermenêutico das obras que o jusfilósofo tcheco dedica ao tema; procedeu-se à análise e à interpretação de textos de literatura primária e de apoio, com base numa revisão bibliográfica que levou em consideração as fontes históricas e teóricas de Kelsen, bem como o diálogo crítico com seus interlocutores.

No primeiro movimento do texto, revisitou-se o momento histórico em que Kelsen se insere e constrói sua reflexão. O segundo movimento objetiva apresentar as linhas de força do pensamento kelseniano em cotejo com as mais variadas críticas destinadas à teoria jurídica desenvolvida pelo autor, com destaque para aquelas destituídas de uma epistemologia responsável – ao que chamamos de “caricaturais” –, que demonstram, no mínimo, má-fé e ignorância, como afirma Juan Amado.

Por fim, com a pretensão de uma leitura para além da *Teoria Pura do Direito*, buscou-se uma análise da crítica a Kelsen conhecida por

reductio ad Hitlerum, o que nos parece ser desdobramento lógico das críticas infundadas, ao ponto de se promover, sem qualquer razão, uma relação de Kelsen com as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Ver-se-á adiante que, com um olhar atento sobre o pensamento kelseniano, levando-se em consideração seus textos políticos, não é possível alimentar a acusação de que sua teoria e seu pensamento sejam indiferentes, do ponto de vista político, às demais áreas do conhecimento (psicologia, moral, religião, economia, antropologia, sociologia, história e política) ou que tenham fundamentado os autoritarismos políticos, em especial o nazismo.

1. Hans Kelsen: a afirmação do positivismo jurídico normativista

No início do século XX, Hans Kelsen denunciava que a prática judiciária, pela jurisprudência, valia-se de critérios múltiplos para definir o que é o Direito¹. Diante dessa multiplicidade de horizontes metodológicos, propôs o que chamou de *Teoria Pura do Direito*, numa manifestação pretensão de delimitar a esfera do conhecimento jurídico à possibilidade descritiva e de conhecimento do sistema normativo. Assim, proclamava a instauração de uma metodologia própria para a ciência do Direito. A partir dessa dimensão normativa, o Direito posto (norma) seria o objeto científico. A esse modo de ver o Direito é que se denomina positivismo² jurídico normativista.

A origem da expressão positivismo jurídico está na ideia de que somente ao Estado pertence o poder de estabelecer o Direito. O Direito

¹ É oportuno explicar a distinção gráfico-funcional quando da utilização da expressão “Direito”, pois, quando apresentado o Direito como ciência, grafou-se com a inicial maiúscula, ao passo que a opção com a inicial minúscula (direito) revelaria o direito como objeto dessa mesma ciência.

² Conforme o dicionário de filosofia de Hilton Japiassu e Danilo Marcondes (2006, p. 222): “*Positivismo* (fr. *Positivisme*) 1. Sistema filosófico formulado por Augusto Comte, tendo como núcleo sua teoria dos três estados, segundo a qual o espírito humano, ou seja, a sociedade, a cultura, passa por três etapas: a teológica, a metafísica e a positiva. As chamadas ciências positivas surgem apenas quando a humanidade atinge a terceira etapa, sua maioridade, rompendo com as anteriores. Para Comte, as ciências se ordenaram hierarquicamente da seguinte forma: matemática, astronomia, física, química, biologia, sociologia; cada uma tomando por base a anterior e atingindo um nível mais elevado de complexidade. A finalidade última do sistema é política: organizar a sociedade cientificamente com base nos princípios estabelecidos pelas ciências positivas. 2. Em um sentido mais amplo, um tanto vago, o termo ‘positivismo’ designa várias doutrinas filosóficas do séc. XIX, como as de Stuart Mill, Spencer, Mach e outros, que se caracterizam pela valorização de um método empirista e quantitativo, pela defesa da experiência sensível como fonte principal do conhecimento, pela hostilidade em relação ao idealismo, e pela consideração das ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade e modelos para as demais ciências. Contemporaneamente muitas doutrinas filosóficas e científicas são consideradas ‘positivistas’ por possuírem algumas dessas características, tendo este termo adquirido uma conotação negativa nesta aplicação.”

Positivo – as normas jurídicas – seria o instrumento que o Estado tem para dar ordem à realidade social. Isso significa que Direito Positivo (objeto) não é sinônimo de Positivismo Jurídico (perspectiva). Segundo Tom Campbell (2002), o positivismo jurídico visa proporcionar uma caracterização precisa do direito tal como ele é na realidade, em lugar de como deve ser, caracterizando-se como uma teoria analítica, descritiva e explicativa.

Outra observação de relevância é a aproximação, e ao mesmo tempo distanciamento, que há entre o positivismo filosófico e o positivismo jurídico. É comum se atribuir a Augusto Comte a origem do positivismo jurídico³. Norberto Bobbio (1995, p. 15) conta que, muito embora tenham eles pontos de contato – tendo em conta partirem do mesmo pressuposto –, não

³ A filosofia de Augusto Comte (1883), que inaugura o positivismo moderno em meados do século XIX (ADEODATO, 2009, p. 132), decorre de uma resposta ao idealismo que permeava a ordem burguesa na França, onde se proclamava a bandeira de liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, as leis positivas, bem como as leis da natureza (descritas pela biologia), exprimiriam probabilidades de ações e resultados. O positivismo sociológico de Augusto Comte cria um método fundado em regras objetivas, que visavam garantir segurança e certeza nas operações: a ordem e a estabilidade garantiriam o progresso social. Ocorre que sua formulação parte do pressuposto de que o mundo é estável, o que garantiria previsibilidade. Sustentava que cientificamente só se podem conhecer relações de fato. Impossível seria conhecer a “coisa em si” ou a verdade absoluta, contrapondo-se à metafísica, pois o conhecimento dos fenômenos está na dependência dos recursos das ciências positivas. O processo cognoscível de reconhecimento da proposição ocorre na progressiva identificação da correlação entre o real e o pensamento. Aplicado ao Direito, isso significa que o conteúdo do Direito corresponde apenas aos fenômenos sociais que se deduzem da observação dos fatos. Logo, o filósofo do Direito não teria outra missão senão a de sistematizar os resultados derivados da observação e verificação dos fatos como se apresentam. Conforme nos ensina Tercio Sampaio Ferraz Junior (1980, p. 31), Comte “reconhece a impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto passível da investigação científica”. Todas essas teses de Comte foram fase comum para o positivismo do século XIX. Daí surgiram, finalmente, a negação de toda a metafísica, a preferência dada às ciências experimentais, a confiança exclusiva no conhecimento dos fatos etc.

podem ser considerados resultados do mesmo desenvolvimento científico.

“A expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França.”

As semelhanças estariam, portanto, na pretensão de criar um método de análise das ciências sociais, com características análogas às das ciências exatas e naturais. Isso significa que o positivismo jurídico se vale dos pressupostos da metodologia filosófica de Augusto Comte, com a pretensão de criar uma ciência jurídica objetivada.

Augusto Comte (1998) vinculava o termo “positivo” às noções de realidade, de utilidade, de certeza, de precisão e de organização, em oposição a uma metafísica típica da infância da ciência. Seria, na definição de Hilton Japiassu e Danilo Marcondes (2006, p. 222), aquilo “que existe, que é real, palpável, concreto, fatural, existente de fato, estabelecido, instituído, oposto ao natural”⁴.

Por esses parâmetros, Hans Kelsen concebe a ciência jurídica livre das influências metafísicas e idealistas sobre a natureza do Direito. O Direito, a partir de então, não seria outro que não o Direito Positivo (KELSEN, 2006, p. 1).

⁴ Hilton Japiassu e Danilo Marcondes (2006, p. 222) completam ainda que, segundo Comte, “todas as línguas ocidentais estão de acordo em conceder ao termo positivo e a seus derivados os dois atributos de realidade e de utilidade, cuja combinação por si só é suficiente para definir o verdadeiro espírito filosófico, que no fundo é apenas o bom senso generalizado e sistematizado (*Discurso sobre o conjunto do positivismo*)”.

Nesse sentido, Hans Kelsen estabelece como princípio metodológico conhecer o Direito apenas a partir do Direito, excluindo desse campo tudo aquilo que não pertença ao seu objeto (norma), tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Propõe uma ideia de ciência jurídica a partir do reconhecimento de sua autonomia.

Logo, seu projeto de uma *Teoria Pura do Direito* se justifica como uma proposta de epistemologia jurídica, pela qual a preocupação se voltaria para a ciência dos significados objetivos definidos em um texto, no qual se lê algo sobre a realidade, explicando-se o comportamento a ser adotado em face dela (GUERRA FILHO, 2001, p. 34-35).

Importa dizer: assim como Augusto Comte delimitou sua filosofia à observância dos fatos, sem aporte à metafísica ou a idealismos teológicos ou políticos, Hans Kelsen vale-se do mesmo método para purificar a ciência jurídica de elementos metajurídicos ou não jurídicos (psicologia, moral, religião, economia, antropologia, sociologia, história e política).

Apesar de o jurista ter olhos para a experiência advinda das demais áreas do conhecimento – como evidenciado em suas obras –, o seu domínio próprio é o da norma, a partir da busca de uma metodologia capaz de isolar o estudo do Direito do estudo das outras ciências sociais (REALE, 1984, p. 63). Nas palavras de Kelsen (2006, p. 1):

“A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito”.

Na tarefa de desenvolvimento do positivismo jurídico no século XX, Kelsen retoma o fio de desenvolvimento clássico da Ciência Jurídica posto pela Escola da Exegese e pela Escola Analítica inglesa no século XIX (REALE, 2002, p. 457; ADEODATO, 2009, p. 133). Os juristas franceses da Escola da Exegese acreditavam que somente o Direito Positivo era Direito. O positivismo surgiria a partir de uma análise da própria codificação – um positivismo exegético-formalista –, praticada sob a perspectiva de uma teoria da obediência da lei (no sentido de vinculação total do magistrado). Neste ponto, verifica-se a identificação do julgador à idéia de que ele é *la bouche de la loi* (a boca da lei), o que implica dizer que ao magistrado era proibido o exercício da atividade hermenêutica⁵.

⁵ Ao que parece por motivos políticos, uma vez que a classe que assume o poder na França não confia nos magistrados, sempre atrelados ao poder soberano da época.

Kelsen, com todo o seu rigor metodológico, supera essa visão propondo o positivismo-normativista.

A exemplificação máxima desse panorama pode ser vista na passagem do prefácio à primeira edição (1934) de sua *Teoria Pura do Direito* na qual o jusfilósofo tcheco define bem seus objetivos:

“Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Logo, desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao estudo do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão” (KELSEN, 2006, p. XI).

Por isso é que Hans Kelsen se consagrará como o principal representante do positivismo jurídico, uma vez que inaugura a vertente denominada de positivismo-normativo, pela qual se busca a dimensão normativa do direito, em oposição à teoria tradicional. Stanley Paulson (2013, p. 8) traduz bem esse movimento:

“Em sua busca pela dimensão normativa do direito, Kelsen se aprofunda mais do que os teóricos anteriores. Na sua visão, nenhum tipo de teoria tradicional – nem o positivismo jurídico baseado em fatos, em suas muitas versões (realismos, teorias do interesse e outras), nem o jusnaturalismo – é defensável. O primeiro tipo de teoria tradicional elimina a normatividade como um todo, substituindo-a pelo fato. Já o segundo tipo confunde a normatividade do direito com a normatividade da filosofia moral”.

Em *A Teoria Pura do Direito*, Kelsen propõe uma análise estrutural de seu objeto, formado por uma série de ordenamentos subordinados a uma hierarquia de graus sucessivos de extensão e eficácia decrescentes (normas que emanam umas das outras) ou escalonamento, desde o ordenamento internacional até o Estado.

Para tanto, Kelsen colocou como último fundamento de regresso – *ad infinitum* – uma norma hipotética fundamental – fundamento último de validade. Caso contrário, inexistente a norma fundamental (um subterfúgio lógico-argumentativo; um argumento transcendental), admitir-se-iam pressupostos metafísicos para a fundamentação da ordem jurídica.

De acordo com Stanley Paulson:

“Kelsen acredita que há uma solução para além de ambas as teorias tradicionais, opção que demonstra a inverdade da célebre máxima *tertium non datur*. Assim como Kant, que se emancipa das restrições impostas pela combinação entre o racionalismo e o empirismo nos séculos XVII e XVIII, Kelsen se liberta das limitações postas pela combinação dos dois tipos de teorias jurídicas tradicionais. Há, insiste Kelsen, uma terceira teoria e, para alcançá-la, ele lança mão da mesma diretriz da qual partiu Kant: um argumento transcendental, quer dizer, o método transcendental dos neokantianos de Marburgo [...]. É na sua busca por uma doutrina da normatividade do direito que Kelsen introduz a norma fundamental” (PAULSON, 2013, p. 8).

A busca de Kelsen por uma doutrina da normatividade faz com que ele pense, inclusive, o conceito de soberania apoiado em um sentido jurídico, isto é, conectado a um sistema ou ordenamento jurídico, desse modo como uma exigência lógica em sentido transcendental, tendo por base uma norma fundamental pressuposta (GIACOIA JUNIOR, 2010, p. 158). Para Antonio Manuel Hespanha (2009, p. 763):

“Kelsen não propõe que os conteúdos das normas jurídicas sejam deduzidos de axiomas normativos racionais, como faziam os jusracionalistas (matematizantes ou geometrizantes) do séc. XVIII. Tudo o que diz é que – não cuidando agora do seu conteúdo – a validade de uma norma jurídica depende sempre de uma norma superior, que estabelece a competência e o processo para editar as normas inferiores. Empiricamente, esta norma é a Constituição. Mas como a Constituição também é uma norma, cuja validade tem que ser fundada noutra norma fundamental (*Grundnorm*), que determina o poder e processo constituintes pressupostos pela constituição efetivamente existentes.”

Para explicar isso, Hans Kelsen se vale de construções lógico-formais a fim de libertar o Direito dos aspectos jusnaturalistas. Segundo Kelsen (2006, p. 9), o homem primeiro compreendeu o mundo da natureza (o “ser”) como um mundo normativo (o “dever-ser”). A ordem da natureza (jusnaturalismo cosmológico e teológico) revelava regras que deveriam ser respeitadas (o justo é o que vem da natureza).

Mais tarde, na modernidade, quando o fenômeno da codificação surge (jusnaturalismo racionalista), não há mais que se pensar em verdades metafísicas derivadas das leis de um Deus, mas tão somente naquilo que se optou por definir como algo que deve ser (o justo é o que está na norma).

Desse modo, o isolamento do método jurídico da categoria do ser seria a chave para alcançar a neutralidade objetiva da ciência jurídica. Nessa linha, o positivismo aparta o Direito da Moral (juízos de valor) – argumento conhecido como *princípio de separação* – a fim de encontrar respaldo na realidade empírica (juízos de fato). Não se reconhece, por-

tanto, o papel do valor ou da valoração no plano das chamadas ciências positivas. Por essa razão é que se distinguem a realidade e o Direito em dois prismas: o do ser e o do dever ser.

Essa visão separatista considera que o estudo e a compreensão do Direito não incluem sua avaliação moral (substância), e o reconhecimento da validade de um sistema jurídico (ou de uma norma) não depende de sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto; depende apenas da formalidade, isto é, de o conteúdo estar inserido em determinado ordenamento jurídico (independentemente de seu teor). Para Kelsen (2006, p. 221):

“Todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não está negada pelo fato de seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão.”

Nesse panorama, verifica-se que sua proposta de tornar o Direito uma ciência constitui-se da mais rigorosa lógica, na medida em que concebe o Direito como um sistema fechado, competindo ao intérprete (adotando uma postura cognitiva⁶) optar por uma solução do caso concreto (concreção) a partir de alternativas situadas dentro da “moldura” do texto normativo (KELSEN, 2006, p. 394). Cristaliza-se, com isso, um Direito justo, fundado no subjetivismo e no arbítrio (dever-ser), reduzindo-se todo o Direito Natural ao Direito Positivo (legalidade como valor-fim). Resultado: retiram-se as “impurezas” valorativas da categoria jurídica.

⁶Os críticos do pensamento kelseniano refutam essa discricionariedade do aplicador. Por todos, veja as obras de Lenio Luiz Streck (2002; 2009a; 2009b; 2010).

Em suma, Hans Kelsen considerou o Direito como um especial sistema de normas, cujo fundamento de validade não estava em outros sistemas normativos, como a religião ou a moral; mas também não estava na ordem dos fatos, como numa política. Ou seja, uma norma jurídica não teria vigência por ser moral ou útil, mas apenas porque é norma jurídica. Assim, passa a ser obrigatória em virtude do comando de uma norma superior. Daí por que o Direito se assemelha a uma “pirâmide normativa”, no topo da qual se encontra a Constituição. Mas, como a própria Constituição carece de um fundamento jurídico, a rigorosa construção lógica de sua teoria o obrigou a pressupor uma “norma fundamental”, que valida a Constituição.

Um dos conceitos-chave de sua teoria é o conceito de validade, isto é, estar de acordo com os procedimentos formais de criação normativa previstos no ordenamento jurídico. Excluem-se, assim, juízos de valor como certo ou errado, justo ou injusto. O sistema jurídico, portanto, pode ser classificado como autorreferente, procedimental, fechado a fatores extrajurídicos, que comprometeriam sua rigidez e completude. Essa concepção normativista rompe, pois, com uma ordem jurídica concebida como um conjunto de valores (juízos de justiça).⁷

Nesse passo, o sentido das normas jurídicas é alcançado por meio da interpretação. Esta, no entanto, não consiste em um processo de cognição de um sentido derivado das leis morais ou naturais: é necessário levar em conta as possibilidades de sentido de um texto normativo, sentidos esses definidos pela ciência jurídica. Para Kelsen (2006, p. 388), existem duas espécies de interpretação: a interpretação do Direito pelo

⁷Norberto Bobbio (1995, p. 135) fornece-nos exemplo interessantíssimo: “diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: ‘o céu é rubro’, formulo um juízo de fato; se digo ‘este céu rubro é belo’, formulo um juízo de valor”.

órgão que o aplica (poder judiciário) e a interpretação dada pela Ciência Jurídica. Vejamos esta caracterização em tintas kelsenianas:

“A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. [...] o preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo. [...] não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão sobre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito” (KELSEN, 2006, p. 395).

Desse modo, a tarefa do intérprete do sistema normativo seria a de determinar o sentido das normas jurídicas, para então serem observadas, muito embora essa determinação nunca viesse a ser completa. Nesse processo, seria proibido se valer de critérios metajurídicos (moral, ética, justiça, etc.). Esse rigor científico incomparável de Hans Kelsen definiria um novo paradigma para o sistema normativo no século XX. Por essas razões é que sua postura científica se enraizará em todos os Estados com Direito codificado, como no Brasil. Não sem razão, Miguel Reale (1984, p. 63), em discurso proferido em 1981, já dizia que “o rigor e o travamento interno de seu raciocínio são de tal ordem que, quando aceitamos os seus pressupostos, somos fadados a acompanhá-lo, *pari passu*, até mesmo nas vacilações do seu pensamento”.

Porém, a delimitação epistemológica do Direito, reservando ao jurista apenas o estudo da dimensão normativa, fez de Kelsen vítima de incontáveis acusações e rotulações⁸; foi considerado um autor reducionista (COELHO, 1995, p. 15), exatamente por negar à ciência do Direito qualquer possibilidade de investigação sobre as dimensões históricas e axiológicas do fenômeno jurídico.

2. A gênese do pensamento de Hans Kelsen e a formação do conhecimento jurídico: o positivismo jurídico caricaturado

Hans Kelsen é considerado o mais importante jurista do século XX. Daí a importância de seu estudo nos bancos acadêmicos, em especial na graduação em Direito. Todos os professores o citam em aulas, com aspas

⁸ Juan Antonio García Amado (2012a, p. 23) argumenta: “Por que se mente sobre Kelsen nas aulas e nos livros? Por ignorância e por má-fé. Por ignorância, já que uma coisa é citar e outra, ter lido. Mas há, sobretudo, má-fé”.

ou sem aspas. Sua opção metodológica de extirpar da ciência jurídica todas as categorias extrajurídicas faz de sua teoria normativa – como afirmam de um modo geral – expoente da dogmática jurídica e do positivismo-normativista.

Diante dessa compreensão, seu nome é invocado irresponsavelmente para tão somente dar estética e autoridade (verdade) a afirmações relativas a tudo o que se refere a “aplicação da letra (fria) da lei”, “recusa à aplicação de princípios”, “totalitarismo, sobretudo do regime nazista”, “não reconhecimento de valores”, entre outras que serão expostas adiante.

Deduz-se, portanto, do contexto de que Hans Kelsen é um normativista que seria ele, na mesma medida, um pensador dedicado apenas ao direito positivo e ao exercício da aplicação autômata do fato correspondente ao texto. Diariamente o que vemos, pois, é um “epistemicídio” da teoria desenvolvida por Hans Kelsen, na medida em que se desconhece sua proposta.

Entretanto, sua *Teoria Pura do Direito* não foi elaborada com base no estudo exclusivo do sistema normativo, muito pelo contrário: nossa leitura de Kelsen possibilita visualizar um teórico que arquiteta a estrutura do sistema normativo a partir de um senso de interdisciplinaridade e transdisciplinaridade monumental⁹, pois era um jurista atento à realidade; “era uma das personalidades mais poliédricas e multifacetadas de nossa época. E isso explica bem a sua compreensão do rigor científico” (REALE, 1984, p. 60). Willis Santiago Guerra Filho ressalta que:

“Hans Kelsen não deixou de cultivar essa aproximação com a sociologia e diversas outras disciplinas do conhecimento, sem descuidar das mais antigas, como a filosofia – o próprio ato de filosofar de Kelsen já prova sua contradogmática – e, mesmo, a teologia, como se vê em obras suas menos conhecidas, como Deus e o Estado, em reação à qual se poderia até dizer que Carl Schmitt produziu sua teoria política”.

As páginas iniciais da *Teoria Pura do Direito* já nos mostram a invejabilidade das críticas sofridas por Kelsen, ou seja, de que sua proposta tenta uma depuração valorativa do ordenamento jurídico. Para Andityas Costa Matos (2006, p. 115):

⁹Esses dois níveis pedagógicos – interdisciplinar e transdisciplinar – possuem uma diferença de fundo: o interdisciplinar (assim como o multidisciplinar) está preso à disciplina, enquanto o transdisciplinar vai além, isto é, integra outras áreas do conhecimento, formando uma rede de ciência que possibilita articular, contextualizar e reunir conhecimentos. Na prática, a interdisciplinaridade é anterior à perspectiva transdisciplinar. A interdisciplinaridade seria uma primeira fase de articulação de conteúdos, a partir da coordenação de objetivos comuns entre disciplinas e da organização de unidades temáticas. Assim, ao se conjugarem diferentes disciplinas, o objeto estudado adquire um enfoque original para a resolução do problema. Com vistas à realização desse conhecimento integrado, o planejamento pedagógico é imprescindível.

“Não é correto afirmar – como fazem muitos – que Kelsen realiza uma depuração axiológica no direito. Seria realmente impossível pensar o fenômeno jurídico como algo desvinculado dos valores. O que ocorre é que para ele a ciência jurídica não pode prescrever valores, mas apenas descrever seu objeto, ou seja, normas jurídicas que têm valores como conteúdo”.

Verdadeiramente, o projeto de Kelsen de construir uma ciência jurídica autônoma e fundada em seus próprios pressupostos, não derivando de qualquer outro sistema normativo (por exemplo, a moral), apresenta-se como uma tentativa ambiciosa de livrar o universo jurídico de naturalismos ou jusnaturalismos, crenças metafísicas que, sobretudo, tinham por objetivo garantir o poder político, o que podemos observar em sua notável polêmica com Carl Schmitt. Segundo Stanley Paulson (2011, p. 121):

“O projeto de Kelsen, ao logo de muitas décadas, foi, acima de tudo, uma tentativa ambiciosa e de largo alcance de demonstrar, primeiramente, que o naturalismo na ciência jurídica de *fin de siècle* estava enganado e, em segundo lugar, desenvolver rudimentos de uma teoria alternativa que asseguraria a autonomia (*Eigengesetzlichkeit*) do direito e, ao mesmo tempo, a pureza (*Reinheit*) da ciência jurídica”.

Stanley Paulson (2011, p. 118) ainda assinala que “as interpretações da ideia de Kelsen sobre normatividade percorrem todos os possíveis entendimentos alternativos, desde uma visão contrafactual da normatividade até uma tese sobre a normatividade ‘justificada’”. Segundo Kelsen (1991, p. 18), “a norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor à conduta real”. Note-se que, ao contrário do que se afirma como forma de crítica ao jusfilósofo tcheco, sua proposta de uma teoria pura do direito não elimina ou depura totalmente os valores do contexto jurídico. Nas palavras de Kelsen (1991, p. 19):

“A conduta real a que se refere o juízo de valor e que constitui o objeto da valoração, que tem um valor positivo ou negativo, é um fato da ordem do ser, existente no tempo e no espaço, um elemento ou parte da realidade. Apenas um fato da ordem do ser pode, quando comparado com uma norma, ser julgado valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo. [...] Na medida em que as normas que constituem o fundamento de juízos de valor são estabelecidas por atos de uma vontade humana, e não de uma vontade supra-humana, os valores através delas constituídos são arbitrários. Através de outros atos de vontade humana podem ser produzidas outras normas, contrárias às primeiras, que constituam outros valores, opostos aos valores que estas constituem. O que segundo aquelas, é bom, pode ser mau segundo estas. Por isso, as normas legisladas pelos homens – e não por uma autoridade supra-humana – apenas constituem valores relativos” (grifo nosso).

Mas seu rigor metodológico de creditar ao (e tão somente ao) Direito Positivo o conhecimento jurídico fez dele um jurista pouco compreendido, o que o tornou alvo de injustas censuras por teses que nunca defendeu. De acordo com Jestaedt (2011, p. 3):

“O estratagema mais usado e testado para livrar-se desse pensador incômodo é difamá-lo, devido ao seu impulso em direção à pureza metodológica da teoria do Direito, como habitante introvertido e autista de uma torre de marfim, que desconhece o mundo, dá as costas à prática, foge da realidade e teme os valores”.

Nas ácidas palavras de Juan Amado (2012a, p. 23):

“Kelsen parece detestável a muitos que optam por injuriá-lo. Parece detestável a totalitários, nacionalistas, jusnaturalistas com ou sem batina e a políticos disfarçados de cientistas do direito que querem que as decisões jurídicas sejam exatamente como lhes agrada e convém; a defensores do ativismo judicial sempre e quando os juízes sejam amigos seus ou do mesmo clã; a ponderadores de valores e direitos que crêem que estes podem ser pesados tal qual se pesam batatas ou cenouras no mercado; a profetas da Constituição material, que, materialmente, vivem da Constituição; a professores nacionais com doutorado estrangeiro que defendem, paradoxalmente, uma ciência jurídica puramente autóctone. E a tantos outros. Os primeiros foram aqueles antigos juristas nazistas que o chamavam de ‘cão judeu’ nos tempos de Hitler e que, depois de 45, convertidos em grandes democratas e moralistas sem defeitos, continuaram atribuindo-lhe a culpa de todos os males passados. Detesta-se Kelsen porque o pensamento jurídico e político kelseniano foi radicalmente desmistificador, ferozmente crítico diante da imposição de tanta metafísica jurídica a serviço de simples afãs de dominação que se negam a passar pelas urnas; crítico também frente à falsidade de tanto absolutismo moral que serve, antes de tudo, para se estar bem com os poderes estabelecidos e dar razão ao tirano da vez; crítico, por fim, em relação às pretensões de elevação moral de altos juízes que o são porque jamais contradizem, nas coisas que lhe são mais caras, o poder que os nomeia”.

Na realidade, quando nos limitamos a cuidar de sua teoria normativa, temos uma imagem parcial e mutilada da contribuição kelseniana. O primeiro ponto que deve ser esclarecido é que Hans Kelsen foi o criador de uma *Teoria Pura do Direito*, mas não um mestre do Direito puro. O que existe na sua pesquisa é a definição de uma pureza metodológica capaz de isolar o estudo do Direito do estudo das outras ciências, tanto que instaura uma metodologia própria para a ciência do Direito, sem, contudo (e isso é de extrema relevância), negar as outras dimensões não normativas do Direito (psicologia, moral, religião, economia, antropologia, sociologia, história e política), que foram bases de fundamentação nos séculos anteriores. Kelsen reconhecia que o Direito é um fenômeno de amplas

dimensões (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 37) e pretendia alçar o Direito a uma ciência. Miguel Reale (1984, p. 63, grifo nosso) destacava que:

“Esse rigorismo é algo que estava sendo reclamado como necessário à Ciência do Direito. Quando Kelsen iniciou sua atividade revolucionária, a *Ciência do Direito estava num momento de profunda indecisão*; alguns diziam: a salvação para o Direito é apegar-se à Sociologia. O Direito, anunciava o mestre italiano Anzilotti, o Direito só pode se salvar se transformando em Sociologia Jurídica. E já se ouvia, ao longe, outra voz que dizia: ‘só a psicologia salva o Direito. O Direito é a psicologia do justo’. E um terceiro dizia: ‘o Direito somente terá sentido se for expressão prática da vida econômica, o Direito é um superestrutura do mundo econômico’ [...]”.

A partir de tal diagnóstico, podemos observar que a crise da educação jurídica do século XXI, que resulta numa postura científica limitada do Direito posto (de adestramento de massas acríticas), não pode ser – como muitos afirmam – atribuída à perspectiva metodológica defendida por Hans Kelsen. Deve-se atribuir, antes, a seus maus leitores, que pouco se valeram de seus escritos ou, o que é pior, não foram venturosos em compreendê-lo, a ponto de escolhê-lo como o protagonista de todas as mazelas da teoria do direito ou de sua aplicação prática. Essa deturpação epistemológica das teses de Hans Kelsen pode ser exemplificada na confissão de Daniel Sarmento, um dos principais teóricos contemporâneos do Direito no Brasil.

“Como um não-positivista, tenho a necessária imparcialidade para criticar os equívocos da doutrina brasileira nas suas invectivas contra o positivismo, que muitas vezes caracterizam verdadeira ‘falácia do espantalho’: ataca-se não a própria teoria positivista, mas uma distorcida caricatura dela. *Dois afirmações erradas, que eu mesmo já fiz em textos anteriores*, são muito freqüentes: a de que o positivismo recusa a aplicação dos princípios jurídicos, e a de que ele teria sido a filosofia do Direito cultivada na Alemanha nazista. Quanto ao primeiro ponto, não há nenhuma incompatibilidade lógica entre positivismo e princípios, desde que os princípios estejam devidamente incorporados na ordem jurídico-positiva. [...] Mesmo no Direito Público brasileiro, juristas de inspiração positivista kelseniana construíram suas teorias com apoio em argumentação principiológica, como o falecido Geraldo Ataliba e Celso Antonio Bandeira de Mello. No que tange ao segundo ponto – a chamada *reductio ad hitlerum* – os estudos mais autorizados de História do Direito comprovam que não foi o positivismo a teoria jurídica dominante no nazismo, mas uma espécie de jusnaturalismo de inspiração hegeliana, que se insurgia contra o formalismo e recorria com freqüência a conceitos muito vagos para justificar a barbárie, como os de ‘comunidade popular’” (SARMENTO, 2010, p. 264, grifo nosso).

De fato, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, muito se discutiu no campo teórico europeu sobre até que ponto o positivismo

kelseniano teria apoiado o direito nazista. Embora se possa acusar a *Teoria Pura do Direito* de aceitar como Direito tudo o que provém da vontade do Estado, o certo é que o seu sentido mais profundo é o de constituir um manifesto – uma forma de resistência ao arbítrio e à estatolatria – contra os totalitarismos e autoritarismos políticos do seu tempo, que procuravam funcionalizar o direito em relação às conveniências do poder, legitimando-o a partir de considerações políticas, como o domínio de classe (estalinismo) ou as necessidades vitais de uma raça (nacional-socialismo).

A verdade é que essa associação se concentra no ponto de que o positivismo é desapegado quanto aos valores e ao conteúdo. Na ânsia de criticar o Direito das ditaduras, confundia-se autoritarismo com estatalidade do Direito.

Com o regime nazista (1933-1945), a Constituição de Weimar, de 1919, que inaugurara a república na Alemanha, teve seus artigos suspensos por uma decisão política de aplicação do artigo 48 do documento constitucional. Esse é o ponto central para compreender a separação e a distinção que há entre o positivismo jurídico kelseniano e o nacionalismo político totalitário. A esse respeito, destaca Giorgio Agamben (2004, p. 18) que:

“Logo que tomou o poder (ou, como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o ‘Decreto para a proteção do povo e do Estado’, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos. O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, através do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado em sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos que são chamados democráticos”.

Ocorre que a purificação pretendida por Hans Kelsen era a da “ciência do Direito”, e não a de um “Direito puro” pautado somente nas regras jurídicas. Ao contrário, Kelsen fortaleceu o *status* do constitucionalismo ao colocar a Constituição como epicentro do sistema normativo, documento no qual se concentram diversos princípios tuteladores dos Direitos fundamentais. O modelo de jurisdição constitucional concentrada na Constituição Austríaca, de 1920, fora idealizado por Kelsen.

Logo, uma atenta (re)leitura de Hans Kelsen possibilita ir além de um positivismo restrito e já preconcebido. Nesse contexto, o maior equívoco

sobre sua obra foi atribuir-lhe (indevidamente) a pecha de intérprete da “letra fria da lei” ou de um pensador “reducionista”.

Do pequeno panorama que se apresentou de Hans Kelsen, verifica-se que o positivismo-normativista nunca postulou que as leis resolveriam todos os problemas de forma mecânica, tornando o juiz uma espécie de máquina de subsunção, guiado pela certeza normativa (DIMOULIS, 2006, p. 53). Tanto é inapropriada essa visão que o próprio Kelsen (2006, p. 394) conclui que “a interpretação feita pelo aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito [...]. A produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicável é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”.

A única abordagem positivista pela qual poderia ser dito que se admite a aplicação mecânica da lei é a doutrina civilista francesa da primeira metade do século XIX da Escola da Exegese – tema já explorado nas linhas anteriores –, que subsidiou a construção do pensamento jurídico positivista-exegético. “Esse foi um período em que se entendeu ingenuamente a positivação como uma relação causal entre a vontade do legislador e o Direito como norma legislada ou posta” (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 43).

Outra questão interessante é a ideia de que a teoria positivista adere à tese de que a validade da norma é condição suficiente para aferir seu caráter justo. Ora, essa foi a forma pela qual Kelsen optou para, rigorosamente, purificar a ciência jurídica dos influxos das demais ciências. Isso não significa dizer que os positivistas não voltem os olhos para a realidade cambiante, que vincula a validade do Direito à sua eficácia social. Na *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen (2006, p. 11-12, grifo nosso), afirma que:

“Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. [...] *um mínimo de eficácia* é a condição da sua vigência. [...] A eficácia é, nessa medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência”.

Conforme Miguel Reale (1984, p. 69), “o mestre da Teoria Pura do Direito jamais olvidou o papel dos *factos* e *valores* na experiência jurídica”. A propósito, em sua autobiografia, de 1947, ele deixa claro (e permita-nos conceder destaque) que “talvez o Direito como objeto de conhecimento científico pertença realmente *mais a uma faculdade filosófica, histórica ou de ciências sociais*” (KELSEN, 2011, p. 108, grifo nosso).

Em outro momento (1960), quando da 2ª edição da *Teoria Pura do Direito*, em apêndice denominado “A Justiça e o Direito Natural”, Kelsen

(1963, p. 101) evidencia que não descarta a ordem de valores como ponto de partida da teoria positivista no Direito:

“Uma teoria do Direito positivista [...] não nega que a elaboração de uma ordem jurídica positiva possa ser determinada – e, em regra, é-o de facto – pela representação de qualquer das muitas normas de justiça. Especialmente, não nega que toda a ordem jurídica positiva – quer dizer, os actos através dos quais as suas normas são postas – pode ser apreciada ou valorada, segundo uma destas normas de justiça, como justa ou injusta. Mantém, todavia, que estes critérios de medida têm um carácter meramente relativo e que, portanto, os actos através dos quais uma e mesma ordem jurídica positiva foi posta podem, quando apreciados por um critério, ser fundamentados como justos, e já, quando apreciados segundo outro critério, ser condenados como injustos – sustentando ao mesmo tempo que uma ordem jurídica positiva é, quanto à sua validade, independente da norma de justiça pela qual se possa ser apreciado os actos que põem as suas normas. Assim se mostra, pois, que uma teoria jurídica positivista, isto é, uma teoria do Direito Positivo, nada tem a ver como uma apreciação ou valoração do seu objecto”.

Essas passagens revelam o rigor metodológico de Kelsen: ele reconhece a ordem de valores, porém deixa claro que, para se promover o Direito ao *status* de ciência, há de se separarem os critérios metajurídicos do Direito Positivo. Trata-se de um recurso metodológico, que não pode ser confundido com uma técnica complacente com regimes totalitários (complacente com a violação de direitos humanos).

Isso torna evidente que, do pensamento positivista de Hans Kelsen, não se pode deduzir que ele era um formalista ou que fomentava, por sua teoria, a aplicação da “letra fria da lei”, assim como os precursores da Escola da Exegese. Em suma, ele reconhece – absolutamente – toda a influência axiológica e valorativa sobre o Direi-

to; porém, não admite a moral como critério de definição do que é o Direito (bem como outros elementos metajurídicos).

A propósito, Luiz Alberto Warat, em 1982, em texto intitulado “Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas”, explica que as categorias conceituais de matrizes kelsenianas foram, com o tempo, apropriadas institucionalmente, a ponto de se estabelecerem versões estereotipadas dos conceitos (WARAT, 1982c, p. 55).

O ponto de equívoco se deu na apropriação do positivismo jurídico como uma ciência avaliativa, no contexto da revolução tecnológica e do desenvolvimento econômico. No Brasil, desde a década de 30, a dogmática jurídica assumiu seu carácter predominantemente tecnológico, com o fito de atender aos valores do progresso e das estratégias de desenvolvimento econômico e de modernidade implementadas pelas conquistas da ciência e da tecnologia. Nesse contexto, o positivismo jurídico aparece como um eficaz instrumento de regulação social e, conseqüentemente, ordem econômica.

Ocorre que, apesar da enorme penetração do positivismo jurídico entre nós, o que prevaleceu nos anos setenta foi a *vulgata kelseniana* ou a utilização do positivismo para legitimar elementos formalistas preexistentes na cultura jurídica brasileira, como os formalismos da “Escola da Exegese” e da “Jurisprudência dos Conceitos”.

Os desvios conceituais apresentados, sob a premissa de serem de autoria kelseniana, fizeram dele o algóz: “o sentido conceitual da identidade kelseniana, entre Direito e Estado é convertido em uma fórmula estereotipada que conota o carácter ético do Estado, impedindo, aparentemente, de agir fora da imaculada gaiola das normas positivas” (WARAT, 1982c, p. 55). Portanto, “é o discurso kelseniano, tornado senso comum, que influi para que o jurista de ofício

não seja visto como um operador das relações sociais; mas sim, com um operador técnico dos textos legais” (WARAT, 1982c, p. 53). Estão aí as razões para se relacionar a vulgata que se faz da teoria formulada de Kelsen com o processo de degenerescência (e não mais de crise, na medida em que a crise é necessariamente positiva e superável) da educação jurídica.

Dessas premissas, verifica-se que o positivismo-normativista kelseniano foi erroneamente compreendido, motivo pelo qual até hoje se estereotipam pessoas, pejorativamente, de ter uma “visão kelseniana”. Falar, portanto, que Hans Kelsen deu ensejo a um pensamento unidimensional do Direito é incabível. Essa pecha pode ser atribuída exclusivamente aos positivistas radicais, “que cultuam o Direito apenas como forma – e nada mais – dissociando-o da realidade social e humana” (GRAU, 2011, p. 105).

Do ponto de vista metodológico, a vinculação do Direito à noção de ciência normativa e a uma perspectiva unidisciplinar – a par das críticas que Hans Kelsen recebeu – conduziu a um tipo de equívoco que encontrou eco na educação jurídica. De modo geral, a habitualidade da reprodução literal e acrítica do discurso kelseniano gerou uma série móvel de conceitos separados das teorias que os produziram.

Isso, sem dúvida, incutiu nos “juristas” a desnecessidade de se valer do conhecimento de outros eixos do saber; permitiu-se que os juristas se demitissem da obrigação de conhecer todas as demais dimensões do Direito, sob o artifício de que o verdadeiro conhecimento jurídico-científico se restringe ao conhecimento da norma. Seguramente, o foco no estudo do (e tão somente do) Direito Positivo levará à caracterização de uma abordagem positivista e, conseqüentemente, a uma educação jurídica não reflexiva.

Por outro lado, se se pensar como Hans Kelsen – e não como seus leitores que se valem

de resumos ou referências indiretas às suas supostas teses –, ver-se-á um teórico com um incomensurável senso de complementaridade. Isso equivale a dizer, a partir de nossa leitura, que foi o positivismo kelseniano que abriu os espaços para a introdução de uma metodologia inter e transdisciplinar envolvendo o Direito.

3. Com o positivismo jurídico em defesa da democracia: considerações sobre o *reductio ad Hitlerum*

Linhas atrás, mencionou-se a afirmação de Kelsen de que o Direito pode ter qualquer conteúdo (KELSEN, 2006, p. 221). A partir de tal afirmação, somados os horrores dos acontecimentos bélicos do século XX, principalmente após 1945, a humanidade precisou encontrar o seu culpado – mesmo que a barbárie tenha o seu próprio rosto – e o encontrou no positivismo jurídico e em Kelsen. Segundo Andityas Costa Matos (2009, p. 19):

“Ainda que seja óbvio que ‘poder ter’ não significa ‘dever ter’, a conseqüência lógica dessa proposição, para qualquer um verdadeiramente juspositivista, é que juízos como ‘O ordenamento sócio-normativo nazista é direito’ ou o ‘direito soviético era tão jurídico como o norte-americano’ são não apenas perfeitamente válidas, mas também necessárias”.

Note-se o destaque de Andityas Costa Matos para o argumento de que o direito “pode ter” qualquer conteúdo, ao qual podemos acrescentar que isso não significa necessariamente que deva ter um conteúdo opressor, desumano ou “impuro”. Ainda, o argumento de Kelsen se apresenta de acordo com sua proposta de teoria do direito, uma vez que esta última nega a influência das ideologias, de qualquer espécie de metafísica e, também, das concepções políticas, pois a ciência do direito deve ser capaz de descrever

as normas jurídicas, e não de analisar o conteúdo ideológico, político ou de conceitos absolutos, como justo ou injusto, do ordenamento jurídico. Nas palavras de Kelsen (1990, p. 119):

“Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser; pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Neste sentido, é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise de sua estrutura”.

Essa passagem se encontra na mesma obra da polêmica afirmação. Desse modo, por que se acusa Kelsen de ter legitimado, por sua teoria, os estados autocráticos e o autoritarismo político do século XX, em especial o nazismo? Juan Amado (2012a) e Andityas Costa Matos (2012) afirmam que por má-fé, visto que uma coisa é citar a obra e outra ter lido, e, além disso, por ignorância. Parece-nos que também pela necessidade de um culpado.

Os acusadores mais conhecidos no pós-1945 são Leo Strauss e Gustav Radbruch, que, em última análise, denunciam o pensamento kelseniano como pertencente ao positivismo jurídico formalista, que pretende estabelecer um conceito de direito avalorativo.

Além disso, segundo Bobbio (1995, p. 225), os críticos do positivismo jurídico têm duas perspectivas diferentes, a saber: o realismo jurídico (as vertentes mais conhecidas são a estadunidense e a escandinava), que discorda dos aspectos mais teóricos do pensamento de Kelsen; e o que o pensador turinês chama de “revigorada” corrente do jusnaturalismo, que,

nas palavras de Bobbio, “critica os aspectos ideológicos do juspositivismo, destacando as consequências práticas funestas que deles derivam”.

Essa última vertente pretende denunciar falhas morais e sociais do positivismo jurídico, como sua indiferença política, falando-se, nesse sentido, de um *reductio ad Hitlerum*. Também nesse ponto, podem ser incluídas as ideias dos dois autores supracitados.

Radbruch (2004, p. 52), antes de 1945, entendia o Direito por meio da descrição da norma jurídica. Ele não só muda de opinião e apresenta sua *fórmula*¹⁰ (que, de uma visão panorâmica, sustenta que o direito positivo, em seu conteúdo, deve ser legitimado por uma ideia de justiça), mas também acusa o positivismo jurídico de convívio com as atrocidades do regime totalitário alemão. Observe-se que Radbruch destaca um componente ideal em sua *fórmula*, a ideia de justiça, parecendo tratá-la nesse contexto como um valor absoluto. Caberia ao jurista recusar validade às leis com orienta-

¹⁰ A fórmula de Radbruch pode ser expressa da seguinte maneira: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo afianzado por la promulgación y la fuerza tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley deba ceder como ‘Derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con tal precisión: donde ni siquiera se pretenda la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo central de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es solo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.” (RADBRUCH apud ALEXY, 2001, p. 75-76). Ainda, Robert Alexy (2000) relata a utilização da fórmula de Radbruch no interessante caso do julgamento de dois guardas de fronteira que trabalhavam no Muro de Berlim e atiraram contra uma pessoa que tentava sair da República Democrática da Alemanha. Segundo Alexy (2000, p. 204-205): “a fórmula de Radbruch é a expressão de um conceito não positivista de direito. Segundo este conceito, o que seja direito vem determinado não só pela validade positiva e formalmente estabelecida e pela eficácia social, senão, também por seu conteúdo (de justiça material). O que tem de especial a fórmula de Radbruch é sua pretensão de conexão necessária entre direito e moral, porém sem pretender uma sobreposição total entre ambos”. Destaca-se que as traduções são livres, ressalvadas as indicações em contrário.

ção para uma espécie de injustiça extrema, rotulando-as como imitação ou simulacro de direito (ALEXY, 2000; MATOS, 2009, p. 17).

Contudo, a referida acusação parece mais um artifício do jusnaturalismo renascido em nossos tempos. É interessante notar que muitos juristas que usam as “armas” da crítica – transfiguradas nos variados “pós” ou “neo” jusnaturalismos – contra o positivismo jurídico e Kelsen pretendem, muitas vezes, desvencilhar-se de seus próprios fantasmas. Ainda como ponto curioso da crítica a Kelsen, há uma forte tendência em retomar um membro assumido do partido nacional-socialista como Carl Schmitt na condição de teórico do Direito Constitucional, pois este último foi verdadeiramente um crítico do positivismo jurídico kelseniano. Curiosamente, um dos maiores combates de Kelsen, que se colocava em defesa do Estado de Direito, foi justamente travado com o *Kronjurista*.

Schmitt, ao refletir sobre a teoria do direito, destaca três tipos de pensamento jurídico, a saber: o pensamento que trabalha com regras ou normas, um saber jurídico decisionista e outra forma de conhecimento jurídico que pensa o ordenamento ou a estrutura jurídica do ponto de vista institucional.

Não obstante, ao estabelecer as possibilidades do pensamento jurídico, Schmitt destaca que este se realiza genuinamente no direito público, devido a sua pretensão de aproximar do campo do conhecimento jurídico a realidade política, em nítida postura de crítica ao normativismo de Hans Kelsen (SCHMITT, 1972, p. 247-248).

Ao revisitar o texto da *Teologia Política*, Schmitt escreve no prefácio à segunda edição:

“Atualmente, eu não identificaria mais só dois tipos de pensamento jurídico-científico, mas sim três, portanto, além do normativista e do princípio decisório, também o tipo institucional. A discussão de minha doutrina das ‘garantias institucionais’ na jurisprudência alemã e o estudo da profunda e importante teoria institucional de Maurice Hauriou possibilitaram-me essa compreensão. Enquanto o pensamento normativista puro mantém-se dentro de regras impessoais e o do princípio decisório aplica o ‘bom direito’ da situação política corretamente compreendida, transformando-o numa decisão pessoal, o pensamento jurídico-institucional desdobra-se em instituições e configurações suprapessoais. E, enquanto o normativista, em sua descaracterização, transforma o direito num mero *modus* funcional de uma burocracia de Estado, e o do princípio decisório corre sempre o perigo de perder, através da funcionalização do momento, o ‘ser’ que repousa em todo grande movimento político, um pensamento institucional isolado leva ao pluralismo de um crescimento sem a soberania corporativo-feudal. Dessa maneira, as três esferas e elementos da unidade política ‘Estado-movimento-povo’, podem ser classificados tanto em suas formas salutares quanto nas descaracterizadas, nos três tipos de pensamento jurídico” (SCHMITT, 1996b, p. 84).

A longa transcrição se justifica na medida em que nos coloca em contato com algumas importantes categorias do pensamento schmittiano, como o elemento jurídico da *decisão*, da soberania e da unidade política (Estado-movimento-povo). Ademais, Schmitt analisa e critica o liberalismo dos séculos XIX e XX. Sua argumentação se dirige ao sistema parlamentar consolidado na ideia de Estado de Direito pelo viés do *político*. Ao afirmar que todo direito é situacional, Schmitt tenta demonstrar os domínios contingentes e não necessariamente jurídicos da política, o que, para o teórico alemão, deve ser levado em consideração pelos juristas, em especial por aqueles que se dedicam ao direito público e aos teóricos da Constituição.

Contudo, ao investigar quem é o titular do poder constituinte a fim de definir a figura da decisão soberana, por exemplo, a pretensão de Schmitt é reabilitar o político nas esferas de análise da teoria constitucional. Ao se confrontar com o normativismo e, em especial, com Kelsen, Schmitt destaca que o positivismo jurídico de Hans Kelsen – com sua pretensão de pureza metodológica – desloca os temas políticos mais importantes para a esfera da Teoria do Estado, quando eles também devem fazer parte do debate constitucional, entendimento esse que habilita Schmitt a criticar Kelsen, com a caracterização de seu pensamento como autêntico representante do liberalismo, haja vista sua pretensão apolítica e de neutralizações.

Andityas Costa Matos, ao citar alguns exemplos de clássicos que pensavam sobre a escravidão (como Platão e Aristóteles) e cujas teorias não foram negadas no universo jurídico, afirma:

“Muitos constitucionalistas que criticam Kelsen com ferocidade em razão de sua suposta legitimação do regime nazista não parecem demonstrar nenhum pudor ou indignação quando tecem loas e encômios a seu adversário, o assumidamente nazista Carl Schmitt, autor tão em moda no atual meio universitário brasileiro. Também parece interessante lembrar que Heidegger, apesar de sua inegável filiação nacional-socialista, continua a ser lido com grande proveito pela filosofia contemporânea, marcadamente anti-autoritária e libertária” (MATOS, 2009, p. 27-28).

Ao se pretender uma imagem integral de Kelsen, ou seja, ao se lançar um olhar para além da *Teoria Pura do Direito*, não parece possível concordar com o argumento do *reductio ad Hitlerum*.

Kelsen combateu as formas absolutas, preferindo e defendendo uma concepção que pode ser compreendida como relativismo ético. Desse modo, argumentava que a justiça absoluta era um ideal irracional (KELSEN, 1987, p. 76). Para Kelsen, se a “democracia é uma forma de governo justa, é enquanto significa liberdade e liberdade significa tolerância”

(KELSEN, 1967, p. 82). Neste ponto, destaca que o elemento que diferencia a autocracia da democracia é justamente a tolerância (KELSEN, 1967, p. 83).

Kelsen, em seu texto *Essência e valor da democracia*, opondo-se, ao que parece, a algumas teses de Schmitt, afirmava que:

“A democracia, no plano da idéia, é uma forma de Estado ou de sociedade na qual a vontade geral ou, sem muitas metáforas, a ordem social é realizada por aqueles submetidos a esta ordem social, isto é, o povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo. Mas o que é este povo? Uma pluralidade de indivíduos, sem dúvida. E parece que a democracia pressupõe, fundamentalmente, que esta pluralidade de indivíduos constitui uma unidade, tanto mais que, aqui, o povo como unidade é – ou deveria teoricamente ser – não tanto objeto quanto, preferivelmente, sujeito do poder [...]. Somente em sentido normativo, a este respeito, poder-se-á falar da unidade. De fato, como comunhão de pensamento, de sentimentos e de vontade, como solidariedade de interesses, a unidade do povo representa uma postulação ético-política que a ideologia política assume como real com a ajuda de uma função tão universalmente aceita que não mais se pensa em criticar. Na verdade, o povo aparece como unidade, num sentido mais ou menos preciso, somente do ponto de vista jurídico; sua unidade, que é unidade normativa, resulta realmente de um ato jurídico: a submissão de todos seus membros à mesma ordem jurídica estatal na qual se constitui [...]” (KELSEN, 1987, p. 70-71).

Isso implica dizer não só que Kelsen reconhece o Estado como a ordem jurídica, mas também que esta última, sendo vinculada à submissão de todos que compreendem que seus atos são regulados por essa normatividade, não depende do reconhecimento de poder a uma esfera transcendente ou a um líder político divinizado. Dessa forma, não parece possível

concluir que Kelsen defendeu alguma forma de Estado absoluto ou mesmo autocrático ou totalitário. Para um olhar que pretenda ir além da *Teoria Pura do Direito*, parece menos possível ainda acusá-lo de indiferença.

Para um positivista jurídico e positivista ético moderado, como foi Kelsen, por mais respeito que se tenha ou se deva ter ao ordenamento jurídico, não há, em seu pensamento, uma teoria da obediência, pois, mesmo que o direito possa ter qualquer conteúdo, o direito “não se constitui como um valor em si, motivo pelo qual não há nenhuma boa razão para respeitá-lo sempre e em qualquer circunstância [...]” (MATOS, 2009, p. 36). Ainda de acordo com Andityas Costa Matos:

“Tão elevado é o respeito de Kelsen pelo Direito – tal não significa que ele defenda qualquer teoria da obediência – que, mesmo sendo judeu, dirigiu ásperas críticas ao Tribunal de Nuremberg, dado que o mesmo desrespeitou princípios jurídicos básicos, como o da anterioridade da lei penal e o do terceiro neutro, visto que no pós-guerra os vencedores julgaram os vencidos. De acordo com Kelsen, o Tribunal de Nuremberg afetou o uso de procedimentos jurisdicionais para dissimular uma vingança pura e simples, que nada tinha de jurídica.”

A conexão entre lei e obediência é o argumento comum dos “críticos” do positivismo jurídico kelseniano. O Tribunal de Nuremberg e seus depoimentos são, talvez, a maior prova de culpa da teoria de Kelsen, pois, do “fato de os réus em Nuremberg terem justificado as suas ações com base na lei positiva: ‘Persegui, torturei e matei porque assim ordenava a lei. E a lei é a lei. *Gesetz ist Gesetz*’” (MATOS, 2009, p. 16), advém, equivocadamente, a ideia de indiferença política do pensamento kelseniano. No entanto, do ponto de vista teórico, o positivismo jurídico não se resume ao pensamento kelseniano. Como

dito nas primeiras partes deste texto, a teoria da obediência como ideologia pode estar presente em outras propostas positivistas, como no formalismo jurídico-exegético de origem francesa.

Por fim, ao inverter o argumento da obediência contra o jusnaturalismo, Kelsen demonstra que a postura de crença em valores absolutos por parte dessa doutrina explica seu caráter eminentemente conservador, pois da ideia de um valor absoluto surge a imagem do Direito Natural e dela é deduzida a ordem jurídica positiva, “isto é, um direito artificialmente construído pelos homens” (KELSEN, 1963, p. 151-152).

Dessa forma, ao nos aproximarmos de um tão vasto e complexo pensamento como o de Kelsen, que contém falhas por ele admitidas, devemos ter o cuidado de nos lembrar da pergunta sugerida por Juan Amado (2012b): é possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen?

Considerações finais

A pretensão do presente texto, como mencionado, é refletir sobre alguns pontos da teoria de Kelsen, iniciando-se com a *Teoria Pura do Direito, opus magna* do autor, mas estendendo-se a reflexão para além dela, a fim de verificar sua implicação e reflexos no pensamento acerca da democracia.

Com a demonstração da importância de Kelsen para a elaboração do positivismo jurídico, bem como sua formação em positivismo-normativista, percebe-se que a forma como ainda continua sendo interpretada a teoria kelseniana, ou seja, como uma postura científica dogmática, focada, exclusivamente, na observação da legalidade, é uma deturpação que revela essa força despolitizadora atribuída ao positivismo-normativista.

Diante das equivocadas leituras que são feitas do pensamento de Hans Kelsen, muitos redu-

zem sua reflexão a um jurista que proclamava a reprodução irrefletida da legalidade. Como dissemos nas linhas anteriores, esse é um equívoco metodológico corrente, que se consolidou no imaginário dos juristas. A partir dessa premissa – equivocada –, o pensamento positivista dispensa a reflexão de elementos metajurídicos ou não jurídicos, a saber: psicologia, moral, religião, economia, antropologia, sociologia, história, política, etc. Isso induziu à formação de um pensamento acrítico da realidade. Assim, sem essa visão holística das facetas que recobrem a formação do pensamento jurídico (espectro que Hans Kelsen considerava), acaba-se por se sustentar a manutenção do “senso comum teórico dos juristas”, na feliz expressão de Luiz Alberto Warat.

Portanto, o positivismo jurídico forjado no discurso e na práxis jurídica – a partir de uma reprodução mecânica da legalidade e das instituições vigentes – delineou um hábito de construção (e reprodução) uniforme dos pontos de vista, sem nenhum componente crítico que pudesse dar condições de flexibilidade da ideologia positivista inculcada de poder.

No que diz respeito às várias acusações sofridas por Kelsen, procedemos a uma análise da “incriminação” do *reductio ad Hitlerum*. Após 1945, a teoria de Kelsen fica conhecida como a maior imagem do positivismo jurídico, mas não como uma situação de reconhecimento acadêmico honroso, e sim com a associação de sua proposta teórica ao contexto de legitimação dos estados autocráticos do século XX, em especial da Alemanha nazista.

Tentamos uma revisita crítica ao pensamento de Kelsen a fim de investigar tal possibilidade de associação, o que nos parece irrazoável, tendo em vista a defesa de Kelsen de um relativismo ético e a sua proposta de identificação do Estado com o ordenamento jurídico (norma) como forma de garantia da democracia, da liberdade e da tolerância.

Nessa linha argumentativa, a famosa acusação do *reductio ad Hitlerum* não parece se sustentar como crítica ao positivismo jurídico normativo-epistemológico de Kelsen, que, em vez de ser indiferente, em realidade, tenta propor uma ciência jurídica autônoma, desvincilhada de ideologias. A referida acusação não se sustenta nem do ponto de vista da indiferença política, que deixa o direito à mercê de certo *decisionismo*.

Certamente se pode divergir das teses de Kelsen. No entanto, acusá-lo de legitimador de estados totalitários parece que é se colocar próximo da irresponsabilidade e da má-fé, pois Kelsen combateu os absolutos e isto lhe custou a tranquilidade própria e de sua família. Conforme relata em sua autobiografia: certa manhã, sua esposa, com quem tomava café, disse-lhe que sua foto estampava o jornal. Era a notícia de sua demissão sumária da Universidade de Colônia, o que demonstrava a hora de sair da Alemanha. Desse modo, nessas considerações conclusivas, pedimos *licença metodológica* – do ponto de vista formalista – para que possamos ouvir o próprio Kelsen:

“apresentei um requerimento de saída ao quartel-general da polícia, mas acreditava não ter perspectiva [...]. Foi aí que recebi a visita de um funcionário subalterno da administração da universidade que até então me era desconhecido e que me disse ser antigo membro do partido nacional-socialista e ter, por conta disso, amigos no quartel-general da polícia; ele estava disposto a ajudar-me [...]. Eu pensava que meu benfeitor esperava uma grande soma em dinheiro, mas não era nada disso. Ele rejeitou com firmeza qualquer pagamento. Foi assim que esse nazista salvou-me a vida [...]. E eu nunca nem mesmo soube seu nome” (KELSEN, 2011, p. 96).

Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2007.
- ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de igualdad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. Tradução de A. Daniel Oliver-Lalana. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 23, p. 197-230, 2000.
- _____. Una defensa de la fórmula de Radbruch. In: ANUÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA, 5. Universidade da Coruña, 2001. p. 75-95.
- _____. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

AMADO, Juan Antonio García. Defesa de Kelsen diante dos ignorantes e cretinos. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012a.

_____. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? In: COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012b.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Revista Cultura e Política, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostineti. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Editora da UNESP, 2008b.

BORON, Atílio A.; GONZÁLEZ, Sabrina. Resgatar o inimigo?: Carl Schmitt e os debates contemporâneos da Teoria do Estado e da Democracia. In: _____. *Filosofia política contemporânea: controvérsias sobre civilização, império e cidadania*. São Paulo: Departamento de Ciência Política/USP, 2006.

BUENO, Roberto. A filosofia jurídica da democracia: Bobbio, um work in progress. *Revista de Informação Legislativa*, n. 171, p. 107-123, 2006.

_____. Schmitt: a crítica liberal através do político. *Reflexión Política*, Colombia, Universidad Autónoma, v. 12, n. 24, p. 60-67, 2010.

_____. Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do Direito. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 180, p. 275-290, 2010.

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 25, p. 303-331, 2002.

CHAHRRUR, Alan Ibn. Filosofia do direito: uma questão preliminar. *Em tempo*, Marília, v. 10, p. 25-43, 2011.

CHAUÍ, Marilena. Fundamentalismo religioso: a questão do poder teológico político. In: NOVAES, Aduino (Org.). *Civilização e barbárie*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

COMTE, Augusto. *Curso de filosofia positiva*. Tradução de José Arthur Gianotti, Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

FASSÒ, Guido. *Historia de la filosofía del derecho: la edad moderna*. Tradução de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Ediciones Pirâmide, 1982. v. 2.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. Por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

FERREIRA, Bernardo. Democracia, relativismo e identidade política em Hans Kelsen e Carl Schmitt. In: COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012.

GIACOLA JUNIOR, Oswaldo. Kant, Schopenhauer e o direito de mentir. *Em tempo*, Marília, v. 3, p. 103-107, 2001.

_____. Notas sobre direito, violência e sacrifício. *Doispontos*, São Carlos, v. 5, n. 2, p. 33-47, 2008a.

_____. Sobre direitos humanos na era da bio-política. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 118, p. 267-308, 2008b.

_____. Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (Org.). *Gramática dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Campus jurídico, 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

HART, Hebert Lionel Adolphus. *El concepto del derecho*. 2. ed. Tradução de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo/Perrot, 1968.

HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el liberalismo. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21-II, p. 201-218, 1998.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2009.

JESTAEDT, Matthias. Introdução. In: KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é o iluminismo? In: KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. *¿Que es la justicia?* Córdoba: Imprenta de la universidad de Córdoba, 1956.

_____. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

_____. Essência e valor da democracia. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 170, p. 63-129, 1987.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo/Brasília: Martins/Universidade de Brasília, [1990].

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. *O estado como integração: um confronto de princípios*. Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Tradução de Gabriel Nogueira Dias, José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Deus e Estado. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012a.

_____. A alma e o direito. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012b.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Estado de exceção e ideologia juspositivista: do culto do absoluto ao formalismo como garantia do relativismo ético. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, 2009.

_____. Kelsen contra o Estado. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Contra Natvram: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2013.

NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

PAULSON, Stanley L. A ideia central do positivismo jurídico. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 101-137, 2011.

_____. A importância de Hans Kelsen em nossos dias. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Contra Natvram: Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2013.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Patrícia Carvalho. Considerações sobre o direito natural na obra de Leo Strauss. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, n. 20, p. 31-38, 2012.

SÁ, Alexandre Franco de. Sobre a justificação racional do poder absoluto: racionalismo e decisionismo na teologia política de Carl Schmitt. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra, n. 23, p. 157-180, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

_____. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHMITT, Carl. I tre tipi di pensiero giuridico. In: _____. *Le categorie del 'politico': saggi di teoria politica*. Traduzione di Gianfranco Miglio, Pierangelo Schiera. Bologna: Società editrice il Mulino, 1972.

_____. *O conceito do político*. Tradução de Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes, 1992.

_____. A situação intelectual do sistema parlamentar atual. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996a.

_____. Teologia política. SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996b.

_____. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa. Filosofia e jurisprudência nos primórdios do pragmatismo: Charles S. Peirce e Oliver Wendell Holmes, JR. *Em tempo*, Marília, v. 4, p. 84-97, 2002.

STRAUSS, Leo. Natural right and the historical approach. *The review of politics*, Cambridge University Press, 1950.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Crise dogmática: manuais de direito apresentam profundo déficit de realidade*. Rio Grande do Sul, set. 2007. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

_____. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

_____. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VENERIO, Carlos Magno Spricigo. Entre liberalismo e social-democracia: pressupostos políticos da obra de Hans Kelsen. In: MATOS, Andityas Soares de Moura; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto*: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana. Curitiba: Juruá. 2012.

WARAT, Luís Alberto. *El derecho y su lenguaje*: elementos para una teoría de la comunicación jurídica. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

_____. Sobre la dogmática jurídica. *Revista Sequência*, Estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, n. 2, p. 33-55, 1980.

_____. Dilemas sobre a história das verdades jurídicas: tópicos para refletir e discutir. *Revista Sequência*, Estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, n. 6, p. 97-113, 1982a.

_____. *Mitos e teorias na interpretação*. Porto Alegre: Síntese, 1982b.

_____. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*, Estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982c.

_____. *Introdução geral ao direito*: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 3.

_____. *Introdução geral ao direito*: epistemologia da modernidade. Porto Alegre: Fabris, 2002. v. 2.

Anacronismo do sistema proporcional de lista aberta no Brasil

Ocaso das razões originárias de sua adoção

RODOLFO VIANA PEREIRA
LUCAS DE OLIVEIRA GELAPE

Sumário

1. Introdução. 2. O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil. 2.1. Características gerais e funcionamento da lista aberta brasileira. 2.2. Críticas ao sistema eleitoral brasileiro de representação proporcional. 3. A introdução da lista aberta no Brasil. 3.1. O Código Eleitoral de 1932. 3.2. A experiência eleitoral com o Código de 1932 e a reforma da legislação. 4. Críticas à base de justificação e manutenção do sistema eleitoral de lista aberta no Brasil. 5. Considerações finais.

1. Introdução

Nos últimos anos, diante das sucessivas crises políticas vivenciadas no Brasil, nas quais foi evidenciada a falta de credibilidade do sistema político, especialmente do Poder Legislativo e dos partidos políticos¹ frente à sociedade brasileira; é cada vez maior a discussão quanto a propostas relacionadas à reforma da legislação eleitoral, a chamada Reforma Política.

O presente estudo pretende indicar as justificativas dadas à adoção da lista aberta no Brasil e, posteriormente, analisá-las à luz da sua aplicação atual. Para tanto, inicialmente far-se-á uma breve exposição sobre aspectos gerais do funcionamento desse sistema no Brasil, apresentando-lhe

Rodolfo Viana Pereira é Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais.

Lucas de Oliveira Gelape é aluno do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

¹ Segundo resultados da pesquisa ICJ Brasil, realizada no segundo semestre de 2013, pela Fundação Getúlio Vargas, o Congresso Nacional e os partidos políticos são, dentre as instituições pesquisadas, as duas mais desacreditadas do Brasil, com somente 15% e 6% (respectivamente) dos entrevistados respondendo que confiam nessas instituições (CUNHA et al., 2014, p. 23).

críticas. Em seguida, será exposta a evolução da legislação eleitoral brasileira na década de 1930, a qual culminou com a adoção da lista aberta, sendo analisados os motivos que levaram a essa adoção. Por fim, esses motivos serão analisados e cotejados com a atual aplicação do sistema e os recentes estudos sobre a temática.

2. O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil

Inicialmente, faz-se fundamental conceituar a expressão *sistema eleitoral*, gênero ao qual pertence a lista aberta. Segundo Antônio Octavio Cintra, a expressão envolve o conjunto normativo que delimita “1) a área geográfica em que os representantes serão eleitos e em que os votos serão coletados e computados – as circunscrições ou distritos –; 2) os graus de liberdade à disposição do eleitor na votação e, sobretudo; 3) a forma de traduzir os votos em cadeiras parlamentares ou em postos no Executivo” (CINTRA, 2006, p. 128)².

A escolha do sistema eleitoral a ser adotado por um país mostra-se decisiva para a apresentação de algumas das características básicas do sistema político como, por exemplo, a fragmentação partidária do Legislativo, os custos das campanhas, a formação de maiorias e a identidade entre o eleito e o eleitor. Depreende-se daí a sua importância para os arranjos políticos realizados nesse nível. Ademais, ressalta Jairo Nicolau (2004, p. 80) que “o efeito de um sistema eleitoral também é psicológico, na medida em que afeta a maneira que os eleitores e dirigentes partidários fazem suas escolhas”.

O presente estudo possui como objeto o *sistema eleitoral proporcional de lista aberta*, adotado pelo Brasil nas eleições para o Poder Legislativo, à exceção do Senado, em todos os âmbitos da federação. Trata-se, portanto de um sistema eleitoral proporcional, que tem como objetivos primários “[...] assegurar que a diversidade de opiniões de uma sociedade esteja refletida no Legislativo e garantir uma correspondência entre os votos recebidos pelos partidos e sua representação” (NICOLAU, 2004, p. 37).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 45, estabeleceu que “a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal” (BRASIL, 1988). Tanto nas eleições para o legislativo estadual quanto para o municipal, tem-se que estas também eram realizadas segundo o princípio proporcional, já que, de acordo com o art. 84, do

² Em verdade, a expressão pode ser analisada tanto em um sentido amplo como em um sentido restrito, sendo este último correspondente à mencionada definição de Cintra, acima citada. Para uma descrição dessa diferença, ver Nohlen (2007, p. 61).

Código Eleitoral de 1965: “a eleição para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, obedecerá ao *princípio da representação proporcional* na forma desta Lei” (BRASIL, 1965, grifo nosso).

2.1. Características gerais e funcionamento da lista aberta brasileira

O funcionamento da lista aberta brasileira é regulado pela Constituição Federal, pelo Código Eleitoral de 1965 (BRASIL, 1965) e pelas leis nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (BRASIL, 1995)³ e nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (BRASIL, 1997)⁴. Somente candidatos filiados há pelo menos um ano em partidos políticos devidamente inscritos no TSE podem ter suas candidaturas registradas para a eleição a ser realizada. Para os cargos eletivos do Poder Legislativo (deputados federais, estaduais, distritais e vereadores), cada partido poderá registrar até uma vez e meia o número total de cadeiras a serem distribuídas na circunscrição eleitoral em disputa. Cada coligação, por sua vez, poderá registrar até duas vezes esse número. Por exemplo, um partido que dispute vagas na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, que possui 77 cadeiras, poderá indicar até 115 nomes para a disputa eleitoral caso não esteja coligado. Uma vez dentro de uma coligação, todas as agremiações participantes desta, em conjunto, poderão registrar, no máximo, 154 candidatos. Já para circunscrições eleitorais que elegem menos de vinte representantes para a Câmara dos Deputados, esse número será de no máximo duas vezes o total de cadeiras em disputa por partido ou de duas vezes e meia para coligações.

³ Conhecida como “Lei dos Partidos Políticos”.

⁴ Conhecida como “Lei das Eleições”.

Com base nas informações acima, é oportuno recorrer a Barry Ames (1995, p. 408), o qual defende que a lista aberta brasileira para as eleições da Câmara dos Deputados (quando comparada aos outros modelos de lista aberta) é peculiar por dois motivos: “[...] no Brasil, os diretórios estaduais, e não os nacionais, selecionam os candidatos ao Legislativo, e o distrito eleitoral (o estado) é uma importante arena política por si próprio”⁵.

O eleitor, por sua vez, possui quatro opções na hora de votar: o voto em branco, o voto nulo, o voto no candidato e o voto na legenda partidária. O voto em branco é, em seu resultado, idêntico ao voto nulo. Ambos não entram na contagem do quociente eleitoral, vez que são considerados votos inválidos. Os votos válidos, todavia, produzem distintos efeitos, conforme sejam dirigidos ao candidato ou à legenda.

Pela lei brasileira, é possível que o eleitor dirija seu voto à agremiação partidária e não somente ao candidato. Este é o chamado voto de legenda⁶, condizente com o art. 5º, da Lei das Eleições (BRASIL, 1997). A votação, no Brasil, é realizada, desde o ano de 2000, de forma totalmente informatizada, por meio da urna eletrônica (MACEDO, 2011). Nela, basta o eleitor selecionar o número do partido ou o número do candidato e confirmar seu voto.

Realizada a votação, chega-se a um momento fundamental para o sistema eleitoral de lista aberta, qual seja, a apuração dos votos. É quando da apuração que ocorre a distribuição das cadeiras, em duas etapas: o cálculo do

⁵ Tradução livre de: “[...] in Brazil, state parties, not national parties, select legislative candidates, and the voting district (the state) is an important political arena in its own right” (AMES, 1995, p. 408).

⁶ Dentre os países que adotam a representação proporcional de lista aberta (Brasil, Chile, Finlândia e Polônia), o Brasil é o único a permitir o voto de legenda (NICOLAU, 2004, p. 57).

quociente partidário e o das maiores médias (NICOLAU, 2012, p. 99).

A primeira etapa⁷, da apuração, consiste na extração do quociente eleitoral. Para tanto, deve-se somar o total de votos válidos, dividindo-os pelo número de cadeiras em disputa para a circunscrição, assim obtendo o chamado quociente eleitoral (votos válidos/número de cadeiras = quociente eleitoral). Divide-se então o quociente eleitoral pelo número de votos válidos de cada partido ou coligação, obtendo-se assim o quociente partidário (quociente eleitoral/total de votos obtidos pelo partido ou coligação = quociente partidário). Este quociente corresponde ao número de cadeiras que cada partido obteve pela primeira etapa e serão ocupadas pelos candidatos mais votados das listas de cada partido ou coligação. Por exemplo, se um partido ou coligação obteve, pelo quociente partidário, cinco cadeiras em determinada circunscrição, os cinco candidatos mais votados individualmente da lista partidária ou da coligação estarão eleitos para as respectivas vagas.

Na segunda etapa de apuração, são distribuídas as cadeiras que restaram após a distribuição pelo quociente partidário. Para a resolução desse complicado problema, o legislador brasileiro optou por adotar a técnica das “maiores médias”. Tal técnica estabelece que para a distribuição das cadeiras restantes, deve-se dividir o número de votos válidos obtidos por cada partido ou coligação pelo número de cadeiras conquistadas na primeira etapa somado do algarismo um. O partido que obtiver o maior resultado após essa divisão será o vencedor da cadeira em disputa. Tal operação será repetida até que sejam distribuídos todos os lugares ali disputados.

⁷ Apesar de usarmos a denominação “etapas”, esta não nos parece adequada além dos limites didáticos. Não se deve enxergar na apuração dois momentos distintos, esta é realizada em um *único momento*. Todavia, para fins didáticos, vamos empregá-la.

2.2. Críticas ao sistema eleitoral brasileiro de representação proporcional

A principal crítica formulada a esse sistema é a de que estimula a pulverização e o enfraquecimento partidário brasileiro:

“Estudiosos tipicamente apontam o sistema eleitoral brasileiro, a representação proporcional de lista aberta com baixo limiar para representação e distritos eleitorais de grandes magnitudes, como a causa para a fragmentação do sistema partidário e da conseqüente capacidade reduzida do presidente de conseguir o que ele deseja da legislatura”⁸ (SAMUELS, 2000, p. 2, tradução nossa).

Não obstante, Ames (1995, p. 431) ressalta que a lista aberta não leva necessariamente ao enfraquecimento dos partidos, mas que as particularidades do sistema brasileiro é que produzem esse resultado⁹.

Defende-se, ainda, que a lista aberta estimula a promoção de campanhas eleitorais centradas nos candidatos¹⁰. Essa estratégia eleitoral visa, obviamente, à vinculação do voto

⁸ Tradução livre de: “Scholars typically point to Brazil’s electoral system, open list proportional representation with a low threshold for representation and high district magnitudes, as the source of party system fragmentation and of the president’s consequently reduced capacity to get what he wants from the legislature” (SAMUELS, 2000, p. 2).

⁹ “A lista aberta de representação proporcional não é uma condição suficiente para partidos fracos; o Chile pré-1973 combinava a lista aberta com partidos fortemente ideológicos. Mas a lista aberta no Brasil funciona de maneira diversa, porque interesses estaduais controlam as nomeações [das candidaturas], porque os partidos não conseguem controlar o comportamento de seus deputados, e porque o elevado peso eleitoral dos distritos aumenta tanto a fragmentação inter quanto a intrapartidária” (AMES, 1995, p. 431, tradução nossa) (Original: “Open-list proportional representation is not a sufficient condition for weak parties; pre-1973 Chile combined open-list PR with fiercely ideological parties. But open-list PR in Brazil works differently, because state interests control nominations, because parties cannot control the behavior of their deputies, and because high district magnitudes increase both inter- and intra-party fragmentation”).

¹⁰ “A melhor evidência que existe reforça a ideia de campanhas centradas no candidato” (NICOLAU, 2006a, p. 699).

prioritariamente ao candidato e não ao partido político ao qual ele é filiado, visto que poucos são os políticos e partidos que utilizam as eleições para a divulgação de sua plataforma partidária¹¹. Tal fator leva a diversas consequências, sendo a primeira e principal delas o já citado enfraquecimento partidário, visto que o que se encontra em destaque na campanha não é o programa do partido e sim as virtudes do candidato.

Diretamente relacionada com a centralização da campanha, encontra-se o fenômeno dos “puxadores de voto”:

“Na lista aberta, os partidos têm fortes incentivos para atrair nomes de lideranças e personalidades com ‘alta popularidade’. Como a bancada final de um partido depende do somatório dos votos que cada candidato conquista individualmente, quanto mais nomes expressivos o partido tiver, maiores as chances de eleger uma bancada significativa” (NICOLAU, 2004, p. 56).

A primeira crítica feita a esse fenômeno reside no fato de que, muitas vezes, tais candidatos não possuem trajetórias coerentes com a política ou plataforma partidária, vez que são, em sua maioria, celebridades midiáticas (pode-se citar como alguns exemplos os atuais deputados Tiririca, Romário e Jean Wyllys). Contudo, tal crítica vem se mostrando infundada, já que se observam casos de avaliações positivas pela opinião pública dos trabalhos desses “deputados-celebridade”. A segunda crítica refere-se à distorção que uma votação expressiva em um “puxador de voto” pode causar. Tomando como base a eleição de 2002 para deputado federal no estado de São Paulo, verifica-se que o candidato Enéas Carneiro, com seus 1.573.642, votos, elegeu não só ele, mas outros cinco candidatos, sendo que, dentre estes, aquele com menor votação obteve apenas 275 votos, número expressivamente menor do que os 280.165 votos estabelecidos como quociente eleitoral¹².

Tais problemas se agravam a partir do momento em que o eleitor desconhece o funcionamento do sistema eleitoral proporcional de lista aberta, confundindo-o com um sistema majoritário. Com a campanha centrada no candidato, o eleitor pode ter a ilusão de que os candidatos mais votados serão necessariamente os eleitos, ou ainda de que o seu voto irá unicamente para o partido de sua preferência e não para outro dos par-

¹¹ Nicolau (2006a, p. 699) ressalta que “[...] reconhecer que as campanhas são centralizadas nos candidatos não significa dizer que elas sejam somente centralizadas nos candidatos. Os candidatos utilizam frequentemente os recursos de campanha (sobretudo, o HGPE) para divulgar sua propaganda partidária [...]. Mas como fica claro pelos dados, à exceção dos deputados do PT e do PC do B, essa influência é considerada marginal.”

¹² Os dados aqui referidos foram obtidos por meio do Relatório das Eleições de 2002, divulgado pelo Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 2003).

tidos da coligação. Ou seja, os eleitores podem ser ludibriados a pensar que seu voto possui um destinatário, quando, na verdade, a regra é a transferência do voto para o(s) candidato(s) mais votado(s) do partido ou da coligação.

Outro problema frequentemente apontado é o fato de a lista aberta incentivar a competição intrapartidária, muitas vezes em detrimento das disputas entre candidatos de diferentes partidos¹³. Os candidatos na lista aberta não buscam simplesmente suplantam os adversários de outros partidos, mas também devem se concentrar em vencer seus companheiros de chapa. Dessa forma, muitas vezes, a preocupação com o partido fica relegada a segundo plano, buscando o candidato essencialmente sua própria eleição. A opinião de Samuels (2000, p. 5) vai nesse sentido:

“Políticos entrevistados candidamente detalham histórias de como chefes políticos estaduais atraem ou impedem candidaturas, e jornais frequentemente noticiam sobre políticos que tiveram suas candidaturas barradas por seus partidos, porque rivais de dentro do seu estado não queriam competição.”¹⁴

Essa competição é, supostamente, um dos principais fatores de encarecimento dos custos das campanhas eleitorais brasileiras. Campanhas mais competitivas necessitam de mais dinheiro, visto que os candidatos devem gastar mais para se diferenciar dos seus concorrentes (SAMUELS, 2001, p. 29). Como os candidatos no Brasil disputam não só contra candidatos de outros partidos e coligações, mas também con-

¹³ “Como a alocação intralista é feita pelo sistema majoritário, os candidatos têm como principais adversários os colegas da própria lista e não de outros partidos” (NICOLAU, 2006a, p. 700).

¹⁴ Original: “Interviewed politicians candidly detail stories of how state political bosses attract or impede candidates, and newspapers often report about politicians who were barred from their party’s nomination because rivals within the state did not want competition” (SAMUELS, 2000, p. 5).

tra seus colegas de chapa; as eleições se mostram bastante competitivas e, provavelmente, mais caras do que as existentes em outros cenários eleitorais. Além disso, defende Samuels (2001, p. 30) que, no caso brasileiro, “para as eleições legislativas, as regras institucionais também aumentam o custo das eleições. [...] Geralmente, esses tipos de sistemas eleitorais centrados nos candidatos devem promover gastos de campanhas individuais relativamente altos”¹⁵. No atual contexto nacional de crítica aos altos custos das campanhas eleitorais, essa crítica à lista aberta possui um papel relevante.

Após tais críticas, cabe então questionar qual a base de justificação para o uso do sistema proporcional e da lista aberta atualmente no Brasil, sabendo que esta foi adotada no Brasil com a reforma eleitoral de 1935¹⁶, mas nunca colocada em prática à época, já que não foram realizadas eleições no período da ditadura do Estado Novo (1937-1945). Somente nas eleições de dezembro de 1945, tal sistema viria a ser colocado em prática (NICOLAU, 2012, p. 98). A justificativa para a adoção do sistema proporcional encontra-se nas discussões travadas e nos estudos apresentados durante a elaboração do Código Eleitoral de 1932 e da reforma eleitoral de 1935. O Código de 1932 lançou as bases do sistema eleitoral proporcional no Brasil e a reforma eleitoral de 1935 adotou a lista aberta. Esta foi pouco modificada desde então, sendo adotada por todas as constituições

¹⁵ Original: “For legislative elections, the institutional rules also increase the cost of elections. [...] In general, these kinds of ‘candidate-centric’ electoral systems ought to promote relatively high individual campaign spending” (SAMUELS, 2001, p. 30).

¹⁶ Discorda-se aqui do entendimento de Jairo Nicolau (2012, p. 98) de que, somente com a Lei Agamenon (Decreto-Lei nº 7.586/1945), o Brasil adotou o sistema eleitoral proporcional de lista aberta. Entendemos que o sistema eleitoral adotado com a reforma eleitoral de 1935, apesar de nunca ter sido colocado em prática, foi aquele que efetivamente “abriu” a lista partidária, ainda que as candidaturas não fossem exclusivamente advindas dos partidos.

e leis eleitorais posteriores, com a consequente manutenção de suas principais características.

3. A introdução da lista aberta no Brasil

Conforme dito anteriormente, a introdução do sistema eleitoral proporcional de lista aberta no Brasil ocorreu durante o decurso das reformas da legislação eleitoral ocorridas na década de 1930, nas quais se destacaram dois momentos: a elaboração do Código Eleitoral de 1932 e as reformas advindas da prática eleitoral vivenciada sob esse Código e sob a Constituição de 1934.

3.1. O Código Eleitoral de 1932

Um dos principais temas abordados na campanha para a presidência da República no ano de 1930, pela Aliança Liberal, foi a reforma eleitoral. O grupo político, que tinha como candidato Getúlio Vargas, visava a democratizar e moralizar o processo eleitoral brasileiro. Durante a República Velha, o processo eleitoral pode ser descrito como um conjunto de “[...] eventos nos quais as fraudes imperavam e o uso da violência era frequente. As fraudes aconteciam em todas as fases do processo eleitoral: alistamento dos eleitores, votação, apuração dos votos e o reconhecimento dos eleitos” (NICOLAU, 2012, p. 68)¹⁷.

Em dezembro de 1930, Getúlio Vargas nomeou diversas comissões com o objetivo de

formular novas leis que seguissem o programa da revolução por ele liderada. Dentre elas, encontrava-se a Subcomissão de Reforma da Lei e do Processo Eleitorais, composta pelos juristas Joaquim Francisco de Assis Brasil, João Crisóstomo da Rocha Cabral e Mário Pinto Serva (PIRES, 2009, p. 51-52).

Esse trabalho possuía dois objetivos centrais, conforme definido pelos próprios membros da subcomissão, quais sejam, organizar o processo eleitoral necessário para a convocação de uma Assembleia Constituinte e erigir as bases que seriam adotadas pela futura Constituição.

Fortemente inspirado pelo pensamento do gaúcho Assis Brasil e, principalmente, pela sua obra *Democracia Representativa: do voto e da maneira de votar*¹⁸, o Código apresentou significativas inovações como, por exemplo, o voto secreto, a criação da Justiça Eleitoral e a instituição do voto feminino, do voto obrigatório, da representação corporativa e da representação proporcional (PIRES, 2009, p. 58-59; NICOLAU, 2012, p. 73-75; 84).

Quanto à representação proporcional, afirma Assis Brasil, em sua *Democracia Representativa* (1931, p. 113, grifo nosso):

“Antes de tudo, e não tendo em vista senão o mais elementar espírito de justiça, parece claro que a maioria dos eleitores deve fazer a maioria dos representantes, mas não a unanimidade da representação. *Se esta representação é nacional e não de um partido, ela deve refletir, tanto quanto possível, como hábil miniatura, a situação geral, a soma das opiniões do povo que compõe a nação.*”

¹⁷ Afirma João C. da Rocha Cabral, membro da subcomissão de Reforma Eleitoral do governo revolucionário de 1930, em nota inicial à sua versão anotada do Código Eleitoral de 1932: “Este livro é feito, rapidamente, para vulgarizar a primeira expressão legal da *mais importante obra que se espera da Revolução Brasileira de 1930*. Se é verdade que esta contou, como já se disse, entre suas causas, o fator econômico [...], muito mais verdade é *que resultou principalmente do fracasso de todo o aparelho político eleitoral, insuficiente e gasto desde os primeiros tempos da República [...]*” (CABRAL, 2004, p. 9, grifo nosso).

¹⁸ “A 4ª edição da ‘Democracia Representativa’, do primeiro, saída dos prelos concomitantemente com a apresentação deste projeto, foi adrede anotada e aditada para ‘servir de justificação e comentário à colaboração do autor na presente reforma da lei e processo eleitorais’ e podemos dizer de toda a obra legislativa que agora se oferece ao governo como resultante da honrosa comissão deste recebida pelos infra-assinados” (CABRAL, 2004, p. 14).

Contudo, conforme ressalta Cristina Buarque de Hollanda, a principal virtude do sistema de representação proporcional para Assis Brasil não era o reflexo da sociedade no parlamento, mas sim “[...] a possibilidade de libertação dos representantes com relação às pressões imediatas dos distritos uninominais” (HOLLANDA, 2009, p. 237). Para o jurista gaúcho, “as partes menores eram admitidas, portanto, apenas na medida em que não embaraçavam a coesão do corpo político e a sua faculdade imaginativa [...]” (HOLLANDA, 2009, p. 253), sendo este o motivo da sua proposição de um sistema proporcional que seria complementado por uma regra majoritária. Essa complementação seria necessária como forma de evitar a dispersão política, garantindo governabilidade ao partido que conseguisse a maioria no parlamento.

A representação proporcional é definida no Código Eleitoral de 1932 nos artigos 56 e 58. O artigo 56 estabelece que “o sistema de eleição é do sufrágio universal direto, voto secreto e representação proporcional” (BRASIL, 1932).

“Nos comentários sobre o artigo, Cabral lembra que essa última regra, apesar de fundamental para o Direito Político brasileiro valeria apenas nas eleições para o que ele chama de ‘órgãos coletivos’. Ele comenta também que essas regras poderiam ser revistas pela futura Assembleia Constituinte” (PIRES, 2009, p. 60).

O artigo 58 vem detalhar a representação proporcional¹⁹ (BRASIL, 1932). O sistema escolhido pelo Código, inventado por Assis Brasil em sua *Democracia Representativa*, era extremamente complexo. Poderiam concorrer às eleições qualquer partido político, aliança de partidos, grupo de no mínimo cem eleitores, desde que registrados até cinco dias antes do pleito, ou candidatos avulsos.

A votação era realizada em “dois turnos simultâneos”, mas com uma única cédula:

“Em dois turnos simultâneos, apurados de uma só vez, pretendia-se conferir expressão política mais refinada aos grupos majoritários. Cada eleitor deveria votar em tantos candidatos quantos fossem os deputados a se eleger em sua circunscrição eleitoral²⁰, sendo o primeiro nome da lista o voto em primeiro turno, e os restantes, separados por um traço, o voto em segundo turno. Os nomes votados em primeiro turno seriam candidatos

¹⁹ Diversos autores afirmam que tal sistema não pode ser considerado proporcional, mas sim um sistema híbrido (ou misto). Para tanto ver Nicolau (2012, p. 81); Castro (1936, p. 104); e Velasco (1935, p. 38).

²⁰ Na verdade, conforme se depreende da leitura do art. 58, 3º, do Código Eleitoral de 1932 (BRASIL, 2014a) e esclarece Jairo Nicolau (2012, p. 82), cada eleitor poderia votar em tantas quantas fossem as cadeiras em disputa na circunscrição eleitoral, mais um.

elegíveis por número de votos de um quociente eleitoral. Os outros nomes votados em segundo turno seriam de candidatos elegíveis por maioria simples de votos, cuja nomeação estaria atrelada ao preenchimento de vagas deixadas em aberto no primeiro turno. Isto é, quando não fossem ocupadas todas as cadeiras pelo quociente eleitoral do primeiro turno, a distribuição dos postos ociosos obedeceria ao critério de maior resto” (HOLLANDA, 2009, p. 249) ²¹.

Em resumo: no primeiro turno, calculava-se o quociente eleitoral e, com base neste, o quociente partidário. Todos os candidatos avulsos que atingissem o quociente eleitoral estariam eleitos. Por meio do quociente partidário, definia-se o número de cadeiras que seriam atribuídas a cada partido, aliança ou lista de grupos com um mínimo de cem eleitores. Elegiam-se os candidatos mais votados de cada uma dessas listas, qualquer que fosse a quantidade de cadeiras cabíveis a cada uma delas.

No segundo turno, seriam preenchidos todos os lugares não atribuídos no primeiro turno, de acordo com as sobras eleitorais. O critério utilizado nesse turno era o de maiores restos²². Por ele, seriam eleitos os candidatos mais votados que não houvessem sido eleitos no primeiro turno das eleições, independentemente de pertencerem a alguma lista ou serem candidatos avulsos (NICOLAU, 2012, p. 83). Contudo, diversas interpretações foram dadas pelos tribunais regionais eleitorais sobre como deveriam ser calculadas as sobras eleitorais²³, fator que acabou se revelando como um dos pontos fracos do novo Código.

3.2. A experiência eleitoral com o Código de 1932 e a reforma da legislação

Conforme exposto anteriormente, o Código Eleitoral de 1932 veio tanto para regulamentar as eleições para a Assembleia Nacional Constituinte, quanto para servir de base à legislação eleitoral que seria adotada após a promulgação da nova Constituição. Desse modo, o sistema eleitoral de representação proporcional proposto pelo Código de 1932 acabou sendo utilizado somente para as eleições para a Assembleia Constituinte, em maio de 1933, e para a Câmara dos Deputados e Assembleias Consti-

²¹ Para um exemplo de funcionamento do sistema eleitoral de 1932, ver Nicolau (2012, p. 82-83).

²² “[...] no que Assis chama de segundo turno, este sistema não usava nem maiores médias, como D’Hondt, nem as fórmulas de Hare ou Andrae e sim o método dos maiores restos. Daí a interpretação de que esses lugares eram distribuídos por sistema majoritário simples” (PIRES, 2009, p. 61).

²³ Para as diferentes interpretações dadas pelos tribunais para a apuração dos votos pelo Código Eleitoral de 1932, ver Pires (2009, p. 67-81) e Velasco (1935, p. 39-49).

tuíntes dos estados, em outubro de 1934 (NICOLAU, 2012, p. 81), antes que fosse realizada uma reforma no Código Eleitoral no ano de 1935²⁴.

No processo de elaboração da Constituição de 1934, pouco se discutiu a legislação eleitoral, o que pode ter ocorrido por diversos motivos. Dentre eles, com apoio em Juliano Machado Pires (2009, p. 85), podem ser citados: a crença dos constituintes de que as eleições haviam deixado de ser um problema, com a promulgação do Código de 1932; o fato de que os temas eleitorais nunca haviam sido o centro das atenções nas discussões constitucionais; ou a ideia, difundida pela imprensa, de que a legislação eleitoral seria revista, após a finalização dos trabalhos da constituinte.

Ao final da constituinte, estabeleceu-se que os seus trabalhos seriam prorrogados até o mês de maio de 1935, com o intuito de revisar alguns itens da legislação em vigor e assumir as funções de Câmara dos Deputados e Senado Federal (PIRES, 2009, p. 87-89). Foi somente nesse hiato que ocorreu a revisão da legislação eleitoral em vigor.

Em agosto de 1934, os deputados organizaram uma comissão especial para a reforma da legislação eleitoral, cujo objetivo primordial era revisar a parte da apuração dos votos, a qual ocorreu com grande morosidade no pleito anterior, devido à alta complexidade do sistema eleitoral proposto. Os autores do projeto apresentado pela comissão especial, “[...] mais do que se guiar por princípios teóricos, [...] tinham por princípio resolver questões empíricas verificadas nas eleições de 1933 e 1934” (PIRES, 2009, p. 107).

O primeiro motivo para a mudança do sistema eleitoral seria dar maior celeridade à

apuração²⁵. Para tanto, o projeto estabeleceria “[...] como providência inicial que cada cédula contenha um só nome, com ou sem legenda partidária” (PIRES, 2009, p. 107), ao contrário do sistema anterior que permitia a listagem de tantos nomes quantas fossem as vagas em disputa no distrito eleitoral, mais um.

Ainda que resultante de implicações práticas (celeridade na apuração) e não de princípios ideológicos, o projeto elaborado pela Comissão extinguiu o voto avulso de segundo turno (PIRES, 2009, p. 109), o que possuía sérias consequências para as características fundamentais do sistema político da época. Tal medida pode ser também interpretada como mais um aspecto do fortalecimento e priorização dos partidos políticos como instituições eleitorais de extrema relevância²⁶. Contudo, o eleitor ainda poderia votar em um único nome, o chamado voto uninominal, o qual seria o “[...] voto natural do brasileiro [...]”, nas palavras do deputado Barreto Campelo (PIRES, 2009, p. 110).

Durante as discussões em plenário do projeto elaborado pela Comissão Especial, em contraposição à defesa do sistema proporcional de lista fechada realizada pelo deputado João Villas Bôas, o deputado Pedro Aleixo diz que a Comissão optou por adotar a responsabilidade dos eleitores na ordenação dos nomes nas listas, por temer abusos por parte das lideranças partidárias, caso essa responsabilidade coubesse a elas (PIRES, 2009, p. 114-115).

Importa, finalmente, ressaltar a coibição à prática do voto de “esguicho”, como uma das

²⁴ “No entanto, por conta da suspensão de eleições durante o Estado Novo (1937-45), o sistema eleitoral criado em 1935 não chegou a entrar em vigor” (NICOLAU, 2012, p. 84).

²⁵ “[...] a comissão argumenta pela primeira vez junto aos deputados as razões para a simplificação proposta na forma de se votar: ‘não seria possível continuar-se no regime das apurações que nunca terminam’” (PIRES, 2009, p. 107).

²⁶ Nos debates em plenário quanto ao projeto proposto pela Comissão, o deputado avulso Barreto Campelo mostrou-se contrário a essa prática de empoderamento dos partidos políticos que vinha sendo reforçada pelo legislador eleitoral brasileiro (PIRES, 2009, p. 108-113).

causas para a reforma do sistema eleitoral. Definido pelo jurista Domingos Velasco (1935, p. 43) como uma “fraude legal”, o voto de “esguicho” era o voto dado por eleitores de forma a reordenar a lista de partidos adversários, com o objetivo de eleger candidatos tidos como mais fracos, no lugar de políticos fortes e tradicionais (PIRES, 2009, p. 90-91). Isso era possível, pois o voto dado em primeiro lugar na cédula era considerado como para o primeiro turno; todos os que fossem dados abaixo dele, sendo de uma legenda diferente, como votos do segundo turno (VELASCO, 1935, p. 39-40). Sendo assim, após votarem em seu candidato, no primeiro turno, tais eleitores utilizavam-se dessa regra para reordenar a lista adversária no segundo turno. Ou seja, quaisquer candidatos que não fossem eleitos em primeiro turno corriam o risco de sofrer as consequências do voto de “esguicho” no segundo. Para impedir tal prática, o projeto da Comissão estabeleceu que somente o voto uninominal registrado sob legenda seria utilizado para ordenar os candidatos dentro da lista (VELASCO, 1935, p. 43-44). Assim, somente os votos dados ao candidato em conjunto com a legenda poderiam influenciar na lista partidária no primeiro turno.

O sistema eleitoral adotado após a reforma de 1935 traz, portanto, importantes inovações. Nele, o eleitor votava em uma cédula que continha apenas um nome de candidato avulso ou sob legenda partidária, ou então somente a legenda. Além disso, foi adotado para a distribuição das cadeiras referentes às sobras eleitorais, o sistema de maiores médias (ou modelo de D'Hondt) (PIRES, 2009, p. 108), em oposição ao sistema de maiores restos, adotado pelo Código de 1932. Houve, com isso, a exclusão do voto avulso do chamado segundo turno, visto que somente participavam da distribuição das cadeiras nesse momento os partidos que tivessem alcançado o quociente eleitoral.

4. Críticas à base de justificação e manutenção do sistema eleitoral de lista aberta no Brasil

Desde a finalização da reforma eleitoral de 1935, poucas mudanças ocorreram no sistema eleitoral de representação proporcional brasileiro. Dentre elas, podemos citar a exclusão dos candidatos avulsos, com o Decreto-Lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945 (BRASIL, 2014b)²⁷. Esse mesmo decreto-lei modificava a regra de distribuição dos restos eleitorais, substituindo o sistema de maiores médias (adotado em 1935), que voltaria, contudo, a ser adotado com o Código Eleitoral de 1950 (PIRES, 2009, p. 121-124). Surge também, após o fim do regime militar de 1985, a permissão da realização de coligações partidárias (que existiram durante os anos de 1945-64, mas não durante o período da ditadura) (NICOLAU, 2012, p. 130-131). Além disso, “[...] a partir das eleições de 1994, os votos em branco passaram a não ser mais contabilizados no cálculo do quociente eleitoral” (NICOLAU, 2012, p. 130).

Sistematizando os argumentos, podem ser citados como motivos que justificaram a implantação do sistema de lista aberta no Brasil: a celeridade das apurações; o fortalecimento do voto partidário; a manutenção do “voto natural” do brasileiro, o voto uninominal; a proteção do sistema político contra os abusos praticados por líderes partidários na ordenação das listas; e a coibição à prática do voto de “esguicho”.

O sistema eleitoral de lista aberta encontra-se hoje sob forte questionamento, conforme se demonstrou por meio das diversas críticas expostas anteriormente. Sendo assim, mostra-se fundamental a análise das justificativas originárias para adoção da lista aberta, para

²⁷ Também conhecido como “Lei Agamenon”.

auxiliar na avaliação da atual pertinência do sistema eleitoral proporcional brasileiro.

Uma das principais críticas realizadas ao modelo estabelecido pelo Código Eleitoral de 1932 era a apuração dos votos demasiadamente lenta. Isso acontecia principalmente pela complexidade da apuração do voto em dois turnos, o grande número de candidatos que o eleitor poderia listar na cédula e o expressivo aumento no número de eleitores e de candidatos (PIRES, 2009, p. 66). A reforma de 1935 simplificou o voto, estabelecendo que o eleitor votaria de forma uninominal, escrevendo um nome (avulso ou acompanhado da legenda partidária) ou somente a legenda partidária. Ademais, simplificou a apuração dos votos em dois turnos, com a exclusão do voto avulso nesse momento. Contudo, podemos afirmar que grande parte desses problemas se faziam decorrentes do sistema de apuração manual, realizado no Brasil de forma integral ou parcial até o ano de 2000²⁸.

A instituição do Código Eleitoral de 1932 pôs fim a muitas das práticas de fraude eleitoral previamente existentes. A reforma de 1935 veio para aperfeiçoar esse modo de votar, de modo a acelerar a apuração dos votos. Já o processo eletrônico de cadastramento, votação e apuração eleitoral no Brasil, que teve início no ano de 1986 com o objetivo de reduzir as fraudes eleitorais, obteve sua grande inovação com a introdução das urnas eletrônicas na década de 1990 (MACEDO, 2010, p. 11). A totalização de resultados de forma eletrônica ocorreu no ano de 1996, e todo esse processo resultou numa clara “[...] otimização do tempo e eficácia de uma eleição” (MACEDO, 2010, p. 12). Apesar das críticas realizadas ao modelo de apuração eleitoral adotado pelo Brasil²⁹, é inegável termos solucionado o problema da celeridade da apuração dos votos. A informatização do processo de apuração diminuiu consideravelmente seu tempo de realização, quando comparado com o sistema manual. Portanto, não se pode afirmar que a celeridade na apuração seja um motivo válido para a utilização do sistema eleitoral de lista aberta no Brasil, tal como o foi na década de 30. A informatização solucionou esse problema e poderia proporcionar apurações céleres independentemente do sistema eleitoral adotado no país.

Em seguida, defendeu-se a implantação da lista aberta no Brasil com o intuito de fortalecer o voto partidário (com a inicial limitação e

²⁸ Desde então, o processo de votação brasileiro se dá de forma totalmente eletrônica, exceto por episódios atípicos, nos quais ocorrem defeitos e impossibilidades na substituição das urnas eletrônicas defeituosas.

²⁹ Dentre essas críticas, podemos citar a concentração de poderes do processo eleitoral brasileiro nas mãos da Justiça Eleitoral, a impossibilidade de realização de uma auditoria independente do resultado final e as dificuldades práticas para a fiscalização da apuração eletrônica dos votos por parte dos representantes dos partidos políticos, do Ministério Público Federal, da OAB e demais organizações da sociedade civil (VOGEL, 2011, p. 10).

posterior extinção dos votos em candidatos avulsos), mantendo o “voto natural” do brasileiro, que seria o voto uninominal. Todavia, a prática e os resultados eleitorais e legislativos contradizem, de certa maneira, as intenções apresentadas pelos argumentos aqui expostos.

Durante a disputa eleitoral brasileira, o parlamentar, em regra, possui pouco apoio partidário e busca seus votos de maneira individual, ao lutar pelo voto uninominal dado pelo eleitor. Conforme afirmam Leany Lemos e Paolo Ricci (2011, p. 212, grifo nosso),

“[...] considerado o conjunto dos incentivos presentes na arena eleitoral, *o Brasil adquire na literatura o status de um dos países com índice de voto pessoal mais alto do mundo*. Os fundamentos explicativos encontrar-se-iam nos sistemas eleitoral e partidário. Em particular, o predomínio das campanhas eleitorais personalizadas dos parlamentares; a incapacidade dos líderes de partido para selecionarem candidatos, assim como para imporem alguma disciplina durante a tomada de decisões para o Congresso; e a competição intrapartidária incentivarão o voto pessoal.”

Percebe-se, portanto, que diversos mecanismos decorrentes da disputa eleitoral no sistema de lista aberta, como a campanha personalizada e a competição intrapartidária, são responsáveis não pelo fortalecimento do voto partidário, mas sim pelo fortalecimento do voto pessoal.

Com base na Pesquisa Legislativa Brasileira, realizada a partir da aplicação de *surveys* nos anos de 1997, 2001, 2005 e 2009 quanto à percepção dos próprios congressistas sobre aspectos das arenas eleitoral e parlamentar, verificou-se que

“[...] com exceção do PT, os demais políticos de todos os partidos, à esquerda ou à direita, grandes ou pequenos, atribuem ao partido pouca ou escassa relevância: todos responderam que foram eleitos pelos esforços pessoais em mais de 84% dos casos” (LEMOS; RICCI, 2011, p. 214).³⁰

Ou seja, a imensa maioria dos parlamentares defendeu que o partido possui pouca relevância na eleição deles. Além disso, a mesma pesquisa revela que, apesar da relativa diminuição, a maioria dos parlamentares recebe demandas clientelistas de seu eleitorado (LEMOS; RICCI, 2011, p. 215-216) e que a maioria (ou até mesmo a totalidade) dos parlamentares considera o atendimento a demandas locais, a visita e o contato direto dos eleitores e outras medidas de interesse mais restrito a essas localidades,

³⁰ “[...] vejamos a pergunta sobre a percepção dos parlamentares quanto à importância do partido para seu sucesso eleitoral: ‘foi o partido relevante para a sua eleição ou, ao contrário, essa foi fruto de seus esforços pessoais, entendidos como a própria capacidade individual para a organização ou atuação política?’” (LEMOS; RICCI, 2011, p. 214).

como importantes para seu futuro eleitoral (LEMOS; RICCI, 2011, p. 217-218).

Percebe-se então que o parlamentar, para ser eleito, vai atrás do voto pessoal do eleitor, entrando em contato direto com este e prometendo o atendimento de demandas clientelistas e locais. Contudo,

“[...] estudos recentes têm salientado que o conteúdo das leis e, em geral, dos projetos apresentados pelos deputados não possuem um caráter paroquialista ou localista. Segundo esses autores, independentemente de um sistema eleitoral que exacerba o interesse na produção de normas locais, a centralização do processo legislativo que caracteriza o período pós-1988 e as limitações constitucionais postas estimulam a prática de apresentação de propostas legislativas de abrangência nacional” (LEMOS; RICCI, 2011, p. 221-222).

A maioria dos parlamentares afirmou³¹, ainda nessa pesquisa, que vota com a sua região, quando o interesse dela confrontar o do partido durante sua atividade parlamentar (LEMOS; RICCI, 2011, p. 219-220). Todavia, dentre esses parlamentares (que afirmaram votar a favor dos interesses locais, quando confrontados com o do partido), uma importante parcela defende que se deve votar como o partido indica (chegando inclusive a representar 43,2% desses parlamentares no ano de 2009) (LEMOS; RICCI, 2011, p. 224). Além disso, ainda dentre esses parlamentares, sua maioria se posiciona a favor da fidelidade partidária³², ou seja, majoritariamente eles “[...] acreditam ser correto o partido fechar a questão e usar o recurso da fidelidade partidária.” (LEMOS; RICCI, 2011, p. 225).

³¹ O número total variou entre 63,5%, em 1997, e 70,6%, em 2009 (LEMOS; RICCI, 2011, p. 219).

³² Nos anos de 2005 e 2009, 59% e 60% (respectivamente) dos parlamentares “paroquialistas” demonstraram-se favoráveis à fidelidade partidária (LEMOS; RICCI, 2011, p. 227).

Por outras palavras, o parlamentar que busca seus votos junto ao eleitor local, prometendo atender a suas demandas clientelistas e locais e efetivamente vota a favor dessas demandas, quando confrontado com os interesses partidários no Congresso representa uma pequena minoria. Dessa forma, pode-se sugerir que a campanha eleitoral oferta uma “ilusão” ao eleitor. Na maioria das vezes, quando este vota uninominalmente, parte do princípio que o candidato representará os interesses locais ou temáticos que prometeu em sua campanha. Contudo, uma vez eleito, o parlamentar vai, na maioria das vezes, votar juntamente com o partido e não necessariamente segundo suas promessas de campanha.

Dessa forma, o voto uninominal no sistema eleitoral de lista aberta parte de uma dissimulação. Ele oferece algo (o atendimento a suas demandas locais e clientelistas) ao eleitor e, na prática, realiza algo diferente (o atendimento aos interesses partidários, em sua maioria)³³.

Outro importante medidor da influência do voto partidário nas eleições proporcionais brasileiras pode ser a análise de pesquisas de opinião quanto à influência dos partidos políticos na definição da opção pelo voto nessas eleições. A pesquisa IUPERJ-2002, divulgada por Jairo Nicolau (2006a, p. 704), demonstra que 92% dos

³³ Importante citar uma das conclusões do trabalho de Lemos e Ricci: “Se de um lado é verdade que os parlamentares buscam atender às expectativas dos eleitores, via distribuição de *pork* por emendas orçamentárias, realização de discursos e apresentação de projetos, também se aliam a questões nacionais, seguem orientações partidárias e estão interessados em decisões que sejam percebidas como ‘boas políticas’. O dia a dia do congressista e do partido é pautado pelos dois lados: o local e o nacional, o restrito e o amplo. Restringir o local a uma categoria de políticos significaria perder a dimensão real da dinâmica política.” (LEMOS; RICCI, 2011, p. 233). O sistema de lista aberta ilude o eleitor quando obriga o candidato a fazer promessas de campanhas fundadas em demandas locais e clientelistas. A vida parlamentar implica interferência na dimensão local e nacional, e o sistema eleitoral acaba por proporcionar campanhas negligentes a esfera nacional.

eleitores disseram que o candidato foi o mais importante na decisão de seu voto, frente a 4% que responderam ter sido o partido, e outros 4% que disseram que tanto candidato quanto partido tiveram importância nessa escolha (NICOLAU, 2006a, p. 704). Tal resultado demonstra a força do voto pessoal, quando confrontado com o voto partidário.

É igualmente importante frisar as deturpações que as coligações produzem no sistema de lista aberta. Ao permitir a coligação entre partidos, de forma a criar uma única lista, esse sistema pode levar o voto uninominal de um eleitor a favorecer um partido completamente diverso do que ele tenha escolhido. Há ainda a absurda hipótese de o voto de um eleitor vir a favorecer um partido em relação ao qual o eleitor possua profunda aversão.

Na década de 1930, a tentativa de enraizamento dos partidos na sociedade brasileira mostrava-se um fator importante, visto que poucos eram os partidos nacionais (em sua maioria, eles eram estaduais)³⁴. Contudo, já com várias décadas de utilização desse sistema, nota-se que, apesar do enraizamento dos partidos na sociedade brasileira, quando falamos de eleições legislativas, a importância do voto partidário é muito baixa, o que pode demonstrar a ineficiência do sistema de lista aberta para esse objetivo.

Defendeu-se, ainda, a implantação da lista aberta frente ao temor de abusos de líderes partidários na elaboração da lista de candidatos, caso fosse adotado o sistema de lista fechada. Quanto a esse perigo de “oligarquização”, explica Jairo Nicolau:

“[...] para muito críticos, o principal efeito da introdução da lista fechada no Brasil seria a “oligarquização” dos partidos. [...] O risco existe, mas é importante lembrar que alguns países utilizam os sistemas de lista fechada com relativo sucesso” (NICOLAU, 2006b, p. 135).

Argumenta-se que a lista fechada não levaria necessariamente a uma “oligarquização”. O mesmo Jairo Nicolau (2006b, p. 135) afirma que foram conduzidas pesquisas que demonstraram não existir relação entre o sistema eleitoral e a renovação parlamentar. Além disso, o autor afirma também ser possível a criação de instrumentos que possuam, como objetivo, a redução do controle pelos líderes partidários. Tais medidas passariam, em sua maioria, por uma maior democratização interna dos partidos políticos.

Cabe ressaltar que a lista aberta não é a única forma de resolução para esse suposto problema. Ele poderia também ser resolvido pela uti-

³⁴ Quanto aos partidos na Primeira República, ensina Rodrigo Patto Sá Motta (2008, p. 43) que “[...] acabou por se consolidar uma estrutura partidária absolutamente regional, cada Estado da Federação tendo o seu P.R. (Partido Republicano) próprio.”

lização de uma lista flexível, tal qual acontece em países como Áustria, Holanda e Bélgica. Nessa modalidade, “caso os eleitores concordem com a lista, eles votam no partido. Caso não concordem, podem indicar a preferência por determinados candidatos, o que é feito de duas maneiras: assinalando o nome da lista [...] ou reordenando a lista segundo suas preferências [...]” (NICOLAU, 2004, p. 58). Não obstante, o legislador brasileiro optou pela escolha da lista aberta perante esse receio de “oligarquização”.

Por fim, na década de 30, a lista aberta foi utilizada com vistas a coibir a prática do chamado voto de “esguicho”. De fato, o sistema eleitoral proporcional de lista aberta respondeu à altura o desafio proposto. Com o voto uninominal (registrado sob legenda), a prática do voto de esguicho seria limitada somente àqueles eleitores que abrissem mão do seu próprio voto para tentar reordenar a lista do adversário, o que pode ser considerado como prática rara, devido a seu grande risco (o eleitor não só abre mão de tentar eleger seu próprio candidato, como também influenciará pouco na lista do adversário, visto que seriam necessários vários votos para que esse objetivo fosse atingido). Interessante perceber, contudo, que, na atual discussão sobre Reforma Política, tal prática pode vir a encontrar novas terras para se desenvolver.

A versão de 28/9/2011 do anteprojeto de lei redigido pelo Deputado Henrique Fontana para a Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a efetuar estudo e apresentar propostas em relação à Reforma Política decretava o acréscimo do artigo 105-A ao Código Eleitoral de 1965. Esse artigo estabelece que o eleitor passaria a ter a possibilidade de votar duas vezes na eleição proporcional (para o Poder Legislativo): a primeira, para escolher uma das legendas partidárias com lista preordenada, e a segunda, para votar nominalmente em um candidato, de

maneira a tentar reordenar a lista previamente apresentada (BRASIL, 2011).

Importante mencionar que não haveria vinculação entre os dois votos. Ou seja, o eleitor poderia votar em determinado partido com seu primeiro voto e em partido totalmente diverso (até mesmo adversário direto) com seu segundo voto. Ver-se-ia, assim, o possível retorno do voto de “esguicho”. Felizmente, esse anteprojeto foi revisto e a referida possibilidade foi retirada da proposta, em favor da possibilidade de um único voto, na lista preordenada ou em algum candidato, para modificação da própria lista escolhida (optou-se assim por uma lista flexível) (BRASIL, 2012).

Não só a proposta da Comissão Especial para a Reforma Política da Câmara dos Deputados possibilita condições para o retorno do voto de “esguicho”. No dia 24/06/2013, diversas entidades da sociedade civil brasileira, encabeçadas pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), lançaram o projeto “Eleições Limpas”³⁵, com a coleta de assinaturas para a proposição de um projeto de lei de iniciativa popular, que traria substantivas modificações à legislação eleitoral nacional.

O projeto, para o qual são coletadas assinaturas, propõe a inclusão do artigo 5-A na Lei das Eleições, o qual criaria um sistema eleitoral proporcional de votação em dois turnos. No primeiro turno (realizado em data conjunta com as eleições majoritárias de primeiro turno), o eleitor poderia escolher um dentre os partidos ou coligações registrados para a disputa, os quais apresentariam listas prévias preordenadas de candidatos. Após essa vota-

³⁵ “Em apoio às manifestações que tomaram conta das ruas do País, três entidades da sociedade civil apresentaram, nesta segunda-feira, um projeto de lei de iniciativa popular para a reforma política. Entre as propostas estão o fim do financiamento de campanhas eleitorais por empresas privadas, limite para doação de pessoa física para partidos e eleição para o Legislativo em dois turnos” (GANTOIS, 2013).

ção, determinar-se-ia o quociente partidário, de forma quase idêntica à realizada pelo sistema atual. A diferença residiria no tratamento dado às sobras eleitorais: pelo projeto “Eleições Limpas”, o critério adotado seria o das maiores sobras, de tal modo que aqueles votos não computados para o cálculo do quociente partidário (incluindo os partidos que não tivessem atingido o quociente eleitoral) seriam utilizados para a distribuição das cadeiras restantes.

Já no segundo turno (realizado em data conjunta com as eleições majoritárias de segundo turno), cada partido ou coligação apresentaria o número de candidatos equivalente ao dobro das cadeiras conquistadas no primeiro turno, seguindo a lista previamente registrada, e o eleitor votaria em apenas um dos nomes. Apurados os votos, seriam eleitos os mais votados até o preenchimento da quantidade de cadeiras conquistadas pelo partido ou coligação no primeiro turno (REFORMA POLÍTICA DEMOCRÁTICA, 2013). Novamente, não haveria vinculação entre o voto dado no primeiro turno com o voto dado no segundo turno. Dessa forma, seria claramente possível o retorno do voto de “esguicho”.

5. Considerações finais

Fez-se aqui uma breve análise do funcionamento, das críticas e do processo de adoção do sistema eleitoral de lista aberta no Brasil. Diversas são as críticas encontradas, transformando esse particular desenho do sistema (lista aberta) em um dos pontos mais frágeis do delicado quadro da legislação vigente e da reflexão acerca da reforma eleitoral brasileira.

Quanto ao processo de adoção da lista aberta, verificou-se que os principais motivos para sua ocorrência foram a celeridade da votação, o fortalecimento do voto partidário, a manutenção do voto uninominal e a proteção contra lideranças partidárias. Tais justificativas revelam-se como desnecessárias ou equivocadas nos dias atuais. Apenas a proteção contra as lideranças partidárias mostra alguma relevância, mas que pode, eventualmente, ser resolvida com a adoção de medidas tendentes à democratização interna dos partidos.

A discussão sobre os diferentes modelos de representação proporcional que podem ser adotados pelo Brasil deve ser aprofundada. O presente estudo pretendeu auxiliar na análise do já desgastado sistema de lista aberta. Outros sistemas podem ser adotados no Brasil, evitando-se que sejam repetidos os defeitos encontrados no sistema atual. Nunca é demais lembrar que sistemas eleitorais não são panaceias para problemas políticos e eleitorais. Ainda assim, sua modificação pode trazer efeitos positivos para a relação entre representantes e representados, além de proporcionar um melhor funcionamento do sistema político.

Referências

- AMES, Barry. Electoral Strategy under Open-List Proportional Representation. *American Journal of Political Science*, v. 39, n. 2, p. 406-433, mai. 1995.
- ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco de. *Democracia representativa: do voto e do modo de votar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.
- BRASIL. Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, 26 fev. 1932. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=33626>>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- _____. Decreto lei n. 7.586, de 28 de maio de 1945. Regula, em todo o país, o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o art. 4º da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945. *Diário Oficial da União*, 28 de maio 1945. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=12285&norma=26767>>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- _____. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, 19 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- _____. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, 20 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- _____. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União*, 1º out. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. *Relatório das eleições 2002*. Brasília: TSE, 2003. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/eleicoes/2002/arquivos/relatorio_resultado.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- _____. Câmara dos Deputados. Anteprojeto de lei n., de 2011 (da Comissão Especial de Reforma Política): versão 28/9 pós emendas. [2011a]. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54-legislatura/reforma-politica/arquivos/nova-versao-anteprojeto>>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- _____. Câmara dos Deputados. *Nova versão das propostas do relator: 28/09/2011*. [2011b]. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54-legislatura/reforma-politica/arquivos/nova-versao-propostas-do-relator>>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- CABRAL, João C. da Rocha. *Código eleitoral da República dos Estados Unidos do Brasil*: 1932. (Decreto n. 21.076, de fevereiro de 1932). Ed. especial. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2004. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/codigo_eleitoral_1932.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- CASTRO, Augusto O. Gomes de. *O novo Código Eleitoral*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1936.
- CINTRA, Antônio Octávio. Sistema Eleitoral. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. p. 128-132.
- CUNHA, Luciana Gross et al. *Relatório ICJ Brasil: 2º Semestre de 2013*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11575/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20-%202013.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- REFORMA POLÍTICA DEMOCRÁTICA. *Coalização pela reforma política democrática do país*. [2013]. Brasília: 2013. Disponível em: <http://eleicoeslimpas.org.br/assets/files/projeto_de_lei_eleicoes_limpas.pdf?1373401247>. Acesso em: 19 dez. 2014.

GANTOIS, Gustavo. Entidades lançam projeto de reforma política inspiradas na Lei da Ficha Limpa. *Terra*, Brasília, 24 jun. 2013. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/,8c7496dd9c67f310VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html?fb_ref=FBRecommPluginTerra>. Acesso em: 19 dez. 2014.

HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Modos da representação política: o experimento da Primeira República brasileira*. Belo Horizonte/ Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ, 2009.

LEMOS, Leany; RICCI, Paolo. Individualismo e partidarismo na Lógica Parlamentar: o antes e o depois das eleições. In: POWER, Timothy Joseph; ZUCCO JUNIOR, Cesar (Org.). *O Congresso por ele mesmo: autopercepções da classe política brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

MACEDO, Roberto Gondo. A cultura do voto eletrônico no Brasil: contribuição tecnológica para a democracia e comunicação política. In: CONGRESSO PANAMERICANO DE COMUNICAÇÃO – PANAM, 2010. *Anais...* Brasília: IPEA, 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/panam/pdf/GT4_Art3_Gondo.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2014.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG.

NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

_____. O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil. *Dados: revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 689-720, 2006a.

_____. Lista aberta: lista fechada. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006b. p. 133-136.

_____. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

NOHLEN, Dieter. *Wahlrecht und Parteiensystem*. 5. ed. Opladen, Farmington Hills: Verlag Barbara Budrich, 2007.

PIRES, Juliano Machado. *A invenção da lista aberta: o processo de implantação da representação proporcional no Brasil*. (Dissertação de Mestrado). Iuperj/Cefor. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/4026/invencao_lista_pires.pdf?sequence=2>. Acesso em: 19 dez. 2014.

SAMUELS, David. Concurrent Elections, Discordant Results: Presidentialism, Federalism and Governance in Brazil. *Comparative Politics*, v. 33, n. 1, p. 1-20, out. 2000.

_____. Money, Elections, and Democracy in Brazil. *Latin American Politics and Society*, Miami, v. 43, n. 2, p. 27-48, jul. 2001.

VELASCO, Domingos. *Direito eleitoral: sistema eleitoral, nulidades, crítica*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1935.

VOGEL, Luiz Henrique. *A segurança do voto eletrônico e as propostas de fiscalização da apuração pela sociedade*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5945/seguranca_voto_vogel.pdf?sequence=3>. Acesso em: 19 dez. 2014.

A dispensa coletiva e a ordem social

GUSTAVO CARVALHO CHEHAB

Sumário

1. Introdução. 2. Ordem Social: base e objetivo. 3. Dispensa coletiva. 4. Conflito coletivo de trabalho. 5. Poder normativo e Dissídio coletivo. 6. O caso Embraer. 6.1. O exame do TRT da 15ª Região. 6.2. O julgamento pelo TST. 6.3. Análise e repercussão dos julgamentos. 7. A dispensa coletiva e a Ordem Social. 8. Conclusão.

1. Introdução

O contrato de trabalho, salvo as exceções previstas em lei, é, em regra, por prazo indeterminado (arts. 3º, 443, §§ 1º e 2º, e 445 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), podendo ser rescindido, por qualquer das partes, sem que seja apresentado motivo (ou justa causa).

A dispensa individual sem justa causa é regulada em lei e enseja diversos direitos indenizatórios previstos nas leis trabalhistas e na Constituição, como, por exemplo, o aviso prévio. A dispensa coletiva, porém, não encontra previsão em lei, nem na Constituição.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, todavia, possui ampla gama de princípios e direitos. Embora não trate especificamente das dispensas coletivas ou massivas de empregados, questiona-se se a Ordem Social nela estabelecida exige proteção contra essas dispensas em massa e quais as suas implicações no Direito do Trabalho nacional.

O objetivo do presente trabalho é examinar as dispensas coletivas sob a ótica do art. 193 da Constituição Federal e da recente jurisprudência trabalhista, especialmente nas decisões proferidas em Dissídio Coletivo instaurado em face da Embraer.

Gustavo Carvalho Chehab é mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub/DF). Bacharel em Direito pelo Uniceub/DF. Juiz do Trabalho Substituto na 10ª Região (DF e TO).

2. Ordem Social: base e objetivo

Estabelece o art. 193 da Constituição Federal:

“Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL, 1988).

A Constituição não define o conceito de “primado do trabalho”, “bem-estar social” e “justiça social”. São expressões abertas, que recebem muitas interpretações e críticas.

Independentemente dos debates a respeito da definição e do alcance desses termos, o texto mandamental reconhece que a Ordem Social estabelecida nasce do trabalho humano. É o trabalho que produz as riquezas e os bens necessários para o desenvolvimento social e econômico. O bem-estar e a justiça sociais são frutos que têm origem nesse trabalho humano.

De qualquer sorte, a expressão “primado do trabalho” tem inspiração na Doutrina Social da Igreja Católica e se refere à inserção do homem pelo trabalho na vida social e na estrutura dinâmica de todo o processo econômico (JOÃO PAULO II, 1996, p. 34). O trabalho, nessa concepção, é ponto de partida para a vida social do homem e base para o sistema econômico.

Essa importância social do trabalho (ou esse valor social do trabalho, na expressão dos arts. 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da Constituição) torna “inaceitável o direito exclusivo da propriedade dos meios de produção” (JOÃO PAULO II, 1996, p. 34). A propriedade privada, nesse contexto, passa a ter uma função social; ideia essa que foi introduzida na Constituição brasileira (art. 170, inciso III).

O bem-estar social, para Louis Kaplow e Stephen Shavell (2002, p. 24-25), depende do bem-estar dos indivíduos. Quanto maior a satisfação de cada indivíduo, maior será o bem-

-estar social. Para eles, “the idea of social welfare incorporates a basic notion of equal concern for all individuals”¹. Buscar o bem-estar da pessoa é, de alguma forma, procurar uma melhor qualidade de vida.

A noção de justiça social está ligada à ideia de “assegurar a igualdade de oportunidades e de operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento”, eliminando progressivamente diferenças econômicas e sociais (MIRANDA, 2010, p. 30).

Diante desses conceitos, surge a indagação se o art. 193 da Constituição impõe tratamento diferenciado ou, até, proteção contra as dispensas coletivas de empregados.

3. Dispensa coletiva

O contrato de trabalho pode ser extinto por diversas causas e situações, como por morte do empregado, vontade comum das partes contratantes (empregador e trabalhador), ato unilateral de uma das partes, etc. A forma mais comum de cessação desse contrato, que interessa ao presente estudo, é a dispensa.

Dispensa é o ato unilateral de empregador que põe fim ao contrato de trabalho. Trata-se, para Antonio Baylos Grau e Joaquín Perez Rey (2009, p. 42-43), de um ato de força da autoridade empresarial que, por meio da privação ao trabalho, expulsa uma pessoa de uma esfera social, com repercussões nos vínculos afetivos, familiares e sociais. Para Christophe Dejourn (2009, p. 41), o desemprego, por si só, causa uma adversidade social e psicológica ao trabalhador.

A dispensa pode ser classificada por diversos aspectos.

¹ A ideia bem-estar social incorpora uma noção básica de igual preocupação para com todos os indivíduos (KAPLOW; SHAVELL, 2003, tradução nossa).

Quanto à motivação, a dispensa pode ser sem justa causa, em que não há um motivo relevante que a justifique, ou por justa causa, quando teve origem em uma falta grave cometida pelo empregado.

No que tange à quantidade de trabalhadores atingidos, a dispensa pode ser: a) individual, na qual apenas um empregado é dispensado; b) plúrima, quando vários trabalhadores são dispensados; ou c) coletiva, que atinge uma importante massa de empregados.

A dispensa coletiva, em particular, é a rescisão simultânea por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados (GOMES, 1974, p. 577).

A dispensa coletiva tem uma causa única e exclusiva, comum a todos e ligada a uma necessidade da empresa, e seu propósito é a redução do seu quadro de empregados (PANCOTTI, 2010, p. 534; BRIÃO, 2010, p. 430). Ela não tem como alvos empregados determinados (pessoas concretas, como na dispensa plúrima), mas, ao contrário, atinge uma pluralidade de empregados, que são identificáveis por traços não pessoais.

A dispensa coletiva ocorre por uma causa peculiar, em face de, segundo afirma Carlos Alberto Reis de Paula (2011, p. 210), motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. Sua finalidade é a redução definitiva do quadro de pessoal.

As dispensas coletivas “provocam impacto e repercussão em toda a sociedade” (ARRUDA, 2011, p. 101). Por isso, elas são um fenômeno de massa, com potencial suficiente para causar um conflito coletivo de trabalho.

4. Conflito coletivo de trabalho

Conflitos coletivos de trabalho são embates que atingem determinadas comunidades de trabalhadores e empregadores, em um estabelecimento, empresa, categoria ou em uma ampla comunidade laboral (DELGADO, 2003, p. 31-32).

O conflito coletivo de trabalho nasce de uma situação de disputa ou enfrentamento, tem dimensão ou alcance coletivo (transcendência subjetiva) e tem origem na relação de trabalho (TOLEDO, 2005, p. 20-21). Suas expressões mais conhecidas são as reivindicações salariais, a greve, o piquete e o *lockout*.

As formas mais comuns de solução do conflito coletivo de trabalho são através da negociação coletiva entre as partes, pela mediação, pela arbitragem, ou, ainda, por intervenção judicial.

Segundo o art. 2º da Convenção nº 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Decreto nº 1.256/94:

“Art. 2º [...] A expressão ‘negociação coletiva’ compreende todas as negociações que têm lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de uma parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de:

- a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
- b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
- c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos esses objetivos de uma só vez” (BRASIL, 1994).

Na mediação há um terceiro, alheio ao conflito, que aproxima e auxilia as partes na composição do conflito. Na arbitragem, também há um terceiro (árbitro) que resolve o litígio coletivo por meio de um laudo.

A solução judicial do conflito coletivo de trabalho decorre do uso do poder normativo conferido à Justiça do Trabalho².

5. Poder normativo e dissídio coletivo

Poder normativo é a faculdade constitucional pela qual a Justiça do Trabalho, impulsionada por uma ação coletiva (dissídio coletivo), estabelece normas e condições mais favoráveis de trabalho em face de um conflito coletivo de trabalho. A Justiça do Trabalho, nesse caso, “substitui” o Poder Legislativo e as partes na elaboração de obrigações trabalhistas que resolvam o conflito coletivo de trabalho. A solução desse conflito é a finalidade maior do poder normativo (MENEZES, 1957, p. 52).

O poder normativo da Justiça do Trabalho decorre do dinamismo das relações econômico-

-trabalhistas, da defasagem entre a norma e o fato social e da “incapacidade do Poder Legislativo editar, com a celeridade necessária, leis que estabeleçam as condições adequadas da prestação de serviços nas mais variadas atividades laborais” (MARTINS FILHO, 1994, p. 12).

A Constituição de 1946 (art. 123, § 2º) foi a primeira a prever o poder normativo da Justiça do Trabalho, que foi mantido pelos ordenamentos constitucionais seguintes. A atual Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, estabelece o poder normativo nos seguintes termos:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

... *omissis* ...

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente” (BRASIL, 1998).

O poder normativo, autorizado pela Constituição, acaba por permitir uma participação proativa da Justiça do Trabalho, em atividade típica do Poder Legislativo federal. Essa “invasão” de competência enquadra-se na definição de alguns autores sobre ativismo judicial (BARROSO, 2010, p. 76). Porém, no caso em apreço, há uma autorização constitucional para a Justiça trabalhista criar direitos.

O dissídio coletivo é a ação judicial, ajuizada perante Tribunal da Justiça do Trabalho, na qual se busca solucionar um conflito coletivo de trabalho. É uma espécie de demanda coletiva, tal qual a ação civil pública. A decisão judicial que soluciona o conflito e que julga o dissídio é denominada de sentença normativa.

²Estendido a outros ramos do Poder Judiciário pelo STF para a composição de greve no serviço público (BRASIL, 2008).

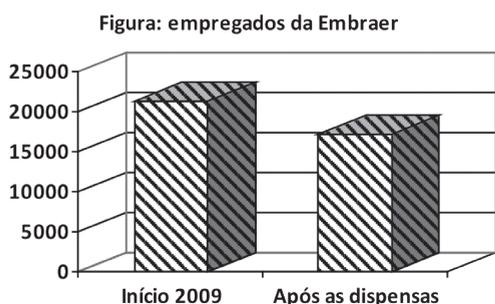
O dissídio pode ter natureza jurídica ou econômica. Ele terá natureza jurídica quando sua finalidade é dirimir divergência de interpretação sobre leis, regras, acordos e convenções coletivas de trabalho e princípios jurídicos já existentes. No dissídio de natureza econômica, procura-se “a criação de novas condições de trabalho” (GOMES NETO, 1993, p. 20), mediante o estabelecimento de normas de trabalho e vantagens de ordem econômica e/ou profissional em favor dos trabalhadores (MARTINS FILHO, 1994, p. 54).

Dessa forma, no dissídio de natureza econômica, a sentença normativa constitui normas, enquanto que, no dissídio de natureza jurídica, ela interpreta normas já existentes.

6. O caso Embraer

A Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. (Embraer) é a quarta maior fabricante de aviões civis do mundo e uma das maiores exportadoras brasileiras. Em meados de 2009, ela possuía 21.362 empregados e tinha uma previsão de comercializar cerca de 200 (duzentos) aviões de grande porte e 120 (cento e vinte) de pequeno porte (BRASIL, 2009a, p. 47,54).

Com a crise econômica internacional que se instalou a partir do final de 2008 e no início de 2009, especialmente nos Estados Unidos, a empresa alegou que houve uma redução de cerca de 30% nas encomendas, especialmente em relação aos aviões de grande porte. Por isso, no dia 19 de fevereiro de 2009, a Embraer demitiu 4.273 empregados, o que correspondia a 20% de sua força de trabalho (BRASIL, 2009a, p. 52).



O Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e região e outras entidades sindicais profissionais que representam os empregados da Embraer ajuizaram dissídio coletivo de natureza jurídica, com pedido de liminar, perante o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região para que fosse declarada a nulidade dessa dispensa coletiva efetuada pela Embraer.

6.1. O exame do TRT da 15ª Região

No Dissídio Coletivo nº 309-2009-000-15-00, ajuizado pela representação sindical dos empregados da Embraer, o Presidente do TRT da 15ª Região concedeu a liminar para determinar a suspensão das rescisões contratuais até a data da audiência de conciliação. As audiências de conciliação realizadas não tiveram êxito e o dissídio coletivo foi a julgamento pela Seção de Dissídios Coletivos daquela Corte.

O TRT, no acórdão da lavra do Desembargador José Antonio Pancotti (BRASIL, 2009b), rejeitou as preliminares de extinção do processo, sem resolução do mérito, reconheceu a natureza jurídica do dissídio coletivo e, no mérito, julgou procedente o pedido para, sem prejuízo da percepção das verbas rescisórias típicas, declarar: a) a abusividade da dispensa coletiva, sem negociação prévia e sem instituição de programa de demissão voluntária; b) a inexistência de garantia de emprego ou estabilidade; c) o direito de cada empregado demitido a uma compensação financeira de 2 (duas) vezes o valor de um mês de aviso prévio, limitado a R\$ 7.000,00; d) a suspensão dos contratos até 13 de março de 2009 (data da última audiência de conciliação); e) a manutenção dos planos de saúde por 12 (doze) meses, a partir de 13/3/2009; f) a preferência de recontração dos empregados dispensados no caso de reativação dos postos de trabalho durante 2 (dois) anos, desde que se apresentem e preencham as qualificações exigidas para o cargo.

A ementa da decisão ficou assim redigida (BRASIL, 2009b, p. 1-2, grifo do autor):

“CRISE ECONÔMICA – DEMISSÃO EM MASSA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA – ABUSIVIDADE – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Europeia (*Directiva 98/59*), Argentina (*Ley n. 24.013/91*), Espanha

(*Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995*), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei nº 223/91), México (*Ley Federal del Trabajo* de 1970, cf. texto vigente – última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva – o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente.”

Na fundamentação do acórdão, o relator destacou que a demissão coletiva promovida pela Embraer não foi precedida de negociação, nem de anúncio prévio. Abordou o problema da dispensa coletiva, suas características e a diferenciação com a dispensa individual. Invocou a disciplina da Convenção nº 158 da OIT, adotada e denunciada pelo Brasil no ano de 1996, e os princípios que lhe são afetos.

A decisão do TRT trouxe à baila o direito comparado, citando diretivas da União Europeia e a legislação da Espanha, Portugal, França, Itália, México e Argentina, e reconheceu a falta de disciplina da dispensa coletiva no Brasil. Lembrou alternativas para a rescisão como suspensão contratual, férias coletivas, redução de jornada e de salários.

O voto condutor do julgamento apoiou-se na doutrina de Robert Alexy e de Ronald Dworkin e na força normativa e hegemonia axiológica dos princípios. Ainda assinalou (BRASIL, 2009b, p. 35) que a hermenêutica pós-positivista do direito resgatou a ética, a moral e o direito, de modo que:

“o controle judicial dos atos jurídicos públicos ou privados, individuais ou coletivos, requerem (*sic*) uma nova postura da atividade jurisdicional

que, neste raciocínio, nos permite concluir que é possível ao Tribunal reconhecer que é mais amplo o espectro constitucional de proteção ao trabalhador em caso de dispensa coletiva.”

A decisão sedimentou-se nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV, da Constituição) e nos princípios insertos nos arts. 3º, incisos I, II, III e IV, 4º, incisos I e II, e 170 a 192 da Constituição Federal.

Quanto à Ordem Social, o *decisum* invocou o desenvolvimento social, a redução da desigualdade social e da pobreza e a adoção de ações que garantam acesso ao trabalho, previdência social, saúde, educação, assistência social, proteção ao meio ambiente, cultura, família, criança, adolescente, idoso, etc (arts. 7º e 193 a 232 da Constituição da República).

Diante disso, considerou insuficiente a aplicação do regime geral de despedida individual para fazer frente à gravidade do fenômeno da dispensa coletiva. Concluiu pela vedação absoluta das dispensas coletivas nas circunstâncias em que foram realizadas e pela impossibilidade de reintegração em face do ordenamento existente e, por isso, entendeu que é devida indenização para amenizar os efeitos do ato patronal.

Aduziu o Tribunal trabalhista da 15ª Região que o empregador tem o direito potestativo de demitir no âmbito individual, mas que a ausência de negociação coletiva prévia caracteriza a dispensa coletiva como abusiva pela falta de boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil). Destacou que não se pode reconhecer a discricionariedade absoluta do empregador para demissões coletivas sem ampla negociação sindical, sob pena de configurar abuso do poder econômico.

6.2. O julgamento pelo TST

Inconformados com a decisão proferida pelo TRT da 15ª Região, todas as partes envolvidas nesse conflito coletivo de trabalho interpuseram Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo (RODC) para o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

O julgamento do RODC nº 30900-12.2009.5.15.0000 dividiu a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2009). Em diversas votações, a decisão foi tomada pela maioria de 5 (cinco) votos contra 4 (quatro).

Ao final, o TST manteve a rejeição das preliminares, concluiu que o dissídio coletivo era de natureza mista (jurídica e econômica) e, no mérito, deu parcial provimento ao recurso da Embraer para afastar a declaração de abusividade das dispensas e a prorrogação dos contratos de trabalho até 13 de março de 2009, mantendo as demais cominações e fixando

uma premissa para casos futuros. A Alta Corte Trabalhista ainda negou provimento ao recurso das entidades sindicais profissionais.

A ementa dessa decisão tem a seguinte redação (BRASIL, 2009c, grifo do autor):

“RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea – sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada – é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que ‘a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores.’ *DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS.* A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito

Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, *para casos futuros*, de que ‘a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores’, observados os fundamentos supra. *Recurso ordinário a que se dá provimento parcial.*”

O voto condutor preferido pelo TST transcreveu a decisão do TRT da 15ª Região. O relator, que negava provimento a ambos os recursos, invocou alguns dos fundamentos da decisão recorrida, trouxe outros elementos de convicção e abandonou outras teses lançadas na decisão regional.

O Ministro Maurício Godinho Delgado, na condição de relator do acórdão, tratou da massificação das dinâmicas e dos problemas de pessoas e grupos na sociedade atual, do caráter massivo dos danos e do desafio do Direito moderno em tratar essas questões. Conceituou a dispensa coletiva e apresentou suas características e causas, distinguindo-a da dispensa individual. Identificou que a dispensa coletiva é um problema que reclama atuação dos instrumentos inerentes ao Direito Coletivo do Trabalho, invocando diversas Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil.

O acórdão do TST invocou o respeito à dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e do emprego, a submissão da propriedade à função socioambiental e a intervenção sindical nas questões coletivas de trabalho (arts. 1º, incisos III e IV, 5º, inciso XXIII, 6º, 8º, incisos III e VI e 170, incisos III e VIII, da Constituição Federal).

O relator defendeu que não existe mera dispensa arbitrária e potestativa de natureza coletiva na ordem jurídica. Considerou que o art. 7º, inciso I, da Constituição, norma de eficácia contida, é aplicável às dispensas coletivas e que, em face da inércia contumaz do legislador, tem lugar a aplicação do art. 8º da CLT, que trata da integração do direito do trabalho em caso de lacuna normativa.

O voto do relator asseverou que a dispensa coletiva exige a necessária participação do sindicato (art. 8º, incisos III e VI, da Carta Magna), isto é, da negociação coletiva prévia, sem o qual ela seria inábil para produzir efeitos jurídicos.

Todavia, o relator ficou vencido no particular, pois a maioria dos membros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST afastou a declaração de abusividade da dispensa coletiva, uma vez que não era esse o entendimento da jurisprudência então dominante acerca das dispensas coletivas. Também ficou vencida a tese de que a dispensa coletiva promovida pela Embraer afrontou a boa-fé objetiva.

O relator sustentou, ainda, que, se a dispensa coletiva for inevitável, devem ser observados “critérios de preferência social”, como a dispensa dos mais jovens, dos que não tenham encargos familiares (dependentes) e a exclusão de portadores de deficiência ou debilidade, gestantes, etc.

O voto condutor lembrou a prática (costume trabalhista) de instituir, antes da dispensa massiva, planos de demissões voluntárias ou incentivadas (PDVs ou PDIs) em que os em-

pregados interessados podem, mediante compensação financeira, aderir aos planos de demissões ofertados pelo empregador.

O TST acabou por fixar, para os casos futuros, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores.

6.3. Análise e repercussão dos julgamentos

Embora o fenômeno da dispensa coletiva já tivesse sido descrito no Brasil pela doutrina há cerca de 30 (trinta) anos, a legislação ordinária e constitucional nada tratou, nem evoluiu a esse respeito.

A jurisprudência até então dominante nos Tribunais trabalhistas em 2009 dava à dispensa coletiva o mesmo tratamento da dispensa individual, cuja legislação trabalhista faculta ao empregador o direito potestativo de dispensar empregado sem justa causa.

O impacto socioeconômico da dispensa coletiva promovida pela Embraer, sem qualquer aviso ou negociação, que atingiu mais de 4.200 empregados diretos, com repercussões em toda a cadeia produtiva e no comércio e serviços das regiões atingidas, trouxe à baila a discussão sobre a abusividade da dispensa coletiva em especial pelos princípios e direitos estabelecidos na Constituição Federal.

A decisão do TRT da 15ª Região traz um novo modelo de enquadramento jurídico das dispensas coletivas, inclusive com suspensão das dispensas e indenização compensatória, considerando-a abusiva quando não precedida de negociação coletiva.

O TST, embora tenha afastado a suspensão contratual, manteve a indenização compensatória, apesar de não considerar abusiva a dispensa, em face da jurisprudência até então dominante.

Uma nova premissa foi introduzida, para os casos futuros, pelo TST, em visível modulação dos efeitos: a de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de empregados.

Essa premissa foi confirmada pelo TST no julgamento do RODC nº 2004700-91.2009.5.02.0000, cuja relatora foi a Ministra Kátia Magalhães Arruda (BRASIL, 2011b).

A necessidade de prévia negociação coletiva antes da realização da dispensa coletiva tem inspirado outras instâncias da Justiça do Trabalho.

No julgamento do Dissídio Coletivo nº 006-61.2011.5.05.0000, realizado em agosto de 2011, o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por sua Seção Especializada em Dissídios Coletivos, igualmente considerou abusiva a dispensa coletiva de 350 empregados de filial de empresa do ramo de alumínio na cidade de Candeias-BA sem a prévia negociação coletiva com o sindicato profissional. A ementa, da lavra do

Desembargador redator Alcino Felizola, está assim redigida (BRASIL, 2011a, grifo do autor):

“DESPEDIDA EM MASSA. ABUSIVIDADE. AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. ENCERRAMENTO DE UNIDADE FABRIL DA EMPRESA SUSCITADA. PRECEDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. SEMELHANÇA DE CASOS. DISSÍDIO COLETIVO. A despedida em massa de trabalhadores, em face da sua gravidade e da repercussão no meio social em que se inserem os trabalhadores e a empresa, exige que se adotem certas cautelas, de modo a conciliar o direito potestativo e de propriedade do empregador com o seu dever de promover a justiça e o bem-estar social. Nas sociedades modernas e democráticas, a propriedade somente tem a sua razão de ser caso atenda aos interesses sociais. Decerto, a negociação coletiva prévia se apresenta como um dos meios, desenganhadamente o mais justo, de tentar mitigar os efeitos prejudiciais da despedida em massa de trabalhadores, sem o qual este ato ganha feição de puro arbítrio, violador, inclusive, da boa-fé objetiva que deve nortear as partes contratantes, seja na execução como na conclusão dos contratos, já que os empregados são tomados pela surpresa do desligamento conjunto e global. Na hipótese, a empresa encerrou as suas atividades no Estado da Bahia, fechando a única unidade fabril ali instalada, de imediato promovendo a despedida de todos os seus empregados, típico ato de desligamento em massa, recusando-se a negociar com estes e o sindicato da categoria profissional correspondente formas e meios de minimizar os efeitos, nitidamente graves e prejudiciais à comunidade, da prática abrupta. Despedidas tidas por abusivas, porém válidas porque já efetivadas com o fechamento do estabelecimento, mas declaradas ineficazes temporariamente, com a projeção dos efeitos para data posterior, coincidente à da publicação da decisão do Tribunal Regional do Trabalho que soluciona a controvérsia instalada em dissídio coletivo. Semelhança com o ‘*caso EMBRAER*’, objeto também de dissídio coletivo, resolvido em grau de recurso pelo c. Tribunal Superior do Trabalho, em cuja oportunidade fixou-se, para as situações futuras, o precedente, ou a premissa, de que a negociação coletiva é imprescindível para as despedidas em massa de trabalhadores.”

Outro exemplo da repercussão do precedente fixado no caso Embraer é a solução dada pela Justiça do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro, recentemente.

No dia 23 de novembro de 2012, a Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A. anunciou a dispensa de 850 dos 1.500 empregados da sua subsidiária *Webjet*, adquirida 16 (dezesesseis) meses antes (GOL..., 2012). Diante da dispensa de mais da metade dos empregados da extinta *Webjet*, o Ministério Público do Trabalho no Estado do Rio de Janeiro ajuizou Ação Civil Pública, distribuída à 23ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro-RJ sob o nº 1618-39.2012.5.01.0023, argumentando que a dispensa não foi precedida de negociação coletiva e requerendo, ainda, o pagamento de indenização por danos morais coletivos no valor de 5 (cinco) milhões de reais (JUSTIÇA..., 2012; BRASIL, 2012a).

A juíza Simone Poubel Lima concedeu liminar no dia 18 de dezembro de 2012 para que a empresa VRG Linhas Aéreas S.A., *holding* que controla as empresas Gol, Varig e *Webjet*, reintegre os 850 empregados dispensados, no prazo de 8 (oito) dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 por cada empregado não reintegrado (GOL..., 2012).

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por meio da decisão proferida pela Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva em Mandado de Segurança impetrado pela Gol, confirmou a liminar que determinou a reintegração dos empregados da *Webjet* dispensados sem justa causa, destacando que a ordem jurídica assegura aos sindicatos o direito de participação e de consulta em se tratando de dispensa coletiva (BRASIL, 2012b).

A ação civil pública, outra espécie de demanda coletiva, passa também a ser utilizada e aceita como instrumento jurídico hábil para impugnar as dispensas coletivas.

7. A dispensa coletiva e a Ordem Social

As decisões proferidas pela Justiça do Trabalho no dissídio coletivo instaurado em face da dispensa coletiva promovida em 2009 pela Embraer pouco se referiram à Ordem Social. O TRT da 15ª Região chegou a citar o art. 193 da Constituição, mas nada relacionou à base e ao objetivo da Ordem Social, valores em que se funda o referido dispositivo. O TST, por outro lado, nem citou esse dispositivo.

Todavia, percebe-se, dos fundamentos lançados nos acórdãos de ambos os Tribunais, que a dispensa coletiva traz repercussões no primado do trabalho e no bem-estar e justiça sociais, previstos no art. 193 da Constituição, ainda que se considerem vagas essas expressões, como, inclusive, constou do julgamento proferido em

agosto de 2011 pelo TRT da 5ª Região, conforme ementa anteriormente transcrita.

A restrição ao amplo poder potestativo de dispensar em massa os empregados valoriza a manutenção do trabalho e, conseqüentemente, o seu valor social e econômico (fundamento da origem do conceito de primado do trabalho).

A exigência da negociação prévia com o sindicato profissional e/ou a implantação de formas alternativas ou compensativas da dispensa coletiva (como férias coletivas, suspensão do contrato para participação de cursos de qualificação profissional³ e planos de demissão voluntária ou incentivada) podem ser meios eficazes contra o desemprego em massa. Essa solução prestigia, portanto, o primado do trabalho.

A negociação coletiva coloca os sindicatos profissionais como partícipes do problema econômico, tecnológico, sistêmico ou análogo por que passa a empresa e que ameaça a continuidade dos empregos. Soluções encontradas dessa negociação que atendam ambas as partes trarão menor impacto na vida de cada trabalhador. Favorecem, assim, um melhor bem-estar individual e, conseqüentemente, social.

Mesmo planos de demissão voluntária, que, normalmente, preveem uma indenização pecuniária para estimular pedidos de demissão do empregado, permitem um grau de maior satisfação dos atingidos pelo corte nos empregos. A compensação financeira oferecida é, em muitos casos, utilizada para abertura de negócio próprio ou para satisfação pessoal do aderente. Exemplo recente disso ocorreu na montadora de veículo *General Motors* (PARTE..., 2012).

A solução encontrada pelos Tribunais e juízes trabalhistas, a partir das decisões do TRT da 15ª Região e do TST, atende também ao objetivo da justiça social inserto no art. 193 da Constituição, na medida em que limitou a

³ Nos termos do art. 476-A da CLT (BRASIL, 1943).

livre iniciativa do empregador em promover dispensas coletivas.

A premissa fixada pelas sentenças normativas quanto à exigência da negociação coletiva balanceou a necessidade econômica (tecnológica, estruturante ou análoga) da empresa com o impacto social que a dispensa coletiva produz. Diminuem-se, com isso, as desigualdades na relação de forças entre empregado/empregador e equilibra-se a satisfação dos interesses da empresa com os do empregado e de seus dependentes.

A exigência dessa negociação coletiva prévia às dispensas coletivas já estão inspirando decisões de juízes e tribunais do trabalho em todo país, atentos à nova realidade social e às diretrizes fixadas na Constituição da República.

8. Conclusão

A dispensa coletiva, que tradicionalmente recebia o mesmo tratamento jurídico das dispensas individuais, traz profundo impacto social, reclama proteção e disciplina própria do ordenamento normativo brasileiro, inclusive à luz dos princípios insertos na Constituição.

Ocorrendo dispensa coletiva, é possível a atuação do poder normativo da Justiça do Trabalho para, em dissídio coletivo de natureza jurídica e econômica, fixar balizas para o ato patronal de privação em massa de empregos. Até mesmo a ação civil pública já está sendo utilizada para a ampla proteção dos empregados dispensados coletivamente.

No uso do poder normativo, atribuído pela Constituição para a solução de conflitos coletivos de trabalho, a jurisprudência recente de Tribunais trabalhistas, entre os quais o TST, passou a entender que a dispensa coletiva não pode ser realizada livremente pelo empregador, sem que haja prévia negociação coletiva com a representação sindical profissional.

A Ordem Social, estabelecida no art. 193 da Constituição Federal, tem por base o primado do trabalho e por objetivo o bem-estar e a justiça sociais, fundamentos que causam repercussão no campo das dispensas coletivas de trabalho. Mais do que isso, a Ordem Social reclama proteção contra a dispensa massiva de trabalhadores.

A restrição do amplo e livre poder potestativo de dispensar coletivamente encontra amparo no primado do trabalho, já que prestigia o valor social e econômico do trabalho. Além disso, a exigência da negociação coletiva prévia possibilita a adoção de formas alternativas ou compensatórias da dispensa coletiva, diminuindo seu impacto social e econômico.

A negociação coletiva, ao trazer para o diálogo todas as partes diretamente envolvidas com a necessidade da dispensa coletiva, propicia soluções e saídas, que podem melhor satisfazer o bem-estar dos empregados e, conseqüentemente, o bem-estar social.

Por outro lado, a proteção contra dispensa coletiva, pelo poder interventivo do Estado, em sede de dissídio coletivo e no uso do poder normativo ou por meio de ação civil pública, é medida que atende a justiça social. Isso contribui para o equilíbrio da relação de forças entre empregado e empregador e distribui melhor o impacto econômico e social da dispensa coletiva. Esvazia-se o poder absoluto do empregador em dispensar coletivamente em prol da coletividade, maior prejudicada com o desemprego em massa.

Portanto, o primado do trabalho, o bem-estar social e a justiça social, previstos no art. 193 da Constituição Federal, exigem proteção do trabalhador contra a dispensa coletiva promovida pelo empregador. Esse dispositivo traz uma imposição que restringe, que limita, a livre iniciativa do empregador em dispensar massivamente trabalhadores.

Referências

ARRUDA, Kátia Magalhães. Decisões inovadoras em dissídios coletivos. In: ARRUDA, Kátia Magalhães; COSTA, Walmir Oliveira da. (Coord.). *Direitos coletivos do trabalho na visão do TST: homenagem ao Ministro Rider Nogueira de Brito*. São Paulo: LTr, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Cadernos da Amatra IV*. Porto Alegre, ano V, n. 13, jul. 2010.

BAYLOS RAU, Antonio; PEREZ REY, Joaquín. *A dispensa ou a violência do poder privado*. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. [Consolidação das Leis do Trabalho]. *Diário Oficial da União*, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. Decreto n. 1.256, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Incentivo à Negociação Coletiva, concluída em Genebra, em 19 de junho de 1981. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 set. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1256.htm>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670-9/ES. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. DJ, 25 out. 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, 31 out. 2008.

_____. Ministério da Defesa. Assessoria de Comunicação Social. Resenha Diária do Jornal, de 11 de março de 2009a. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/index.php/imprensa/resenhas-antiores/category/48-mar%C3%A7-de-2009?download=12254:11-de-March-ASCOM_-RESENHA_COMPLETA_MD&start=240>. Acesso em: 12 jun. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Seção de Dissídios Coletivos. Dissídio Coletivo n. 309-2009-000-15-00. Relator: Desembargador José Antônio Pancotti. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 30 mar. 2009b. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 2 dez. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n. 30900-12.2009.5.15.0000. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. *Diário de Justiça Eletrônico*, 4 set. 2009c.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Seção Especializada de Dissídios Coletivos. Dissídio Coletivo n. 006.61-2011-5.05.0000. Relator: Desembargador Alcino Felizola. DJ, 18 ago. 2011. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 23 ago. 2011a. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/consultaprocessos/modelo/consulta_documento_blob.asp?v_id=AAAb0CADDAAACNrZAAB>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n. 2004700-91.2009.5.02.0000. Relator: Ministra Kátia Magalhães Arruda. *Diário de Justiça Eletrônico*, 16 dez. 2011b.

_____. Ministério Público do Trabalho. MPT consegue liminar contra demissões da Webjet. *JusBrasil*, 7 dez. 2012a. Disponível em: <<http://mpt.jusbrasil.com.br/noticias/100231693/mpt-consegue-liminar-contra-demissoes-da-webjet>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. TRT-RJ mantém reintegração de funcionários da Webjet. *Portal MPT*, 18 dez. 2012b. Disponível em: <http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/comunicacao/noticias/conteudo_noticia!ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN_E3cjA88QU1N3L7OgMC93I_2CbEdFAAovLRY!/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/>

wcm/connect/mpt/portal+do+mpt/comunicacao/noticias/trt-rj+mantem+reintegracao+dos+funcionarios+da+webjet>. Acesso em: 1º dez. 2014.

BRIÃO, Andréa. Proteção do trabalho frente às dispensas coletivas. *Revista LTr*, São Paulo, a. 74, n. 4, abr. 2010.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

GOL anuncia fim da Webjet e demissões de mais de 800 pessoas. *Globo*, 23 nov. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/11/gol-anuncia-fim-da-webjet-e-demissao-de-mais-de-800-pessoas.html>>. Acesso em: 1º dez. 2014.

GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. *Revista LTr*, São Paulo, a. 38, n. 7, jul. 1974.

GOMES NETO, Indalécio. Dissídio coletivo. *Revista do TST*, Brasília, v. 62, n. 1, 1993.

JOÃO PAULO II, Papa. *Laborem exercens*. 7. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

JUSTIÇA anula demissão dos 850 funcionários da Webjet. *Veja*, 7 dez. 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/justica-do-trabalho-anula-demissao-dos-850-funcionarios-da-webjet>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Ma: Harvard University Press, 2002.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

MENEZES, Geraldo Bezerra de. *Dissídios coletivos do trabalho e direito de greve*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 188, out./dez. 2010.

PANCOTTI, José Antonio. Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil. *Revista LTr*, São Paulo, a. 74, n. 5, maio 2010.

PARTE dos trabalhadores da GM aceita acordo para evitar demissões. *Folha de S. Paulo*, 7 ago. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1133081-parte-dos-trabalhadores-da-gm-aceita-acordo-para-evitar-demissoes.shtml>>. Acesso em: 1º dez. 2014.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. Dispensa coletiva e negociação. *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 2, abr./jun. 2011.

TOLEDO, Patrícia Therezinha de. *Solução extrajudicial dos conflitos do trabalho*: Brasil, Espanha e Itália. São Paulo: LTr, 2005.

As desventuras de um Estado de Direito Ambiental

CLÁUDIO GONÇALVES PACHECO

Sumário

1. Introdução. 2. As transformações político-sociais ocorridas para assunção do Estado de Direito Ambiental. 3. A hora do Estado Verde. 4. A utopia de um Estado Democrático de Direito Ambiental Brasileiro. 4.1. Situações emblemáticas de inefetividade da legislação ambiental. 5. Conclusão.

1. Introdução

Este artigo tem por objetivo demonstrar que a instituição de um verdadeiro Estado de Direito Ambiental brasileiro, mormente formatado com a promulgação da Carta de Outubro de 1988, ainda não aconteceu, não passa de mera formalidade destituída de completa correspondência com a realidade fático-social observada. Essa assertiva é facilmente comprovada pelas recorrentes agressões ao meio ambiente perpetradas tanto pelos setores representativos da iniciativa privada quanto pelos poderes públicos federal, estadual, distrital e municipal, não obstante a existência de todo um ordenamento jurídico com estampados institutos de proteção ambiental, mas, flagrantemente, de baixa efetividade social.

Para dar cabo dessa empreitada intelectual, o presente trabalho procura, no item que segue, caracterizar, de forma sucinta, as sociedades politicamente organizadas desenvolvidas pelas comunidades de seres humanos do medievo ao contemporâneo, com seus riscos e perigos. O propósito é construir um raciocínio que evidencie a necessidade de emergência de um Estado de Direito Ambiental pleno, há muito postergado e ainda sem sinais de que possa ocorrer a médio prazo.

No item 3, uma vez evidenciados, no item precedente, os riscos e perigos do sistema econômico, social ou político, que, decisivamente,

Cláudio Gonçalves Pacheco é graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás; pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás; mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Auditor-Fiscal da Receita Estadual da Secretaria de Estado da Fazenda de Goiás; Instrutor do banco de talentos da Secretaria de Ciência e Tecnologia do Estado de Goiás e professor do Instituto Aphoniano de Ensino Superior.

contribuíram para a edificação cultural do formato estatal que atendesse às contingências de seu tempo, busca-se discorrer acerca das razões que agora fundamentam a premente instituição de um Estado de Direito Ambiental, que possa prevenir e precaver a sociedade dos riscos e perigos gerados pela segunda modernidade, bem como assinalar os pressupostos teóricos e jurídico-políticos que o embasam.

Por seu turno, no item 4, aborda-se o tema proposto de maneira contundente, destacando que, com a promulgação de nossa Carta Política de 1988, houve a fundação no Brasil de um Estado Verde formal, consoante se depreende de seu art. 225, mas materialmente distante da práxis percebida no dia a dia da vida dos brasileiros. Para dar verossimilhança à tese sustentada, apresentam-se, no subitem 4.1, exemplos da falta de correlação entre o que se encontra estabelecido em nosso ordenamento jurídico ambiental, dos preceitos de estatura constitucional aos infraconstitucionais, e o que verdadeiramente acontece na realidade, ou seja, um descarado descaso para com a segurança do meio ambiente.

2. As transformações político-sociais ocorridas para assunção do Estado de Direito Ambiental

Os seres humanos, desde os primórdios, foram afetados por riscos e perigos, imaginários ou verdadeiros, todavia, ambos com potenciais efeitos atemorizantes. Para alguns agrupamentos humanos, os perigos estavam ligados a fenômenos naturais, marcados pela pecha da imponderabilidade, obras do acaso ou do caso fortuito, atribuídos à cólera divina para expiação dos desatinos humanos; para outros, os riscos a que as coletividades estavam expostas eram resultados das transformações provocadas no meio ambiente pela sistemática intervenção humana na natureza, em decorrência de seu modo de produção.

Cumprido, já de início, distinguir risco de perigo. O conceito de risco prende-se à capacidade de assumir decisões em face de levantamentos de probabilidades algébricas, de cálculo numérico, dados estatísticos, os quais possibilitam tomar decisões, comissivas ou omissivas, com o fito de reduzir as incertezas dos caminhos a serem trilhados. Nas sociedades modernas, altamente industrializadas, nas quais há produção sistemática de riscos, sendo mesmo inerente ao seu modo de produção, busca-se torná-los previsíveis, controláveis, isto é, submeter ao controle o que é, por natureza, incontrolável. Por sua vez, os perigos são eventos fenomênicos, como terremotos, precipitações meteóricas etc., que se dão alheios e indiferentes ao querer humano e quanto aos quais nada se pode fazer (BECK, 2010, p. 73-77). Para *Luhmann*, a distinção entre risco e perigo opera na relação endógena daquele e na relação exógena deste, isto é, os

riscos ocorrem dentro do sistema em referência, ao passo que o perigo se relaciona com o meio ambiente em que o sistema está operando. Conforme sua teoria do risco, só há risco quando existe a possibilidade do não risco; assim, nunca deverá ocorrer o risco de morte, pois não existe o risco de não morte, dado que esta é inevitável, cedo ou tarde, para todos (LUHMANN, 1992, p. 33-39).

A ocorrência de riscos e perigos afeta diretamente a interação entre sistema e entorno. As relações entre sistema e entorno, bem como as relações intersistêmicas, se dão por acoplamento estrutural, segundo o qual cada sistema, seja o sistema político, o social, o religioso, o econômico, o jurídico etc., põe à disposição do outro sua própria estrutura, e este outro, conforme sua observação seletiva, dará sequência à construção de sua estrutura complexa. A interpenetração configura uma modalidade específica de acoplamento estrutural em que dois ou mais sistemas interagem com o fim último de se desenvolverem de forma conjunta e mutuamente. Os sistemas jurídico, econômico, social e político, por exemplo, interpenetram-se para regular o curso forçado da moeda, o estabelecimento dos contratos e a forma como a organização político-estatal será plasmada.¹

¹ “[...] Como no sistema completamente temporalizado, el sistema político es incapaz de conservar la carga de riesgo que se le ha impuesto y de enfrentarse continuamente a los mismos casos. La política trabaja con episodios, con historias pequeñas al final de las cuales siempre hay una decisión colectivamente obligatoria, un gesto final simbólico. De esta manera el sistema político siempre está libre de dirigirse hacia nuevos temas o de esperar al reacomplamiento de los viejos temas. ¿Pero qué pasa con los riesgos?

[...]

Para entender adecuadamente este estado de cosas, debemos dejar de lado la idea de que existe una relación de dominación entre política y derecho en el sentido de una autoridad jerárquica, de un poder político superior. Esta idea, por cierto, se había desarrollado en la cuasi unidad entre el imperium (potestas) y la iurisdictio de la Edad Media; en la fase de maduración del Estado territorial (Suárez, Hobbes, Pufendorf) se impuso, sobre todo, en la teoría de las fuentes del derecho del positivismo del derecho del

Com supedâneo na teoria de Luhmann, especialmente na parte que trata sobre interações entre sistema e meio, bem como sobre as intersistêmicas, serão apresentadas as perturbações provocadas por riscos e perigos, sejam riscos econômicos, sejam riscos jurídicos, sejam riscos sociais, sejam riscos políticos etc., ou os perigos que cada sistema acarreta ao outro ou ao meio. Tais tensões tiveram importância determinante para a constituição, em cada momento da história do Ocidente, do medievo à contemporaneidade, do Estado Absolutista, do Estado Liberal, do Estado Social, do Estado Democrático de Direito e do ora Estado Verde que se quer fundar. As aludidas sociedades políticas organizadas desenvolveram suas configurações estatais como respostas institucionais às tensões vivenciadas.

Nessa perspectiva, sublinha-se que, na sociedade medieval, cujas classes sociais estavam divididas em estamentos, de pouca ou nenhuma mobilidade social, havia riscos e perigos. Contudo, os perigos se sobrepunham aos riscos, vez que estes, na maioria das vezes, eram individuais e não expunham ao infortúnio toda a coletividade de pessoas, haja vista que seu modo de produção de subsistência não provocava impactos ambientais passíveis de atormentar e atemorizar toda a população de uma época. Todavia, os perigos, que amedrontavam a sociedade como um todo, decorriam de acontecimentos inexplicáveis e estranhos ao desejo humano, frutos de fenômenos naturais, como fatores climáticos, geológicos, astronômicos etc. Hoje, tais fenômenos são compreensíveis, mas, na época, eram atribuídos à fúria de Deus por este

siglo XIX, a pesar de todos los recursos al derecho natural. Empíricamente, sin embargo, esta idea es insostenible, ya que para esto el sistema político, como también el sistema de derecho, están demasiado determinados por su propia complejidad. Por eso, la sustituimos por el concepto de acoplamiento estructural.” (LUHMANN, 1992, p. 121-122).

ou aquele comportamento humano condenável sob a perspectiva teológica medievá.² Nesse contexto, em que o comportamento social era regrado e estabelecido pela inculcação do medo, tudo era sobrenatural, transcendente e jamais cognoscível ao intelecto humano. A forma de organização do poder que se erigiu foi a de um Estado absolutista, que centralizava nas mãos do soberano o poder de julgar, legislar e administrar, sendo que sua legitimidade originava-se de sua ascendência divina (MALUF, 1995, p. 119-122).

Constata-se que, em todas as sociedades anteriores à Revolução Industrial, imperava, se é que se pode assim dizer, uma inapetência pelo lucro, ou seja, a ausência do desejo pelo lucro, até mesmo a ausência do desejo pela riqueza, executando os objetos e adornos que distinguiram um indivíduo de seus pares (POLANYI, 1980, p. 23-35)³. A ordem na produção e a distribuição

² “[...] Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra ‘risco’ tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra” (BECK, 2010, p. 25).

³ Importa consignar que a ideia geral de mercantilismo surge, primeiramente, no Capitalismo Comercial, do séc. XVI até o séc. XVII, que antecede o Capitalismo Industrial [...] “Trata-se em primeiro lugar de levar ao apogeu o poderio do Estado, isto é, os seus recursos, e de obter um reabastecimento em armas, munições e navios, independente do estrangeiro. Ora, o principal meio de troca é a moeda de metal precioso. Graças a ela, é possível sobretudo comprar e vender e, portanto, estimular o produtor, desenvolver a economia, reduzir a gravidade das fomes e das conseqüentes perturbações sociais e políticas, incrementar a capacidade de pagamento do contribuinte, armar o Estado de recursos para assoldar as tropas, pagar os funcionários, manter a ordem interior, a segurança exterior, e, saldando as contas de seus fornecedores, estimular de novo a produção. A moeda de metal precioso é ‘o sangue da economia’, o próprio sangue do Estado. Ora, sua massa é espantosamente reduzida. Avaliou-se o metal precioso que circula na Europa, por volta de 1660, em 50 bilhões de francos de 1928. As potências europeias viviam, pois, todas elas, cerca de 1660, de uma massa de ouro e prata amoadados igual ao encaixe metálico apenas do Banco da França em fins de 1929.” (MOUSNIER, 1957, grifo nosso).

nessas sociedades eram então garantidas pelos princípios da reciprocidade, redistribuição e domesticidade. A reciprocidade da produção e distribuição atuava mais em pequenas sociedades ligadas por laços consanguíneos. A redistribuição se dava, principalmente, em sociedades submetidas à mesma chefia e liderança, tendo um caráter territorial. Já a domesticidade consistia na produção para uso próprio, seja de uma família, de um grupo extenso de pessoas e até mesmo de uma sociedade complexa, em que a venda do excedente da produção não era permitida para não destruir esse princípio da domesticidade. As inúmeras sociedades e sistemas econômicos, até o fim do feudalismo na Europa Ocidental, organizaram e distribuíram a produção sob os ditames desses três princípios – reciprocidade, redistribuição ou domesticidade – ou de um arranjo dos três. Nessa medida, jamais qualquer dessas sociedades ou seus governos se viram submetidos e subjugados pelos seus sistemas econômicos. Contudo, a partir do século XVI, no início do sistema mercantil, os mercados e a motivação pelo lucro passaram ser a preocupação primeira dos governantes. Todavia, ainda não havia traços de que os mercados passariam a dominar a sociedade humana.

Foram as cruzadas que, reavivando estradantes não transitadas por conta da invasão moura na Europa Ocidental, favoreceram o surgimento de feiras e incentivaram as trocas de produtos entre os burgos, antigas fortificações dos castelos feudais. O crescimento do comércio deu impulso ao renascer das cidades⁴ no

⁴ “[...] Daí por que o florescimento do intercâmbio comercial, bem como a nova animação das estradas, provoca o ressurgimento da vida urbana no Ocidente.

As novas aglomerações, os ‘burgos’ – é o nome que se lhes dá então, especificamente muitas vezes: os burgos novos – nascem e desenvolvem-se num sítio favorável não só à circulação, pois a cidade é um local de contacto, mas à defesa, pois a cidade abriga riquezas que necessitam proteção” (PERROY, 1957, grifo do autor).

Ocidente. Contudo, a prática da permuta, da barganha e da troca, nesses locais, relacionava-se, diretamente, com o padrão de mercado. Este, por sua vez, só se desenvolverá se der origem a uma nova instituição que lhe é inerente, qual seja, o próprio mercado. E, de forma paradoxal, para que os mercados não se espalhassem como uma praga para os campos rurais, os mesmos acabaram por criar as cidades e a civilização urbana. Com o crescente desenvolvimento desse fenômeno social, passou-se de mercados locais para mercados de longa distância. Nesse processo, uma nova classe social surge, ávida por lucro, oriunda desse comércio efervescente, a saber, a burguesia. Esta, cada vez mais abarrotada de capitais, alia-se ao Rei contra os senhores feudais e exige daquele que unifique moedas, pesos e medidas, dando origem aos primeiros estados nacionais centralizados. Desenvolvendo-se por território nacional, o comércio transforma-se na forma dominante da atividade econômica, dando origem à política comercial interna do mercantilismo. A sociedade que emerge dessa sistemática é a sociedade de mercado, em que não é a economia que está orientada pelas relações sociais, mas o contrário, isto é, são as relações sociais que estão submetidas ao sistema econômico. Nesse diapasão, a sociedade é moldada de tal forma que o sistema econômico desenvolve-se de acordo com suas próprias leis. Em suma, o acessório, o acidental condiciona e molda o essencial, em total contra-senso (POLANYI, 1980, p. 23-35).

Em tempos remotos, o sistema econômico era absorvido pelo sistema social. Mesmo no sistema mercantil, os mercados, embora desejosos por desvencilharem-se de suas amarras, viram-se controlados pelas administrações centralizadas dos estados nacionais. A grande transformação social ocorrida com a Revolução Industrial, que surge na Inglaterra ao final do século dezoito e que não se constata no feudalismo nem mesmo no mercantilismo, foi o tratamento dado ao trabalho, à terra e ao dinheiro, que ora passam a ser utilizados como mercadorias fictícias. Configuram uma ficção por não serem produzidas para venda. Trabalho é uma atividade inerente à vida humana. Terra é uma das expressões da própria natureza. E dinheiro apenas simboliza o poder de compra. Entretanto, essa ficção é o que dá sentido ao mercado autorregulável. A autorregulação da vida econômica não estava presente no sistema feudal nem no sistema mercantil. Essa grande transformação significou a passagem dos mercados reguláveis para os mercados autorreguláveis, no final do século dezoito, consistindo numa transformação completa na estrutura da sociedade, cindindo-a nas esferas econômica e política (POLANYI, 1980, p. 51-58).

O mercado autorregulável produziu riscos que resultaram em danos desastrosos e perversos para a humanidade, pois esse sistema, ao dispor da força de trabalho como mercadoria, incluiu, nesse pacote fechado, a entidade física, psicológica e moral do homem (POLANYI, 1980, p. 85).

Quanto à Natureza, com sua transformação em matéria prima, seu destino não seria outro senão o mais sinistro desequilíbrio ecológico, com paisagens desertificadas, rios poluídos e toda sorte de mazelas ambientais. Nessa sistemática, nenhuma sociedade subsistiria com a lógica desse moíno satânico, que o liberalismo buscou e preconizou – o mercado autorregulável, com o seu sistema absurdo de ficções. Todavia, para alimentar o sistema fabril incipiente, o sistema de mercado teria que disponibilizar para venda essas três mercadorias fictícias. Graças ao instinto de sobrevivência da sociedade, a história social do século dezenove registrou um duplo movimento em sentido contrário. Resistindo aos efeitos danosos de uma economia controlada pelo mercado, a mercadorização da força de trabalho, da terra e do dinheiro foi acompanhada de restrições, o que consistiu na salvaguarda contra o completo aniquilamento da sociedade desse período pelo sistema de mercado autorregulável.

Os movimentos liberais burgueses dos séculos XVII e XVIII, deflagrados inicialmente pela Revolução Gloriosa no Reino Unido, em 1688-1689, pela Revolução Francesa de 1789 e pela Independência Americana em 1776, proporcionaram a instituição do Estado liberal, o qual consolidou a submissão da coroa às deliberações do parlamento ou, então, como na França, apeou os monarcas absolutistas de seus poderes reais. Manifestações populares depuseram a nobreza de seu já debilitado poder, puseram um fim na insegurança jurídica e na centralização dos poderes executivo, judiciário e legislativo, os quais se encontravam enfeixados nas mãos do soberano. Os referidos levantes sociais lograram-se vitoriosos ao darem um basta na censura à liberdade de expressão e na ausência de participação dos cidadãos na vida política e social de seus países, vigentes no *Ancien Regime*. Conforme se extrai da doutrina (SARLET, 2005), essas conquistas constituíram os direitos fundamentais de primeira dimensão. Tais direitos e princípios passaram a constar em todas as Constituições escritas das sociedades livres, tendo cunho assinaladamente individualista, representando direitos dos indivíduos em relação e em oposição ao Estado. São considerados direitos de defesa, pois impuseram uma postura negativa para o Estado em face do indivíduo, isto é, pugnaram e demarcaram uma zona de não intervenção governamental na vida das pessoas, uma esfera de autonomia individual em face do Poder Público.

Não obstante a importância desse salto de consciência crítica e do progresso social e político dessas sociedades organizadas, o movimento liberal burguês passou ao largo e insensível às mazelas sociais provocadas pela Revolução Industrial, que, em pleno século XVIII, exibiu sua verdadeira face, qual seja, a face do descaso, do cinismo e da desumanidade para com o sofrimento e a miséria infligidos a milhares de homens, mulheres e crianças, ao submeterem a trabalhos infindos, por horas a fio, em

ambientes insalubres, sem descanso, com ínfimos salários, verdadeiros farrapos humanos, cujas remunerações mal supriam suas necessidades de subsistência.

Em virtude desse agudo sofrimento humano, na segunda metade do século XIX, desencadearam-se sangrentos movimentos sociais da classe proletária. Esses levantes sociais foram insuflados pelas ideologias socialistas, as quais se contrapunham à mentalidade burguesa da época, condenando a extenuante exploração que a ideologia do Capitalismo Industrial infligia à classe operária. Os pensadores revolucionários desse período – desde os utópicos, como Moses Hess, Weitling e Heine, na Alemanha, Fourier, Saint-Simon e Proudhon, na França, até Karl Marx e Friedrich Engels, considerados estes socialistas científicos –, por irem à raiz do problema e encontrarem no sistema capitalista as verdadeiras causas da exploração do homem pelo homem, forneceram os ideais de contestação e repúdio à opressão reinante. Seus pontos de vista, suas teorias político-social-filosóficas conscientizaram, uniram e engajaram os proletariados contra a classe burguesa que os espoliava, em busca de melhores condições de trabalho e remuneração. Esse novo estágio do capitalismo redundou na instituição do Estado social (MALUF, 1995), cujos anseios foram primeiramente formatados na notável Constituição Mexicana de 1917, que, a despeito de disciplinar os direitos dos trabalhadores, a função social da propriedade e cuidar da reforma agrária, teve pouca repercussão internacional. Também, nesse mesmo contexto, sublinha-se a Constituição de Weimar, de 1919, da Alemanha, na qual se encontram constitucionalizados os direitos individuais e também os direitos sociais, entre os quais destacam-se os direitos à educação e à cultura (BERCOVICI, 2005, p. 13).

Na sociedade moderna do século XV ao XVIII, período marcado pelo Capitalismo Comercial, em que o mercantilismo se impunha como ordem econômica, isto é, a riqueza era auferida pelo lucro obtido da circulação comercial – assim como na sociedade contemporânea, que surge com o advento da Revolução Industrial e se estende de fins do século XVIII, passando pelo século XIX, até meados do século XX –, os seres humanos não mais viviam sob o império de riscos inexplicáveis, pois a convicção técnico-científica antropocêntrica tornou a consciência humana repleta de vaidade dos conhecimentos adquiridos em todos os ramos dos saberes. Os riscos, oriundos do modo de produção industrial, denominados problemas ambientais de primeira dimensão (AYALA, 2011), poderiam ser decifrados pela autoridade científica conquistada, pois teorias, experimentos e instrumentos de medição científica poderiam facilmente torná-los visíveis e interpretáveis como perigo. A credulidade nos estudos técnico-científicos, desenvolvidos por especialistas de

diferentes áreas, caracterizou a autoridade e a respeitabilidade dos sistemas de segurança das sociedades industriais em face dos riscos da primeira modernidade, proporcionando a sensação de segurança para o público, o que repercutiu na tolerabilidade a esses riscos. A ciência de então, ciosa de suas conquistas, transmitia confiança ao formular enunciados extraídos da existência de ligações constantes entre os fatos e os fenômenos naturais deles decorrentes. Os resultados da investigação científica validaria a hipótese de que a exposição a determinado grau de risco seria admissível e suportável ao homem e ao meio ambiente (BECK, 2010).

Registra-se que [...]

“a partir do momento em que a) a proporção quantitativa e qualitativa dos acidentes passou a ganhar dimensões de macroperegrigos ou megaperegrigos; b) a previsão antecipada de sua origem deixou de ser realizada de forma eficiente pelas instâncias responsáveis pelo controle, diante da invisibilidade de novas ameaças; c) as políticas de segurança demonstraram sua incapacidade e falharam em sua gestão, a confiança nos sistemas de segurança e na possibilidade do cálculo dos riscos começa a ser posta em dúvida” (AYALA, 2011, p. 22).

Desde então, o público passa a ter consciência da falibilidade dos programas institucionais de cálculo em aferir as consequências danosas geradas pelas decisões tomadas nos processos de produção. Essa circunstância configura o traço distintivo entre as realidades agora vivenciadas nas sociedades de risco em relação às sociedades industriais. Estas sempre crédulas na *expertise* de sua tecnocracia, aquelas agora se dão conta de sua desventura, pois seus riscos ganham nova dimensão e contornos, vez que não podem mais ser previstos, identificados, controlados ou mesmo evitados, configurando os problemas ambientais de segunda dimensão (AYALA, 2011). Consigna-se que essa realidade

constitui um novo momento de transição da modernidade, designada por modernidade reflexiva, que se notabiliza por gerar riscos convertidos em ameaças globais, trans e supranacionais (BECK, 2010).

Na sociedade moderna e na contemporânea, duas formas de sociedade política organizada se desenvolveram como produto cultural desses momentos humanos, quais sejam, o Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito. Ambos falharam em seus projetos político-sociais. O primeiro, por sua exacerbada neutralidade e desprezo para com as agruras sociais, pelo reducionismo legal e por seu execrável individualismo e abstencionismo; o segundo, que, primeiramente, identificou-se com a política econômico-social do *Welfare State*, do Estado Providência, a despeito de nortear-se pela promoção do bem-estar social e constituir o fundamento do neocapitalismo⁵, porque sua bandeira poderia ser empunhada por todo tipo de ideologia, de um extremo ao outro, segundo suas diferentes concepções do que seja social e do que seja Direito, desde as mais reacionárias, como a nazifacista e stalinista, até às de Estados democráticos, conformando-se com todo tipo de regime (SILVA, 2012, p. 116). Assim, após o Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito, urge, em decorrência da sociedade de risco reinante, a edificação de um Estado de Direito Ambiental tributário do Estado Democrático de Direito, que, fundado na dignidade da pessoa humana, no princípio da isonomia que busque reduzir as desigualdade sociais e

⁵ “[...] Transforma-se em Estado Social de Direito, onde o ‘qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social’. Caracteriza-se no propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, anota Elías Díaz, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*” (SILVA, 2012, p. 115).

regionais e, sobretudo, na soberania popular, tenderá a consolidar uma sociedade democrática e instaurar a efetiva participação de todo o povo nos processos e mecanismos de decisões políticas.

3. A hora do Estado Verde

Desde que, em 1953, James Watson e Francis Crick desvendaram as bases científicas da engenharia genética (Adenina – Timina; Adenina – Uracilo; Citosina – Guanina), de replicação da vida e do material plástico-proteico, nunca o Prometeu se viu tão liberado, pois, a partir de então e sobretudo nos dias atuais, o homem passou a entender o seu mecanismo e, logo em seguida, a interferir no patrimônio genético de todos seres vivos. Ele agora se arvora a tomar o lugar da Natureza e, de forma potencialmente temerosa, faz-se inventor, haja vista os seus feitos ao criar seres transgênicos, ao engendrar a clonagem, ao ter o domínio da técnica genética que o possibilita a desenvolver órgãos replicados de diversos tecidos humanos, para transplante, ao fazer a transfusão de sangue oriundo de síntese genética, ao proceder ao mapeamento sequencial do genoma humano e patenteamento da vida, acarretando resultados esteticamente desastrosos e problemas ético-jurídicos relacionados à vida, à morte e à própria existência dos ecossistemas. Consoante previu Hans Jonas, “[...] o *Homo sapiens* torna-se objeto de estudo do *Homo faber*” (JONAS, 2006, p. 273)⁶. Outras ameaças e situações de risco decorrentes dos progressos da ciência e da técnica atuais e produzidas pela sociedade capitalista com seu modelo de exploração, de uso e obtenção dos recursos naturais, que poderão levar o planeta à exaustão muito antes do que se imagina, também podem ser mencionadas seja a energia nuclear, seja o uso desenfreado de novas substâncias químicas, seja das novas tecnologias de informação.

O emprego desses novos conhecimentos técnico-científicos na natureza provoca riscos que superam substancialmente os perigos da primeira fase da industrialização a ponto de colocar em risco a sobrevivência humana na Terra e, potencialmente, de causar a autodestruição de toda a civilização planetária. Os problemas ambientais de segunda geração exigirão a atenção e o cuidado por parte dos Poderes Públicos para os efeitos

⁶ Observa Hans Jonas que [...] “Na técnica, como indicamos antes (capítulo I, parte IV), esse êxito, com sua visibilidade pública estonteante, abarcando todos os domínios da vida — um verdadeiro cortejo triunfal —, faz com que a aventura prometeica se desloque, diante da consciência comum, do papel de um simples meio (o que toda a técnica é em si mesma) para o de finalidade, mostrando-se a ‘conquista da natureza’ como a vocação da humanidade: o *Homo faber* ergue-se diante do *Homo sapiens* (que se torna, por sua vez, instrumento daquele), e o poder externo aparece como o supremo bem — para a espécie, obviamente, não para os indivíduos” (JONAS, 2006, p. 272).

combinados de várias fontes de poluentes, suas repercussões mundiais e seus efeitos duradouros (AYALA, 2011, p. 39-40). Tais questões reclamam referenciais jurídicos e normativos mais eficientes e adequados a serem estabelecidos e atendidos pelas instituições políticas modernas, as quais devem responder aos aludidos riscos tecnológicos desta sociedade pós-industrial, de segunda modernidade, com vista à consumação de uma democracia participativa e fulcrada nos mais lúdicos ditames da justiça ambiental. Nesse sentido, constata-se que o Estado de Direito não se apresenta como projeto político pronto, completo, perfeito e acabado, mas como uma obra humana aberta e em contínuo processo de atualização e adaptação às necessidades do dia a dia e aos desafios do porvir.

O Estado de Direito Ambiental ou Estado Verde, que se almeja materializar, para fazer frente às práticas de degradação da Natureza, caracterizou-se como uma organização política aberta no tempo, que buscará adaptar seus institutos jurídico-normativos aos embates decorrentes dos avanços tecnológicos, os quais são responsáveis por gerarem riscos de segunda dimensão. Essa nova ordem jurídico-estatal deverá criar mecanismo que possibilite a efetiva participação social, para que os diversos setores da sociedade sejam ouvidos, informados e tutelados, de igual forma, contra os riscos conhecidos e desconhecidos, isto é, invisíveis, incalculáveis e inacessíveis ao conhecimento técnico-científico hodierno. Somente nessa perspectiva de abertura política, de concreção de um novo referencial axiológico jurídico, jusante do Estado de Direito Democrático, legitimado pela ampla participação social, é que se consubstanciará a visada justiça ambiental, que tenha como fio condutor a segurança e proteção dos titulares da norma ambiental. Côncios de que os problemas ambientais de segunda geração não estão circunscritos aos limites geográficos de cada país, mas são transfronteiriços, próprios de uma sociedade mundial de riscos, objetiva-se até mesmo possibilitar a mitigação da soberania dos Estados em prol de uma coalizão política que dê vazão a um processo de exercício do poder político em escala global. Nessa senda, importa considerar

“[...] o estado de direito democrático constitucional como uma parte fundamental de um *sistema de complexidade*. Esta proposta marcará também aquilo que, a nosso ver, representa o insubstituível contributo da *teoria da constituição* no atual discurso comunicativo: (1) a teoria da constituição continua a girar em torno da *problemática do estado de direito democrático-constitucional*, embora com novos actores sistêmicos, internacionais e supranacionais;” (CANOTILHO, 2003, p. 1334, grifo do autor).

Nessa medida, as novas formações estatais, consentâneas com os desafios de uma sociedade mundial de riscos, deverão ter assentes que a

densidade axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, como um todo, abarquem a concepção jurídica ecocêntrica e, assim, dando um passo mais largo, rechacem toda postura especista que atente contra os direitos dos animais não humanos, assim como busquem preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Cumpre consignar que o reconhecimento dos direitos dos animais não humanos e das gerações futuras representa um trabalho teórico de difícil demonstração jurídica, passível de objeções sérias, posto tratem de interesses e de titulares da norma que não podem se defender ou ainda não participam da comunidade política e, por isso mesmo, constituem bens jurídicos de árdua comprovação jurídica (SILVA; FRACALOSSO, 2010). Todavia, totalmente compreensíveis e aceitáveis se admitidos, não como parte de um teorema jurídico, mas como axiomas ou postulados jurídicos, compreendidos racionalmente como conhecimentos óbvios ou consensos inicialmente aceitos para construção de uma teoria. Não se concebe atribuir só às ciências naturais a possibilidade de trabalhar com raciocínios axiomáticos, tais como por um ponto passam infinitas retas; uma reta tem infinitos pontos; a gravidade dos corpos é um dado inerente à matéria, para ficarmos com exemplos da geometria plana e da física clássica.⁷ A norma hipotética fundamental, desenvolvida por Hans Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito*, constitui um bom exemplo, que confirma a existência de axiomas próprios às Ciências do Espírito e,

diga-se de passagem, perfeitamente compreensíveis e admissíveis racionalmente. Todavia, aqui, lança-se mão de seu encadeamento lógico para advogar também a legitimidade e validade jurídica dos direitos dos animais não humanos e das gerações futuras. Em conclusão, constata-se que toda ciência parte de um axioma fundante, que não se discute pela obviedade de sua proposição, tornando possível a gnose do objeto em estudo; assim, os direitos dos animais não humanos, como os das gerações futuras, têm lugar na Ciência do Direito como uma necessidade gnosiológica.

Registra-se, por ora, que uma democracia ecocêntrica ou geocêntrica de fato, de proteção estatal a todas as formas de vida deve possibilitar e dar densidade normativa ao princípio que preceitue às pessoas e a todas as comunidades potencialmente afetadas pelos riscos produzidos pelas agressões ambientais da sociedade tecnológica hodierna o direito de participarem ou serem representadas nas políticas ou decisões que lhes acarretem riscos, criando instrumentos de consulta populares com o propósito de obterem delas o consentimento ou o indeferimento das práticas e das atividades causadoras de riscos (AYALA, 2011, p. 46-47). Um verdadeiro ambiente de democracia verde deve garantir que os cidadãos participem efetivamente nos processos de deliberações de decisões e que a instituição de políticas públicas que de algum modo possam causar desequilíbrios e riscos ao meio ambiente não seja pautada apenas nas opiniões e nos conhecimentos científicos, nos pareceres e nos trabalhos de técnicos e cientistas, mas que promova a consulta de toda a população envolvida, com ampla divulgação de informação, para que não se desenvolva e se funde um Estado tecnocrático, concebido em salas frias de gabinetes de estudo e em laboratórios de experiências científicas, distantes da sociedade, do povo, de tudo e de todos. Também, noutro

⁷ Eis o magistério de Paulo de Barros Carvalho a respeito: “[...] Não deve causar espécie a circunstância de a Ciência do Direito precisar de um axioma, enunciado que se dá por verdadeiro sem demonstração, para fincar a raiz do seu sistema. Tal acontece em todo o sistema científico: a Geometria, a Matemática, a Sociologia, a Psicologia e as demais ciências partem sempre de proposições escolhidas arbitrariamente ou de evidência imediata, não demonstráveis, e sobre elas desdobram a organização descritiva dos respectivos objetos.” (CARVALHO, 2007, p. 145).

viés, um Estado ecológico que se preze deve desenvolver uma Constituição Ambiental que não relegue o cuidado com o meio ambiente apenas ao Poder Público, o que seria um absurdo e uma ficção jurídica a toda prova, mas substancialize um ordenamento constitucional verde em que a função de preservação e manutenção da homeostase ambiental seja imposta como dever e obrigação de todos, criando canais efetivos de ampla participação social.

Um Estado de Justiça Ambiental só se consubstanciará, na realidade, se o acesso e a aquisição dos recursos naturais forem distribuídos de modo igual entre todos os componentes da população, sem qualquer forma de discriminação, bem como se houver tratamento isonômico para todos os cidadãos quanto à tutela dos efeitos danosos decorrentes da degradação ambiental provocada pelo homem.

A constituição de um Estado de Direito Ambiental pressupõe a consecução, ao mesmo tempo, de um Estado Democrático de Direito Ambiental e de um Estado de Justiça Ambiental, nos quais subsistem a estrutura de um Estado de prevenção e de um Estado de precaução para tutelar e proteger os cidadãos dos riscos previsíveis ou não, visíveis ou não, calculáveis ou não, segundo o estado da arte científica à disposição (AYALA, 2011). A aludida configuração jurídico-estatal não quer significar a subtração zero dos riscos, mesmo porque seria uma incongruência lógica com o princípio da precaução⁸, cujo respeito é ínsito a essa ordem jurídica desenvolvida e justificada para uma

sociedade de risco em franco desenvolvimento, mas na constante busca de redução deles e de seus efeitos.

Por tudo o que já foi dito, importa registrar que a implantação deste preconizado Estado de Direito Ambiental passa pela conscientização da sociedade, em escala global. É imprescindível uma premente mudança de comportamento na forma como todos interagem com o ambiente, desde um simples gesto pessoal de mudança de hábitos alimentares, até a maneira como se utilizam os recursos hídricos disponibilizados em nossas casas. No mesmo sentido, exige-se uma verdadeira transformação de comportamento por parte dos diversos segmentos empresariais, em todos os setores da economia. Doravante, a fórmula utilitarista de custos e benefícios, segundo a qual os empresários vêm trabalhando, deve ser alterada, de forma a maximizar a variável equilíbrio ambiental em todas as suas análises de investimentos. Nessa perspectiva, cobra-se dos Poderes Públicos o primeiro exemplo.

A Constituição Federal do Brasil bem captou essa mudança de paradigma ético de instituição de um Estado ecoconstitucional ao destinar um capítulo inteiro à tutela do meio ambiente (art. 225 e parágrafos), como o fizeram as Constituições de outros países, como a Grécia (art. 24), Portugal (art. 66), Espanha (art. 45), Suécia em seu texto supremo de 1977, Holanda (1983), Bélgica (revisão de 1994), Alemanha (reforma de 1994), Finlândia (reforma de 1995), China (1982), Chile (1981), Filipinas (1987), Moçambique (1990), Angola (1992), Namíbia (1990), entre tantos outros que se orientaram na consecução de um verdadeiro Estado de bem-estar ambiental (SILVA; FRACALOSSO, 2010, p. 61-62).

Longe se está de querer instituir uma ecoditadura, em que os direitos ambientais sejam tidos como absolutos. Contudo, em virtude da

⁸Dispõe o princípio 15 da Declaração do Rio/92 que “para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas em termos de custo visando a prevenir a degradação do meio ambiente” (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE, 1992).

excessiva degradação ambiental, deve-se buscar conciliar os conflitos e interesses econômicos e ecológicos em jogo. Em situações extremas, a admissão de um mínimo existencial econômico deve ceder lugar à garantia de um mínimo existencial ecológico. Mesmo porque, quando se evocam situações de mínimo existencial e de não retrocesso, deve-se ter em conta a incidência da cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, enquanto as circunstâncias de fato não se alterarem de modo significativo, reconhecem-se todos os mínimos e todos os não retrocessos, sendo os dos direitos ambientais os derradeiros a serem desconsiderados, só mesmo se admitindo a sua suspensão em casos de calamidade pública e situações de catástrofes naturais.

4. A utopia de um Estado Democrático de Direito Ambiental Brasileiro

Importa consignar que todas as injunções de um verdadeiro Estado Ambiental não podem constituir meros conselhos, recomendações vazias, lembretes ou normas sem qualquer eficácia social, mas devem ter os atributos da imperatividade e do autorizamento (DINIZ, 2008, 387-388). Aquela, no sentido de apontar uma conduta ecologicamente correta; este, no sentido de possibilitar a todos os lesados pela degradação ambiental o direito de serem restabelecida pelos destinatários da norma ambiental, quais sejam, os Poderes Públicos e toda a coletividade, a homeostase do meio ambiente anterior ao dano.

A partir da segunda metade do século XX, praticamente todos Estados do Ocidente, como se acordassem de um sono profundo, de uma omissão legislativa centenária em matéria de regulação ambiental, dão início a uma explosão legislativa no campo do Direito Ambiental, como resposta tardia à exploração privada dos recursos naturais em detrimento da coletividade, fruto de uma concessão tácita e negligente pelos poderes públicos aos grandes grupos empresariais, maiores agressores do meio ambiente, do direito de causar poluição e contaminação daquilo que é um bem de uso comum de todos. Assim, entendia-se que, para tutelar o meio ambiente, bastava legislar. Esse fenômeno legiferante ocorreu em diversas nações e aqui, no Brasil, não se deu de forma diversa, todavia com uma década de atraso em relação aos EUA, mormente nos idos da década de 1980, salvo raras disposições ambientais surgidas na década de 1930, como também o segundo Código Florestal, que data de 1965. Houve a promulgação de leis, decretos, portarias e um sem número de espécies normativas a ensejar e desenvolver os pressupostos teóricos do Direito Ambiental a partir desse marco regulatório, inicialmente de forma fragmentária – diplomas legais para fauna, flora, para os recursos

hídricos, ar, solo etc. –, para depois criar todo um ordenamento jurídico de tutela do meio ambiente que o compreendesse como um todo interligado e indecomponível (BENJAMIN, 2010, p. 2-4). A fragmentação legislativa revelou-se, em toda parte, ineficiente para proteger os ecossistemas ameaçados.

Logo se percebe também que a produção legislativa por si só não resolveria o problema crônico da degradação ambiental decorrente de uma prática social, cultural e econômica arraigada há séculos, a qual não seria contornada ou sequer aplacada por meros comandos normativos inaplicáveis. O Direito como um todo e sobretudo o Direito Ambiental, que se identifica como disciplina jurídica autônoma por possuir princípios e institutos jurídicos próprios, interessa-se não só em conhecer a norma em sua perspectiva formal, mas principalmente no dia a dia de sua aplicação, o que significa dizer em sua efetiva implementação, traço decisivo de validação, de reconhecimento e de sentido de sua existência. O fenômeno jurídico, exteriorizado pela simples promulgação de uma lei, como instante formal, nada mais significa do que o ponto de partida de um longo caminho, o qual poderá ser breve ou de longa duração, calmo ou agitado, dispendioso ou parcimonioso, de travessia democrática ou autoritária, cuja lei tenha eficácia social ou completa inoperância, todavia, sempre refém de sua implementação, isto é, comprometido com resultados sociais perceptíveis e palpáveis (BENJAMIN, 2010, p. 5).

Nessa ambivalência, a dimensão implementadora do ordenamento jurídico ambiental deve ocorrer com a instituição de direitos e obrigações, os quais se realizariam por meio do estabelecimento de instrumentos que possibilitem, verdadeiramente, dar efetividade aos referenciais normativos produzidos, sejam legislativos, como o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular de leis etc.; sejam administrativos, como o licenciamento ambiental, o direito de petição, o direito de informação, o estudo prévio de impacto ambiental (audiências públicas) etc.; sejam penais (sanção penal); sejam processuais, como a ação popular, o mandado de segurança coletivo, a tutela inibitória, a ação civil pública de responsabilidade administrativa, o mandado de injunção etc. (SILVA; FRACALOSSO, 2010, p. 100-101).

É desalentadora a desventura de um Estado que, não raras vezes, cria dispositivos legais sem o menor compromisso e responsabilidade para com sua efetiva aplicação, simplesmente os desenvolve para dar uma satisfação à sociedade com o fito de apregoar que algo foi feito para esta ou aquela demanda social em pauta, estabelecendo uma legislação simbólica, com o deslavado propósito de instituí-la para servir como um placebo social, com fins ansiolíticos. Em resumo, trata-se da figura de um Estado teatral por excelência que, ao estabelecer a ordem jurídica de proteção ao meio ambiente, apresenta-se inerte e não empenhado com sua realização

social, conservando um fosso abissal entre a lei e a implementação (BENJAMIN, 2010, p. 7). Sociedades políticas organizadas que assim se comportam, que, ao primeiro desafio imposto pelas dificuldades surgidas, se apequenam e se amansam diante das primeiras situações de adversidade político-administrativas e das rotineiras investidas de portentosos interesses econômicos – estes os que mais cometem abusos ambientais –, são Estados pusilânimes, que deverão responder perante a sua gente e a comunidade internacional, bem como sofrer com a aplicação de sanções condizentes com a omissão praticada, posto terem instituído uma ordem pública ambiental incompleta por falta de eficácia social.

Em relação ao Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não foi atribuída ao Estado brasileiro a faculdade de proteger o meio ambiente, e sim foi estatuída a sua obrigação constitucional de tutelá-lo, como se constata no próprio *caput* do art. 225, o qual reza incumbir ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. A seu turno, a Lei nº 6.938/81, recepcionada pela ordem constitucional vigente, em seu art. 2º, inciso I, destaca como um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente a “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerado o meio ambiente como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” (BRASIL, 1981).

Neste passo, é imperioso ressaltar que o Estado brasileiro tem atuação ambivalente. Por um lado, apresenta-se como promotor de políticas voltadas para a proteção do meio ambiente, seja por meio da elaboração e execução de políticas públicas ambientais, seja pela atuação como agente fiscalizador das atividades que importem na degradação ambiental; por outro, ao desenvolver atividades econômicas *pari passu* com a

iniciativa privada, potencialmente causadoras de riscos ambientais, ou mesmo quando desenvolve políticas de incentivos fiscais-tributários para instalação de empresas no país, atua como responsável direto ou indireto pela ameaça ao equilíbrio ecológico.

Por que há uma obstinada prática de desrespeito à legislação ambiental, aceita para alguns veladamente, e, para outros, até mesmo ostensivamente admitida? Ouve-se, normalmente, que o motivo reside no fato de o ordenamento bater de frente com interesses empresariais e da livre iniciativa privada, bastante valorados na sociedade capitalista e, invariavelmente, explorados politicamente no sentido de que a tutela do meio ambiente atenta contra a criação de novos postos de trabalho, bem como anda na contramão da sempre constante necessidade dos erários por mais e mais receitas tributárias. Observa-se, então, que a principal razão de descumprimento da lei ambiental é de índole econômica. Contudo, deve-se combater essa lógica do lucro com a subtração de toda forma de vantagem auferida pela classe empresária com seu comportamento ilícito, mordendo e ferindo sua parte vital mais sensível, a única que pode levá-la a mudar de hábito e de consciência, qual seja, o seu bolso, e, com isso, exaurir toda fonte de benefício que possa obter com a degradação ambiental. Obviamente, registre-se também, por oportuno, outras razões de descumprimento da lei ambiental, como a dificuldade de se individualizar a autoria do crime ambiental, quase sempre decorrente da dificuldade de estabelecer onexo causal, e, conseqüentemente, a impossibilidade de imposição de sanção penal ao faltante, o que leva ao sentimento de impunidade, o qual estimula a reiteração de hábitos nocivos à saúde ambiental (BENJAMIN, 2010, p. 25-28).

Diz-se que a legislação ambiental do Brasil sobressai como uma das mais avançadas, toda-

via padece de baixa efetividade, haja vista que as agressões ao meio ambiente aqui grassam de forma quase incontrolável. Sua patologia é caracterizada por duas mazelas: a primeira, como já exaustivamente denunciada, por falta de sua efetiva aplicação; a segunda, pelo fato de, quando aplicada, revelar-se de resultado brando e ineficiente. Não se trata de vácuo legislativo, ainda que seja recomendável e desejável aprimorar sempre o nosso ordenamento ambiental para acompanhar a dinâmica sócio-econômico-ambiental, mas é a sua não implementação e o conseqüente descrédito que constituem a sua principal carência. Essa triste realidade decorre de várias causas, que vão, para aqui mencionar algumas, desde a ausência de vontade política por parte de quem tem o dever de implementar a legislação, passam pela carência de recursos humanos, materiais e técnicos, pela baixa utilização e credulidade da via judicial, até a mais vexatória delas, qual seja, a anistia aos autores de prática de degradação ambiental (BENJAMIN, 2010, p. 48-49). Tal letargia estatal e também um inegável marasmo de toda sociedade, vez que o estado nada mais expressa e representa que o querer e os anseios desta, talvez encontrem resposta na vã credulidade, presente em nossos gestores públicos e em toda a coletividade, de constituir o nosso imenso Brasil um manancial inesgotável de recursos naturais, que, por mais que seja explorado e degradado, sempre será uma fonte segura e perene de bens naturais, que nos proverá abundante e continuamente pelos tempos afora.

Por tudo o que já foi dito, é forçoso reconhecer que ainda estamos longe de constituir um verdadeiro Estado de Direito Ambiental – se é que existe um, em algum lugar, a julgar pelas incomensuráveis fontes de devastação ambiental em escala global –, pois o cumprimento da legislação ambiental, em nosso país, mostra-se extremamente deficitário, necessitando que seja

concebido como prioridade máxima de todas as instâncias dos Poderes Públicos. Aplicar o ordenamento jurídico ambiental brasileiro consiste em tarefa de extrema dificuldade, mas não impossível de se materializar. Um verdadeiro Estado Ambiental começará a ter existência real fática a partir do momento em que o mais simples dos poluidores e o mais poderoso agressor industrial sejam responsabilizados por seus atos de degradação ambiental, bem como quando o fator de implementação da legislação ambiental não seja somente verificado em seu viés repressor, mas sobretudo quando implementar, em substância, seja sinônimo de prevenir o dano ao meio ambiente, pois, como sentença a máxima popular, é preferível prevenir a remediar.

A assunção de um Estado de Direito Ambiental constitui uma tarefa de difícil realização, uma verdadeira ficção ou utopia jurídico-político-econômico-social; todavia, a escassez dos recursos ambientais e a voracidade com que são obtidos para alimentar o consumismo desenfreado de nosso modo de produção capitalista necessita urgentemente ser revisto, repensado e transformado para conter o movimento progressivo e acelerado de devastação ambiental, que acontece em escala planetária. É preciso acreditar na capacidade humana de se regenerar ético-moralmente e, assim, promover uma verdadeira mudança de comportamento ambiental. Aliás, a transformação para uma nova ideologia de mercado, com novas práticas de produção e mesmo atitudes, deve ser desenvolvida não só pelos Estados, em suas políticas locais, mas também por meio da construção de um Estado Transnacional Ambiental com o papel de concertar as interações entre o homem e a Natureza, de forma que o *Homo sapiens* refreie o de *Homo economicus* para favorecer a consumação de uma sociedade internacional solidária em prol de um meio ambiente sadio e equilibrado para todos.

4.1. Situações emblemáticas de inefetividade da legislação ambiental

Inúmeros são os casos em que se constata a baixa efetividade de nossa legislação ambiental como um todo, a ponto de se duvidar da existência de um Estado Verde brasileiro. Por oportuno, espera-se que o novo Código Florestal Brasileiro, de 25 de maio de 2012 (Lei nº 12.651/2012), não se constitua mais um exemplo de ineficácia legislativa, mormente no que toca à disposição de seu artigo 29, que cria o Cadastro Ambiental Rural (CAR) para cadastrar os imóveis rurais com vista à formação de uma base de dados para controle, monitoramento, planejamento econômico-ambiental e de combate ao desmatamento, bem como do art. 59, que estabelece como incumbência da União, dos Estados e do Distrito Federal a implantação de Programas de Regularização Ambiental (PRAs) de posses e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las às disposições do aludido código. A efetiva implementação da Lei só ocorrerá com a mobilização e informação da sociedade para garantir que o Cadastro Ambiental Rural e os Programas de Regularização Ambiental não constituam uma mera formalidade legal a ser cumprida pelos proprietários de terras, mas que visem a implementar um projeto de recuperação ambiental.

Contudo, objetiva-se, neste passo argumentativo, evidenciar, na área dos transgênicos, o flagrante desrespeito e inefetividade de nosso ordenamento ambiental, aliado ao despreparo e conivência por parte das instituições governamentais. Cientistas da Food and Drug Administration (FDA) fazem alerta de que a liberação de alimento transgênico não poderia ocorrer sem a realização de rigorosos testes toxicológicos (VEIGA, 2007, p. 87). Todavia, empresas multinacionais, como a Monsanto, beneficiam-se com a contaminação de lavouras e com a utilização pelos produtores rurais de sementes transgênicas contrabandeadas. Em nosso país, cultivam-se de sementes de soja e de algodão geneticamente modificadas. Registre-se que as aludidas sementes entraram em nosso território ilegalmente e, posteriormente, foram legalizadas pelo governo que se mostrou, na prática e politicamente, inabilitado para debelar essa conduta criminosa (VEIGA, 2007, p. 80).

Os pedidos de liberação de sementes transgênicas para experimentação ou para o comércio endereçados à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), órgão que tem a atribuição de assessorar o Governo Federal brasileiro nos assuntos pertinentes à biossegurança constituem casos emblemáticos do descaso de nossas instituições para com a tutela ambiental, pois, rotineiramente, a deliberação acerca do deferimento ou indeferimento dos requerimentos interpostos a esse órgão acontecem a toque de caixa, sem a atenção e o rigor devidos, haja vista a celeridade e a simplicidade da instrução processual probatória, de causar estarcimento.

Na maioria das vezes, as informações técnicas de segurança dos produtos apresentadas pelas empresas requerentes são consideradas satisfatórias para obterem a autorização de plantio, sem que sejam desenvolvidas quaisquer provas de críticas, de contestações ou de evidências científicas que denunciem ou que contrabatem as proposições formuladas pelas empresas requerentes, em declarado descumprimento ao preceituado no art. 14, inciso IV, da Lei da Biossegurança (Lei nº 11.105/2005) e mesmo aos estudos científicos existentes, que denunciam que o complexo genético-industrial apresentado não é examinado (VEIGA, 2007, p. 106).

Em 1999, a CTNBio se manifestou acerca do pedido da Bayer em liberar o milho Liberty para uso comercial. A despeito de o doutor Manoel Xavier dos Santos apresentar objeções às informações colacionadas nos autos do pedido, alegando que essa modalidade transgênica fora avaliada em diversos locais e em países de clima temperado, não tendo sido pesquisado o seu desenvolvimento em quaisquer regiões do Brasil, estranhamente, as poucas informações trazidas pela empresa foram suficientes para que o referido professor assinasse parecer favorável à sua liberação (VEIGA, 2007, p. 106). Caso atuasse como uma verdadeira comissão técnica de biossegurança, a CTNBio deveria obstar todos os pareceres cujas conclusões não se lastreassem ou não se vinculassem em aspectos de biossegurança sustentados e desenvolvidos nas razões expandidas nos pareceres. Consigna-se, por oportuno, que há oito anos a CTNBio não faz revisão de suas normas e procedimentos para análise das solicitações de liberação comercial de transgênicos.

Registre-se também o requerimento da empresa Syngenta Seeds, a qual o protocolizou o pedido de liberação planejada, no meio ambiente, de milho resistente a insetos. A aludida solicitação foi apresentada em 25/02/2013, ob-

tendo a liberação no tempo recorde de 24 dias, isto é, em 21/03/2013. Dentre os argumentos e justificativas da empresa, destaca-se que o requerimento se faz em regime de urgência para que não haja prejuízos para as exportações; que o gerente de pesquisa possui “treinamento em biossegurança e já desenvolveu diversas liberações planejadas no meio ambiente de milho planejado”; que, na eventualidade de acidentes, as medidas de mitigação, que consistem em isolamento da área e contam com a segurança, serão implementadas em cinco dias; que “a probabilidade de incidente é remota, pois a mesma estará instalada em área específica para atividades OGM dentro da Unidade de Pesquisa, onde o acesso é limitado.”⁹

No mesmo sentido, são os pedidos de liberação apresentados pelas empresas Du Pont do Brasil S.A. – Divisão Pioneer Sementes, Processo nº 01200.004551/2012-09; FuturaGene do Brasil Tecnologia Ltda., Processo nº 01200.005036/2012-38; e Centro de Tecnologia Canaveira-CTC, Processo nº 01200.007328/2006-67 (Com informação Confidencial). Em face de tanta azáfama, constata-se que as decisões de liberação dos organismos geneticamente modificados pela CTNBio são sobretudo políticas, sem o mínimo de respaldo técnico-científico, bem como sem a seriedade e a responsabilidade que a liberação de transgênicos requer. A despeito de constituir instância técnica de assessoria do Governo Federal em matéria de biossegurança, parece que essa instituição foi criada para legitimar a liberação dos transgênicos e, se não o fizer, descaracteriza todo o seu funcionamento. Nessa medida, é de se indagar se realmente vivemos em um Estado que respeite e materialize os preceitos de tutela ambiental prescritos em nossa *Lex Mater* e no todo de nosso ordenamento jurídico.

⁹ Syngenta Seeds Ltda. Processo 01200.000499/2013-94.

5. Conclusão

A consciência humana ainda não havia dado conta da fragilidade do ecossistema de nosso planeta, isto é, da “[...] vulnerabilidade da natureza provocada pela intervenção técnica do homem — uma vulnerabilidade que jamais fora pressentida antes que ela se desse a conhecer pelos danos já produzidos” (JONAS, 2006, p. 39). Nesse sentido, cobra-se agora uma responsabilidade da humanidade para com o destino da Natureza, para que não venha a sucumbir a galinha de ovos de todos nós. Desponta também uma consciência antropocêntrica, mas, sem sombra de dúvidas, com viés e resultados melhores. Se dantes era impensável tal exigência de postura ética, hoje, urge dar resposta adequada à nova realidade que se apresenta à humanidade. A inexorável dinâmica da vida moderna, decorrente do contínuo aumento populacional, a produção excessiva para atender à população, o consumo exacerbado, toda essa conjuntura acarreta impacto ambiental e sua consequente irreversibilidade. A força motriz desses processos advém da ação tecnológica que avança em uma contínua marcha autopropulsionada e, em razão desse movimento acelerado, dificulta as autocorreções. A crença cega e obstinada na ciência e a vã credulidade e esperança na onipotência da técnica, um novo ópio ou um novo ansiolítico religioso, são tidos como o elixir que perpetuará a existência do *Homo sapiens* na Terra e a panaceia para debelar todos os efeitos previsíveis e não previsíveis de sua intervenção na natureza. Essa obstinada credulidade poderá acarretar sérias consequências ao meio ambiente e tornar insustentável a existência dos animais humanos e não humanos em nosso planeta.

Tamanho desvario e embriaguês da coletividade configuram uma atitude irresponsável, que, levada às últimas consequências, colocará em risco a sobrevivência de todas as espécies

animais e vegetais em nosso planeta, ultimando um novo imperativo ético que limpe e elucidamente turva dos que assim se comportam. Para tanto, aos imperativos éticos conquistados, em particular ao kantiano que norteia e orienta a conduta humana no sentido de “Agir de tal maneira que o princípio de tua ação se transforme numa lei universal”, deve-se acrescentar um outro de igual importância para a mudança de atitude e que esteja em consonância com esses novos desafios, qual seja, “Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra”; ou exposto de forma negativa: “Aja de modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida” (JONAS, 2006, p. 47-48).

Nessa medida, a heurística do medo consiste em lógica fundamental para o agir responsável com o porvir, posto dar preferência aos prognósticos de desastre, e não aos prenúncios de felicidades, haja vista as irrefutáveis capacidades de destruição do planeta das experimentações técnico-científicas em curso, a despeito de para alguns fazerem referência a um futuro distante. Todavia, não se permite a ninguém fazer aposta em condutas que ameacem o destino de gerações que ainda não existem e, por isso mesmo, se encontrem em uma cruel desvantagem pelo simples fato de as vítimas futuras não poderem fazer suas próprias reivindicações e depender da consciência dos que hoje vivem – ainda que alguns grupos de cientistas se fiem em probabilidades remotas de danos (JONAS, 2006, p. 83-88).

A nova ética também se depara com os problemas advindos do alarmante cenário técnico-científico, no qual “[...] o próprio homem passou a figurar entre os objetos da técnica. O *homo faber* aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a refabricar inventivamente o inventor e confeccionador de todo o resto” (JONAS, 2006,

p. 57). O atual estágio de evolução da biologia celular, desvendando as interações e reações bioquímicas intracelulares, tem reais potencialidades de retardar o envelhecimento e mesmo a possibilidade de evitar o perecimento orgânico dos seres humanos. Mas, será que o homem realmente não deseja morrer? Não seria o direito de morrer um atributo próprio da densidade axiológica contida no princípio da dignidade da pessoa humana? A infinita longevidade biológica acarreta a perda, a supressão e a ausência de surgimento de novos indivíduos, um mundo habitado por velhos, com a perda da juventude e a decorrente perda do novo, do inusitado e das probabilidades de mudança (JONAS, 2006, p. 58-66).

Não há mais lugar para discursos ambientais de grande eloquência, de promessas vazias, insinceras e destituídas de verdadeiro compromisso ético-ambiental. Não mais tem sentido a promulgação de normas meramente procrastinatórias como resposta às prementes demandas sociais decorrentes das perturbações ecológicas, advindas do aumento populacional e dos avanços técnicos e científicos orientados pela lógica utilitarista de custos e benefícios que o sistema capitalista insiste em perpetuar. As disposições legais devem ser suscetíveis de serem cumpridas na prática, abarcando a ideia de igualdade, fulcrada na solidariedade dos povos, no tratamento digno do homem e na justiça social. Devem dar vazão à plena instituição de um autêntico Estado de Direito Ambiental para fazer frente aos desafios reinantes na sociedade de riscos da contemporaneidade.

Referências

AYALA, Partick de Araújo. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O Estado teatral e a implementação do direito ambiental. In: _____. *Direito, água e vida: law, water and the web of life*. v. 1, p. 335-366, 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30604>>. Acesso em: 21 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 set. 1981.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. 190 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Declaração do Rio de Janeiro sobre meio ambiente e desenvolvimento [ECO-1992]. Rio de Janeiro 3 a 14 de junho de 1992.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. PUC-Rio, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1992.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

MOUSNIER, Roland. *Os séculos XVI e XVII: a Europa e o mundo*. Tradução de J. Guinsburg e Vítor Ramos. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1957 (História geral das civilizações, v. 10).

PERROY, Édouard. *A idade média: o período da europa feudal, do islã turco e da ásia mongólica*. Tradução de J. Guinburg e Vítor Ramos. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1957. (História geral das civilizações, v. 7).

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Anderson Furlan Freire de; FRACALOSSO, William. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VEIGA, José Eli da (Org.). *Transgênicos: sementes da discórdia*. São Paulo: Editora Senac, 2007.

**Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do
Senado Federal**

A Análise Econômica do Direito

Proposições legislativas e políticas públicas

BENJAMIN MIRANDA TABAK

Sumário

1. Introdução. 2. A Análise Econômica do Direito (AED). 3. A AED, proposições legislativas e políticas públicas. 4. Análise de custo-benefício. 4.1. Valoração contingencial. 4.2. Modelos hedônicos de apreçamento. 4.3. Taxas de desconto. 5. Análise Econômica do Direito Comportamental. 6. Processo legislativo, medidas provisórias e AED. 6.1. Análise de alguns aspectos da Medida Provisória (MPV) nº 651/2014. 7. Considerações finais.

1. Introdução

Este texto aborda uma área emergente do direito, conhecida como Análise Econômica do Direito (AED) e discute seu impacto para a avaliação de proposições legislativas, políticas públicas e para o direito em geral. A AED pressupõe a aplicação da teoria econômica para examinar as leis, instituições legais e políticas públicas (GICO JUNIOR, 2010; COOTER; ULEN, 2010; POSNER, 2007; SHAVELL, 2004).

A análise de proposições legislativas requer inicialmente a avaliação da constitucionalidade, juridicidade, legalidade e boa técnica legislativa (OLIVEIRA, 2014)¹. Não obstante, do ponto de vista da AED, é preciso ir além ao analisar proposições legislativas e políticas públicas.

A AED procura responder a algumas perguntas essenciais. Primeiramente, quais são os efeitos das regras jurídicas sobre as decisões dos agentes? Segundo, esses efeitos são socialmente desejáveis? Ainda, uma

Benjamin Miranda Tabak é Benjamin Miranda Tabak é Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Política Econômica e Sistema Financeiro e professor da Universidade Católica de Brasília.

¹ Veja ainda a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis.

das questões centrais é como desenhar políticas, leis, instituições que gerem os incentivos “corretos” aos agentes econômicos.²

Para responder a esses questionamentos, é possível utilizar ferramentas disponíveis na economia³. Em particular, parte-se da premissa de que os agentes são racionais e olham para o futuro. Ao tomarem decisões, levam em consideração seus custos e benefícios privados. O objetivo dos agentes, então, é o de maximizar seus benefícios incorrendo no menor custo possível. Por exemplo, ao decidir quanto produzir, uma firma compara os benefícios e custos adicionais de produzir uma unidade a mais. Esses benefícios e custos adicionais são denominados benefícios e custos marginais. A “regra de ouro” é a de que os custos marginais devem se igualar aos benefícios marginais para que se encontre o ponto de equilíbrio. Isto ocorre porque, se o benefício marginal é maior que o custo marginal, então uma unidade produzida a mais gera mais benefício que custo. Nesse caso, a firma é induzida a aumentar sua produção. Por outro lado, se o custo marginal é maior que o benefício marginal, a firma reduzirá seu nível de produção e aumentará seu benefício líquido. Isso vale para consumidores, trabalhadores, empresas e agentes econômicos em geral (COOTER; ULEN, 2010)⁴.

Esse comportamento maximizador levanta uma série de questões no desenho de políticas públicas e normas legais em geral. Em particular, ao avaliar seus custos e benefícios privados, os agentes podem acabar por ignorar eventuais custos e benefícios sociais, gerando externalidades, que podem ser negativas para a sociedade⁵. Ainda, os agentes podem não ser totalmente racionais e incorrer em vieses de julgamento, o que

² Um exemplo seria o desenho de uma lei que tem como objetivo reduzir determinado tipo de crime. Os reincidentes devem sofrer maior punição do que aqueles que cometem o crime pela primeira vez? Mungo (2014) analisa um modelo em que os potenciais criminosos comparam custos e benefícios da atividade criminosa ao decidir se infringem ou não a lei. Ele sugere que, se a sanção para aqueles que são reincidentes for suficientemente alta, então é possível reduzir a criminalidade. Nesse caso, a incidência de crimes se reduz pelo alto custo de ser considerado reincidente. Dessa forma, aumentar a punição para os reincidentes leva a um desincentivo a cometer crimes, o que pode levar a uma queda na criminalidade.

³ A teoria econômica procura prever o comportamento dos agentes econômicos. A introdução de normas legais ou políticas públicas afeta os incentivos aos quais os agentes estão expostos, levando a alterações na tomada de decisão por parte dos agentes. Assim, usando-se a teoria econômica, é possível antever, em algum grau, o potencial efeito da introdução das referidas normas ou políticas.

⁴ Os trabalhadores decidem quanto trabalhar escolhendo entre renda e lazer, consumidores maximizam sua satisfação (utilidade) escolhendo sua cesta de consumo, investidores maximizam seu retorno esperado escolhendo ativos financeiros. Desse modo, os agentes econômicos procuram maximizar uma função objetivo sujeita às restrições impostas pela economia. Se os agentes se comportam dessa forma, então é possível prever suas ações e suas reações a variações exógenas (choques) no sistema econômico. Assim, leis ou políticas públicas que afetam variáveis econômicas devem ter efeitos sobre as decisões dos agentes econômicos.

⁵ Esta é uma falha de mercado importante e pode requerer a ação do Estado.

pode levar a decisões que não necessariamente maximizam seu bem-estar (CAMERER; TALLEY, 2007; KOROBKIN; ULEN, 2000; JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998). Dessa forma, é fundamental levar em consideração esses aspectos na avaliação de proposições legislativas, políticas públicas e normas em geral.

O objetivo do direito, na ótica da Análise Econômica do Direito, é o de analisar as normas legais de modo a promover a eficiência, o que implica a maximização do bem-estar social (POSNER, 2007). Leis ou políticas públicas mal elaboradas levam à insegurança jurídica, reduzindo o bem-estar. Nesse sentido, o uso da AED para avaliar proposições legislativas e políticas públicas, em geral, é essencial.

Este trabalho está dividido em cinco seções. Na seção 2, alguns aspectos da Análise Econômica do Direito (AED) são apresentados, assim como a importância da noção de eficiência. A seção 3 discute como a AED pode auxiliar a avaliação de proposições legislativas e políticas públicas. A seção 4 exhibe uma ferramenta para avaliar normas baseadas em AED – análise de custo-benefício e importantes desdobramentos e desafios que essa análise impõe. A seção 5 introduz alguns aspectos da Análise Econômica do Direito Comportamental e os Experimentos Randomizados Controlados (ERC), explicitando sua relevância para o desenho de normas legais e políticas públicas. A seção 6 exemplifica o uso desses métodos por meio de discussão breve da Medida Provisória (MPV) nº 651, de 9 de julho de 2014. Finalmente, a seção 7 conclui o trabalho e aponta caminhos para reflexões futuras e maior aprofundamento das questões tratadas.

2. A Análise Econômica do Direito (AED)

Um dos principais expoentes da Análise Econômica do Direito é Coase (1960), que, em ensaio seminal, mostra como é possível pensar os direitos de propriedade sobre a ótica da economia. O autor argumenta que, na ausência de custos de transação, não importa como é feita inicialmente a distribuição dos direitos de propriedade. Nesse caso, com direitos de propriedade bem definidos, num mercado em que as trocas entre os agentes econômicos são livres, a *eficiência econômica* será sempre alcançada. Esse resultado viria a ser conhecido como Teorema de Coase⁶.

As ideias de Coase influenciaram toda uma geração de pensadores nas áreas do direito e da economia. Nesse sentido, os *custos de transação* passam a desempenhar papel relevante na avaliação das leis e políticas

⁶ Calabresi (1970) e Posner (2007) também são dois pioneiros relevantes da Análise Econômica do Direito. Veja ainda Porto e Thevenard (2010) e Timm (2012).

públicas. Os custos de transação podem ser vistos como custos em que os agentes incorrem para poder realizar trocas em uma economia. Existem vários tipos de custos de transação em uma economia. Os mais importantes são as assimetrias informacionais, os custos de barganha, os custos legais e os custos de busca.

A existência de custos de transação relevantes pode levar a economia a ficar aquém do seu potencial – revelando ineficiências importantes que, na ausência desses custos, poderiam ser eliminadas. Dessa forma, as *proposições legislativas* e as *políticas públicas* deveriam, sempre que possível, *reduzir eventuais custos de transação*.

Um dos objetivos das proposições legislativas e das políticas públicas, portanto, é aumentar a eficiência da economia, levando a maior bem-estar. Definimos a seguir o que vem a ser eficiência na ótica da AED.

O conceito de eficiência de Pareto é muito utilizado pelos economistas para denotar uma situação em que não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, outro agente. Por exemplo, se for possível promover uma redistribuição da riqueza entre os agentes, de modo que alguns fiquem em situação melhor sem que haja piora na situação dos outros agentes, temos uma melhoria de Pareto. Pode-se associar a eficiência de Pareto à unanimidade. Ao introduzir determinada política pública ou norma legal se todos os agentes que são afetados estão em situação melhor ou pelo menos igual, considera-se que essa introdução foi eficiente no sentido de Pareto.

O problema dessa definição é que, em geral, a introdução de normas jurídicas leva a que existam potenciais ganhadores e perdedores. Nesse caso, um conceito mais geral de eficiência precisa ser utilizado. Um dos mais conhecidos é o de Eficiência de Kaldor-Hicks, que é definido como a confrontação dos benefícios e custos sociais de determinada norma. A introdução

de uma norma jurídica gera benefícios para alguns agentes e custos para outros agentes. Caso o benefício total seja maior que o custo total da introdução de determinada norma, essa é eficiente no sentido de Kaldor-Hicks.

Assim, a noção de eficiência está intimamente relacionada à maximização de bem-estar da sociedade. Quando uma determinada proposição legislativa é eficiente, ela proporciona um aumento de bem-estar para a sociedade.

Um exemplo de uma política pública que pode levar a um aumento de eficiência é a construção de uma usina hidrelétrica. Como ela proporciona mais energia para determinadas comunidades, e essa pode ser inclusive mais barata, a construção da usina leva a determinado benefício social. Em geral, porém, construções dessa natureza implicam custos ambientais, em virtude do alagamento de determinadas áreas, deslocamentos de pessoas que vivem em regiões a serem alagadas e assim por diante. No caso do benefício ser maior do que os custos gerados, então a construção da usina é eficiente (Kaldor-Hicks). Contudo, existe uma assimetria entre os agentes, pois os consumidores que receberão essa nova energia sairão ganhando, mas a população que foi deslocada pode perder.

Se a situação é eficiente no sentido de Kaldor-Hicks, os benefícios sociais são maiores que os custos sociais. Assim, os ganhos dos consumidores são maiores que as perdas da população que vivia naquela localidade. Fica claro que é possível realizar uma transferência dos agentes que ganham com a medida para os agentes que perdem, de modo a atingir uma situação eficiente no sentido de Pareto⁷.

Assim, embora o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks exija que a maioria se beneficie

⁷ A eficiência de Pareto é mais restritiva. Exige-se, nesse caso, que nenhum agente piore de situação em virtude da introdução da norma legal.

com determinada medida e que possa haver agentes que saiam perdendo, é sempre possível realizar uma redistribuição dos recursos de forma a tornar essa medida eficiente no sentido de Pareto.

3. A AED, proposições legislativas e políticas públicas

Em geral, é possível utilizar a teoria econômica para analisar proposições legislativas e políticas públicas. Caso essas aumentem o bem-estar e promovam a eficiência, então deveriam ser adotadas pela sociedade.

Ao analisar determinado projeto de lei, por exemplo, a questão, na ótica da AED, é se essa norma é mais eficiente do que a situação *no status quo*. Caso a norma seja eficiente, então ela deve ser introduzida, uma vez que é possível aumentar o bem-estar da sociedade.

Suponha que o legislador tenha o diagnóstico de que a corrupção em determinados setores do governo se encontra em níveis elevados. Nesse caso, seria necessário aumentar o controle social sobre práticas de corrupção para coibi-las.

O objetivo de uma proposição legislativa pode ser o de reduzir a corrupção, e um dos elementos essenciais para coibir essa prática seria o de aumentar a participação da sociedade por meio de denúncias. O diagnóstico inicial é que o número de denúncias é baixo e poderia ser incentivado.

Bugarin e Vieira (2008) e Bugarin (2013) analisam esse caso usando AED⁸. Suponha que uma pessoa precisa decidir se denuncia ou não um caso de corrupção de que teve conhecimento. A teoria econômica prediz que ela vai analisar os custos e benefícios de fazê-lo. O benefício de denunciar é da sociedade, pois essa ganha quando a corrupção diminui e os recursos públicos são alocados de forma eficiente. Assim, embora o benefício social possa ser grande, o benefício privado para essa pessoa tende a ser pequeno.

O problema é que, ao denunciar, a pessoa incorre em custos privados, que podem ser altos. Por exemplo, ela precisa reunir evidências de corrupção, muitas vezes tem de se expor, o que pode gerar represálias dos envolvidos direta e indiretamente.

Caso os custos privados excedam os benefícios privados, o melhor a fazer para qualquer pessoa é esquecer o assunto e não fazer a denúncia. Contudo, a sociedade perde nesse caso, pois os custos sociais são elevados

⁸ Bugarin (2013) foca no caso recente de proposição legislativa aprovada na Câmara Legislativa do DF em 2013, que premiava delatores de esquemas de corrupção com 10% do valor desviado. O então governador do DF vetou o projeto argumentando que a denúncia de crimes de corrupção deveria partir da consciência cívica, e não da obtenção de vantagens financeiras pessoais.

pela prática da corrupção. A corrupção afeta negativamente tanto os custos diretos quanto os indiretos⁹.

Uma lei que beneficie os denunciante mediante recompensa pode aumentar os benefícios privados, induzindo os agentes a denunciarem sempre que tiverem conhecimento de casos de corrupção. A recompensa pode ser proporcional ao tamanho dos recursos desviados, por exemplo, como no caso da lei proposta pela Câmara Legislativa do DF.

Com uma lei desse tipo, as pessoas são induzidas a denunciar casos de corrupção, o que aumenta a chance de recuperação de recursos públicos desviados. Na situação anterior não ocorriam denúncias, e as pessoas com informações importantes e a própria sociedade perdiam. Na nova situação, a sociedade recupera, ao menos parcialmente, os recursos desviados, e os denunciante, que propiciaram essa recuperação, recebem uma recompensa pelo esforço¹⁰.

Uma preocupação, no exemplo anterior, é se não seria imoral usar recursos oriundos de práticas de corrupção para beneficiar os denunciante. Nesse caso, os denunciante já estariam sendo beneficiados, pois toda a sociedade é beneficiada com a queda da corrupção.

Bugarin (2013) aponta alguns problemas que surgem dessa análise. Os agentes, ao toma-

rem suas decisões, levam em consideração seus custos e benefícios privados, e não os custos e benefícios sociais. Dessa forma, na ausência da recompensa, eles não vão denunciar, pois seus custos privados excedem os benefícios privados. Ao garantir uma recompensa, é possível levar a economia a um equilíbrio “bom”, em que a sociedade sai ganhando.

A questão fundamental é que o desenho dessa política de denúncias deve ser bem elaborado para evitar a prática de *rent-seeking* e/ou coalização entre grupos de interesse que poderiam usar a política de forma distorcida. Não obstante essas dificuldades de implementação, o exemplo mencionado anteriormente é uma ilustração importante de como a teoria econômica pode ajudar a embasar proposições legislativas e políticas públicas.

De forma geral, a questão é a seguinte. Devido à presença de externalidades, o número de denúncias é menor do que o socialmente desejado. Assim, introduz-se uma compensação que faz com que o número ótimo de denúncias se aproxime mais do socialmente desejável, o que maximiza o bem-estar da sociedade¹¹.

Um dos problemas do raciocínio utilizado até agora é ele ser baseado na teoria da racionalidade econômica. Assim, os agentes denunciam de acordo com uma análise de custos e benefícios. Contudo, os agentes são passíveis de sofrer uma série de vieses cognitivos, e esses vieses precisam ser levados em consideração no desenho de mecanismos de incentivo e cooperação. Por exemplo, Cooter, Feldman, M. e Feldman,

⁹Brent (2009) argumenta que a corrupção pode ser definida como o uso de recursos públicos para obter ganhos pessoais privados. A corrupção afetaria a eficiência das políticas públicas e proposições legislativas e eventuais objetivos de redistribuição de recursos para obter mais equidade na sociedade. Assim, corrupção afeta a própria análise de custos e benefícios dessas proposições, distorcendo seus resultados.

¹⁰Uma preocupação a ser considerada é a de surgir uma indústria de denúncias. Contudo, isso pode ser evitado, incluindo-se uma punição para denúncias vazias com o objetivo de difamar as pessoas envolvidas. Esse aspecto é fundamental, pois, se o custo da denúncia for muito baixo e o benefício esperado muito alto, existe uma tendência a se incorrer em excesso de denúncias. No limite, um agente poderia denunciar a todos o tempo todo, com chance de receber o benefício.

¹¹Outro exemplo do impacto de alteração nas regras sobre o comportamento dos agentes, inclusive de forma inesperada, é o experimento conduzido por Gneezy e Rustichini (2000). Os autores programaram um experimento em uma creche de Israel, a qual sofria com o problema de atrasos dos pais ao buscarem seus filhos ao final do dia. A creche comunicou aos pais que seria aplicada uma multa àqueles que buscassem seus filhos após o horário estabelecido em contrato. O resultado, ao contrário do esperado, foi que os atrasos se tornaram mais frequentes.

Y. (2006) discutem dois vieses cognitivos denominados de pessimismo e projeção. O viés do pessimismo evidencia que os agentes tendem a superestimar a violação das normas sociais pelas outras pessoas. O viés da projeção (conhecido como viés do falso consenso) se refere à tendência dos agentes a acreditar que as outras pessoas agem da mesma maneira que eles. Esses vieses sugerem que muitas denúncias podem ser vazias e não levar a nada. Na realidade, depende muito das pessoas que realizam as denúncias, de seus vieses e de como esses interagem entre si¹².

Como, então, desenhar leis e mecanismos de incentivo que gerem “equilíbrios bons”¹³? De acordo com a teoria do Ponto Focal da Conformidade Legal (*Focal Point Theory of Legal Compliance*), as leis podem ser usadas para coordenar expectativas em um equilíbrio benéfico para a sociedade (MCADAMS, 2000; MCADAMS; NADLER, 2005).

A lei pode ser vista como uma ferramenta para facilitar a cooperação entre os indivíduos de uma sociedade. As sanções legais alteram a estrutura de incentivos de modo a que os agentes entrem em arranjos que sejam ótimos no sentido de Pareto. Outro efeito importante da lei é facilitar a coordenação. A lei, ao ser anun-

ciada, se torna informação comum e alinha, em algum grau, o comportamento dos agentes com as expectativas do governo. Dessa forma, já começa a ocorrer alguma conformidade com a lei, independentemente da ameaça de sanções que possam advir da nova lei. A lei tem o potencial de influenciar o comportamento dos agentes construindo um ponto focal. McAdams (2000) utiliza um experimento para evidenciar esse efeito.

Em geral, para que se maximize o bem-estar da sociedade, as proposições legislativas e as políticas públicas devem passar por uma análise de custo-benefício. A seguir essa análise é apresentada.

4. Análise de custo-benefício

O Decreto Federal nº 4.176, de 28 de março de 2002, “estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências” (BRASIL, 2012).

Em seu anexo, o decreto apresenta questões que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo. O texto é claro em enfatizar a importância de se realizar uma análise de custo-benefício para se avaliar a pertinência dos projetos de atos normativos. Em particular, busca-se avaliar diferentes alternativas para que a de melhor custo-benefício seja efetivamente introduzida.

A análise de custo-benefício pressupõe a confrontação de *todos os custos e benefícios* gerados pela introdução da norma legal. Assume-se que os custos agregados gerados pela política pública ou norma legal sejam iguais a Ct , onde t representa o instante de tempo em que se incorre nesses custos. Da mesma forma, os benefícios gerados pela medida são dados por

¹²Nesse caso, se a recompensa pela denúncia for suficientemente alta, é possível que o número de denúncias se eleve demasiadamente gerando custos elevados para os órgãos de controle. Em cada caso de denúncia, os órgãos de controle precisam abrir uma sindicância, avaliar se de fato a denúncia procede, calcular os valores envolvidos e assim por diante. Para levar adiante um processo, faz-se necessário avaliar os custos e benefícios envolvidos. Não apenas os diretos, mas também os indiretos – para a sociedade, o efeito de perceber que determinados desvios de conduta não são toleráveis pode ser extremamente benéfico.

¹³Embora a teoria econômica seja extremamente útil para pensar como os agentes levam custos e benefícios em consideração na tomada de decisão, existe uma série de parâmetros que precisam ser definidos – por exemplo, os valores das recompensas. São necessários experimentos (randomizados controlados) para calibrar esses parâmetros de forma a maximizar o bem-estar para a sociedade. Voltaremos a esse ponto mais adiante, quando os experimentos forem mais bem detalhados.

B_t . Esses custos e benefícios ocorrem em instantes distintos do tempo e, para avaliar se os benefícios compensam os custos, calcula-se o valor presente dos benefícios líquidos descontados no tempo (VPBL):

$$VPBL = \sum_{t=0}^N \frac{B_t - C_t}{(1+i)^t}$$

Sempre que o valor presente dos benefícios líquidos é positivo, a soma dos benefícios é maior que a soma dos custos, e a política pública gera valor para a sociedade. A variável “ i ” é a taxa de desconto intertemporal. Da mesma forma, esse raciocínio pode ser estendido a proposições legislativas.

O critério do custo-benefício pode ser visto como uma análise de eficiência *a la* Kaldor-Hicks. Os benefícios e custos sociais correspondem à agregação dos benefícios e custos dos indivíduos que são afetados pela política.

Em geral, a taxa de desconto dá uma ideia do grau de impaciência dos agentes em uma economia. Por exemplo, assume-se que existem duas gerações. Uma geração que vive em $t=0$, e a próxima geração que viverá em $t=1$. A política gera custos em $t=0$ (agora) e benefícios apenas no futuro $t=1$ (próxima geração). O VPBL é dado por

$$VPBL = C_0 + \frac{B_1}{(1+i)^1}$$

Fica claro, nesse exemplo, que a taxa de desconto exerce papel fundamental no resultado. Pode-se pensar, de maneira simplificada, o caso de uma política cujo objetivo seja melhorar a qualidade do ar das cidades para a próxima geração e que implica criar uma série de restrições às empresas poluidoras neste momento, impondo custos para a geração presente.

Considerando que o custo dessa política seja de R\$1,00 e o benefício gerado para a próxima geração seja de R\$1,10, o que vai determinar a viabilidade dessa política, do ponto de vista da análise de custo-benefício, é a taxa de desconto. Caso a taxa de desconto seja menor que 10% durante esse período, então o VPBL será positivo, e os benefícios compensam os custos. Se a taxa for maior que 10%, o VPBL será negativo.

Ainda, a determinação dos benefícios futuros pode não ser tarefa trivial. Na realidade, pode-se ter uma distribuição de probabilidades associada a possíveis benefícios. Não obstante, é possível determinar nesse caso qual o valor esperado dos benefícios líquidos, usando, por

exemplo, a construção de cenários¹⁴. Caso existam duas possibilidades para os benefícios futuros da próxima geração B1 e B2 e probabilidades associadas a cada um desses benefícios, pode-se calcular o valor esperado dos benefícios líquidos como sendo

$$E[VPBL] = p_1 \times VPBL_1 + p_2 \times VPBL_2$$

onde p_1 e p_2 são as probabilidades de incorrer nos benefícios B1 e B2, respectivamente

$$VPBL_1 = C_0 + \frac{B_1}{(1+i)^1}$$

e

$$VPBL_2 = C_0 + \frac{B_2}{(1+i)^1}$$

Cumprе ressaltar que políticas públicas e proposições legislativas que passam pelo teste do custo-benefício aumentam a massa de riqueza da economia. Isso, obviamente, interessa a todos os segmentos da sociedade (Frank, 2001).

Sunstein (2013) defende o uso da análise de custo-benefício como uma forma de assegurar, de modo mais eficaz, a definição de prioridades e superar possíveis obstáculos à regulação desejável (mais eficiente).

Um problema é que as políticas públicas podem gerar conflitos distributivos por gerar ganhos líquidos para determinados setores da população e perdas líquidas para outros setores. Nesse sentido, embora a adoção da política ou a aprovação da proposição legislativa sejam eficientes no sentido de *Kaldor-Hicks*, elas não são eficientes no sentido de *Pareto*. Nesse caso, é possível adotar medidas compensatórias para que os setores mais desfavorecidos sejam compensados pelas suas perdas.

Uma crítica importante à análise de custo-benefício é que ela pode implicar redistribuição de recursos na economia. Assim, pode-se dizer

¹⁴Para lidar com a incerteza nos custos e benefícios potenciais de políticas públicas e proposições, pode-se utilizar análise de cenários (árvores de decisão) para avaliar se os benefícios líquidos para a sociedade serão positivos em todos ou pelo menos nos cenários mais prováveis. No caso de termos um grande número de cenários, fica muito difícil implementar esse tipo de metodologia e uma análise de Simulação de Monte Carlo pode ser realizada. Nesse caso, constrói-se uma distribuição de resultados possíveis e avalia-se quais as chances da política ou proposição trazerem benefícios líquidos. A Simulação de Monte Carlo é extremamente útil quando temos muitas variáveis com incertezas significativas. Veja a discussão do anexo 4 do *The Green Book* (2011).

que, em geral, projetos de lei e políticas públicas geram efeitos redistributivos. Em geral, utiliza-se a eficiência de Kaldor-Hicks para avaliar se a proposição traz mais benefícios que custos para a sociedade.

No caso de uma proposição que é eficiente no sentido de Kaldor-Hicks, os benefícios são maiores que os custos para a sociedade. Assim, embora possa haver grupos que percam com a proposição, seria possível, em tese, compensar os perdedores de modo a que todos saiam ganhando (compensação hicksiana). Esse raciocínio sugere que a proposição deveria ser implementada, mesmo que a compensação não seja de fato realizada. Na realidade, em muitas situações, é impraticável introduzir essa compensação.

Esse problema nos remete ao argumento de Arrow (1963) de que qualquer função de escolha de bem-estar social baseada em preferências individuais deveria possuir a característica de ser independente de alternativas irrelevantes. Assim, se essa compensação hicksiana não será implementada com alta probabilidade, ela pode ser considerada uma alternativa irrelevante e não deveria ser levada em consideração.

Como então introduzir questões distributivas em uma análise de custo-benefício? Brent (2009) responde a essa questão utilizando um sistema de ponderação. Por exemplo: suponha que existam duas populações que serão afetadas pela proposição. De um lado, temos pessoas mais carentes (P) e, de outro, pessoas mais abastadas (R). Assuma que a renda de cada um desses grupos seja dada por YP e YR, respectivamente. Temos que a renda total da economia será dada por $W = YP + YR$. Assim, mudanças na renda são denotadas por $\Delta W = \Delta YP + \Delta YR$, onde Δ denota variação. Podemos assumir que a proposição aumente a renda do grupo de pessoas carentes. Os benefícios B são dados por $B = \Delta YP$. Ao mesmo tempo, a renda

do grupo R cai em função da proposição. Nesse caso, os custos da proposição podem ser dados por $C = \Delta YR$.

A análise de custo-benefício simples utiliza o critério $\Delta W = B - C$ para decidir se a proposição traz benefícios líquidos para a sociedade. Na realidade, agora temos que $\Delta W = B - C = \Delta YP - \Delta YR$. Podemos definir os pesos para cada grupo como sendo aP e aR , e a variação da renda seria dada por

$$\Delta W = aP B - aR C = aP \Delta YP - aR \Delta YR,$$

onde os pesos aP e aR denotam a utilidade marginal social da renda para cada um dos grupos¹⁵. Vale dizer $aP > aR$, pois o grupo P dá mais valor a ganhos incrementais de renda do que o grupo R (hipótese de utilidade marginal social da renda decrescente).

Nesse caso, a análise de custo-benefício tem dois objetivos primordiais: 1) alcançar a eficiência analisando todos os custos e benefícios, e 2) maior igualdade – que seria alcançada dando pesos diferentes aos grupos que são afetados pelas medidas. Esse tipo de análise pode ajudar a justificar proposições que transfiram renda de um grupo mais abastado para outro mais carente.

No *The Green Book* (2011) do Reino Unido, temos uma primeira aplicação desse tipo de análise de custo-benefício. Ele propõe que se use como peso a razão entre a renda das famílias e a renda mediana. Assim, famílias com renda mais baixa teriam ponderação maior, enquanto famílias mais abastadas teriam ponderação menor.

Brent (2009) analisa essa metodologia de ponderação e argumenta que as ponderações podem se alterar ao longo do tempo, à medida que a distribuição de renda se altera. Assim,

¹⁵ A utilidade marginal da renda corresponde ao acréscimo de utilidade para cada unidade a mais de renda.

é importante não apenas determinar a renda relativa em determinado instante do tempo para construir as ponderações, mas também avaliar como essas podem se alterar dinamicamente no tempo.

Exemplos concretos do uso da análise de custo-benefício são: 1) área da saúde (ZWEIFEL; TELSER, 2009); 2) tratamento de abuso de uso de entorpecentes (CARTWRIGHT, 2009); 3) avaliação de transportes (NASH; LAIRD, 2009); 4) projetos ambientais (BRENT; THEMELI, 2009); 5) regulação financeira (HONOHAN, 2009); 6) mercado de trabalho (CAMPOLIETI; GUNDERSON, 2009); 7) políticas educacionais (JIMENEZ; PATRINOS, 2009).

Um aspecto relevante da análise de custo-benefício é que podem existir outros objetivos para as proposições ou políticas públicas, além da busca da eficiência e equidade. Nesse sentido, a análise de custo-benefício é um elemento importante, mas não necessariamente deve ser visto como exclusivo. O princípio-chave é o de que todos os custos e benefícios devem ser levados em conta. Se não for possível quantificá-los, deve-se ao menos explicitá-los e descrevê-los tão bem quanto possível. Assim, as decisões a serem tomadas pelos formuladores de políticas serão mais bem informadas.

4.1. Valoração Contingencial

A análise de custo-benefício recebe uma série de críticas de acadêmicos e formuladores de políticas. Frank (2001) discute essas críticas e rebate uma a uma, evidenciando que é uma metodologia que ajuda o processo de tomada de decisão de forma consistente. Uma das maiores dificuldades é construir medidas dos benefícios e custos de uma política pública ou proposição legislativa¹⁶.

Uma metodologia bastante utilizada para calcular os benefícios é conhecida como valoração contingencial. Este método emprega *surveys* para medir a disposição para pagar ou receber¹⁷.

A valoração contingencial é bastante utilizada para valorar benefícios e custos ao se introduzirem políticas públicas ou normas legais que envolvem bens que não possuem valor de mercado. Por exemplo, é possível estimar o valor que a sociedade atribui à conservação ou construção de parques, estradas, infraestrutura de saneamento, hospitais, entre outros (ALVAREZ-FARIZO; HANLEY, 2006; CAMERON; CARSON, 1990; DIAMOND; HAUSMAN, 1994; MITCHELL; CARSON, 1989).

¹⁶ Veja ainda Sen (2001), Adler e Posner (2001) e Sunstein (2001) para uma discussão dos limites e aplicações da análise de custo-benefício.

¹⁷ Faria et al. (2007) discutem aplicações do método de valoração contingencial e como aprimorá-lo usando *surveys* que incluem duas etapas. Usando técnicas de simulação de Monte Carlo, os autores mostram que é possível obter resultados mais eficientes.

Um dos problemas dessa metodologia é que os agentes econômicos têm um viés conhecido como aversão às perdas (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979, 1984)¹⁸. Em geral, o sofrimento causado pela perda de uma determinada quantia de dinheiro é bem maior que o prazer de ganhar a mesma quantia de dinheiro. Nesse caso, existem distinções importantes entre a disposição para pagar e a disposição para receber. Na realidade, dependendo de como o *survey* é apresentado, é possível chegar a valores muito díspares entre si.

4.2. Modelos hedônicos de apreçamento

Uma alternativa para inferir os custos e benefícios de políticas públicas ou proposições legislativas é a utilização de modelos hedônicos de apreçamento. Os valores podem ser inferidos utilizando-se o comportamento observável do mercado.

Por exemplo, suponha que o objetivo é medir quanto vale a redução de ruído em determinada localidade ou mesmo o aumento em segurança naquela localidade. Nesse caso, para avaliar os benefícios de políticas de redução de ruído e aumento de segurança, comparam-se preços de residências em diferentes áreas com níveis de ruído e segurança, controlando-se outros fatores que possam explicar a diferença dos preços desses imóveis¹⁹.

A aplicação dessa metodologia deve ser feita com cuidado, pois em geral os agentes econômicos se importam com sua renda relativa. O foco no consumo relativo pode gerar uma série de vieses nas decisões dos agentes econômicos, distorcendo os resultados advindos de métodos de avaliação hedônica. Frank (2001) sugere que é possível mitigar o efeito desses vieses usando ajustes como o de Praag e Kapteyn (1973).

4.3. Taxas de desconto

As preferências individuais no tempo podem ser mensuradas pelas taxas de juros da economia. As taxas de desconto representam uma recompensa pelo adiamento de consumo presente, propiciando maior consumo

¹⁸ Os trabalhos seminais de Kahneman e Tversky (1979, 1984) e Tversky e Kahneman (1981) deram origem ao ramo da Economia conhecido como Economia Comportamental. A partir das descobertas desses autores, sabe-se que as respostas obtidas em *surveys* podem estar contaminadas por uma série de vieses cognitivos. Dessa forma, o desenho desses *surveys* e a utilização dos seus resultados devem ser realizados com bastante cuidado.

¹⁹ A ideia é comparar os preços de mercado praticados em diferentes localidades. Se os preços residenciais, em média, em localidades com maior segurança são 30% maiores, para valores médios de residência na faixa dos R\$100.000,00, podemos inferir que maior segurança tem benefício de R\$30.000,00 por residência (em média).

futuro. A taxa de desconto da sociedade, então, é a taxa segundo a qual a sociedade compara o presente com o futuro. Taxas de desconto altas implicam que a sociedade dá mais valor ao presente em detrimento do futuro.

A taxa de desconto utilizada no processo de decisão na análise de custo e benefício de políticas públicas deve refletir o custo de oportunidade da sociedade. Ela reflete o grau de impaciência da sociedade. Caso as taxas de desconto sejam elevadas (alto grau de impaciência), então políticas que geram benefícios no curto prazo são preferidas a projetos de mais longo prazo.

O *The Green Book* (2011) discute como construir as taxas de desconto a serem utilizadas na avaliação de custo-benefício de políticas públicas. Em particular, recomenda que, no caso de propostas que tenham impactos de longo prazo, sejam utilizadas taxas de desconto decrescentes no tempo, em virtude da incerteza sobre o futuro (WEITZMAN, 2001; GOLLIER, 2002).

A pesquisa moderna em economia comportamental busca avaliar essas taxas de desconto por meio de experimentos econômicos. Em geral, os resultados sugerem que os agentes econômicos têm taxas de desconto que são conhecidas como “hiperbólicas”²⁰. Essas taxas são mais altas que as taxas de desconto que seria possível inferir de agentes puramente racionais e denotam um alto grau de impaciência. Nesse caso, o futuro tem peso pequeno comparado ao presente. Essas taxas são utilizadas para explicar, por exemplo, por que as taxas de criminalidade podem ser mais altas do que o sugerido pela teoria econômica (GAROUPA, 2009)²¹.

²⁰ Veja Harris e Laibson (2001), Laibson (1997), Read (2001), Azfar (1999) e Frederick, Loewenstein e O'Donoghue (2002) para uma discussão das taxas de desconto hiperbólicas.

²¹ A teoria econômica do crime sugere que os criminosos levam em consideração custos e benefícios para

As considerações expostas até o momento sugerem que é importante levar em consideração eventuais *vieses cognitivos* ao se efetuar uma análise dos potenciais custos e benefícios de normas legais e políticas públicas. Assim, uma introdução à Análise do Direito Econômico Comportamental e seus desdobramentos é fundamental.

5. Análise Econômica do Direito Comportamental

A Análise Econômica do Direito (AED) parte da premissa de que os agentes econômicos se comportam de forma racional, maximizando seus benefícios líquidos e utilizando toda informação disponível em seu processo de tomada de decisão. Não obstante, uma série de vieses cognitivos tem sido apontada pela economia comportamental (TVERSKY; KAHNEMAN, 1981; KAHNEMAN; TVERSKY, 1979, 1984)²².

Thaler (1996) argumenta que o comportamento dos agentes está limitado por 1) força de vontade limitada – as pessoas têm dificuldade em levar adiante seus planos ou projetos; 2) interesse próprio limitado – os agentes se desviam

escolherem seus níveis ótimos de criminalidade. Nesse caso, ponderam os benefícios imediatos obtidos com a atividade criminal com os possíveis custos futuros. Caso esses agentes tenham taxas de desconto hiperbólicas, então o futuro tem peso pequeno em suas decisões, e a taxa de criminalidade acaba sendo maior do que aquela que seria observada em uma economia em que os agentes agissem de forma racional. A conclusão é que, se a sociedade demora a punir os crimes, então os níveis de criminalidade deveriam aumentar, pois os agentes tendem a minimizar os efeitos da punição e se preocupam apenas com os benefícios. Veja Becker (1968), para uma discussão inicial sobre economia da criminalidade, e Cooter (1984), que mostra a relação entre sanções e preços, e em que casos usar um ou o outro. Ainda, Dusek (2014) mostra, usando evidências empíricas, que, ao acelerar os processos judiciais, foi possível reduzir a criminalidade na República Checa.

²² A teoria comportamental e os vieses cognitivos têm sido introduzidos na discussão de políticas públicas como um aspecto fundamental a ser levado em consideração (BARR; MULLAINATHAN; SHAFIR, 2013; JOLLS, 2013; THALER; SUNSTEIN; BALZ, 2013).

do comportamento maximizador focado em si mesmos; e 3) racionalidade limitada – as pessoas cometem erros de julgamento e tomam decisões que contrastam com a teoria econômica (teoria da utilidade esperada).

Jolls (2013) demonstra como os agentes se desviam da racionalidade da teoria econômica devido a esses vieses e limitações. Um exemplo importante é o da geração de poupança para aposentadoria. Em geral, os agentes poupam menos do que o seu plano de aposentadoria preferido. Nesse caso, embora os agentes tenham interesse em se aposentar com recursos suficientes para garantir uma aposentadoria mais tranquila, a força de vontade limitada leva a maiores gastos durante a fase produtiva da vida, e a poupança formada é insuficiente.

Esses vieses cognitivos levam a decisões que são consideradas ineficientes. Alguns exemplos desses vieses são: 1) influências sociais – quando uma pessoa “A” argumenta em favor de uma política, gera uma externalidade informacional; caso exista pouca informação sobre os efeitos da política, então outro agente “B” pode aderir à opinião inicial de “A”, o que gera um efeito em cascata: um grande grupo de pessoas acaba por aderir à opinião inicial e forma-se um consenso de que a política é boa, quando pode não ser; 2) viés da disponibilidade – as pessoas tendem a acreditar que um evento de que se recordam facilmente é mais provável – do que realmente é – de ocorrer; 3) avaliar apenas custos ou benefícios; caso os *trade-offs* implícitos em políticas públicas não sejam percebidos, por exemplo, os agentes podem avaliar apenas os riscos de determinada política, e não os benefícios. Em todos os casos, os vieses cognitivos levam a tomada de decisão aquém do ótimo e a uma economia ineficiente (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998).

Sunstein (2001) argumenta que a análise de custo-benefício tem como pressupostos centrais a economia comportamental e a psicologia cognitiva. Um dos pontos centrais consiste em que, muitas vezes, ao defender determinada política, por exemplo, o foco recai apenas sobre um ou poucos benefícios e abstrai-se dos custos. Nesse caso, os vieses comportamentais acabam por gerar uma visão parcial do problema, e políticas públicas equivocadas poderiam ser implementadas.

A análise de custo-benefício exige que *todos* os custos e benefícios sejam colocados na tela, ou seja, fiquem acessíveis para análise. Esses custos e benefícios poderiam passar despercebidos à atenção. Nesse caso, ao avaliar o problema de forma mais geral, seria possível transpor obstáculos previsíveis e estabelecer prioridades de forma mais clara.

Na realidade, mesmo que não seja possível, *a priori*, definir os valores exatos dos custos e benefícios, ao se procurar elencar todos os elementos que são importantes na tomada de decisão, já se torna mais eficaz o processo de tomada de decisão. Nesse caso, utiliza-se um maior conjunto

informativa. Isso enriquece o debate e a avaliação posterior das políticas públicas.

Um aspecto relevante a ressaltar é que, por meio de experimentos de campo, é possível testar as políticas públicas e proposições legislativas e avaliar se essas podem de fato produzir os efeitos desejados. Ainda, nos casos em que é difícil calcular custos e benefícios de forma precisa, os experimentos podem gerar um conjunto de dados que podem ser utilizados para avaliar a eficácia dessas políticas e permitem a correção de eventuais vieses cognitivos que possam prejudicar seu impacto e alcance (JOLLS; SUNSTEIN, 2006).

Exemplo importante desses experimentos é uma política “politicamente robusta” implementada no México (*Mexican Seguro Popular de Salud*)²³. King et al. (2007) desenharam um experimento que permite a avaliação dessa política pública. O objetivo era construir um grupo de controle (não sofre a intervenção da política) e outro grupo de tratamento (recebe a intervenção) de forma que, mesmo no caso de perda de observações, as comparações poderiam continuar sendo efetuadas, e a política poderia ser avaliada.

A grande dificuldade na implementação e avaliação de políticas públicas e leis em geral é conseguir *identificar* se a intervenção provocou o efeito desejado ou se esses efeitos não surgiram por força de fatores externos, que fogem ao controle. Ainda, há o problema do *viés de seleção*: aqueles interessados em participar de uma política (sofrer intervenção) são mais motivados a participar do experimento do que aqueles que não demonstraram esse interesse inicialmente.

²³Veja o trabalho de King et al. (2007), que discute o experimento em grande escala e explica em detalhes como implementá-lo para que seja possível avaliar políticas públicas. O principal ponto do artigo é explicitar como desenhar experimentos de políticas em grande escala randomizados que sejam imunes ao *viés de seleção* mesmo no caso de perda de observações ao longo do tempo.

Nesse caso, os benefícios da política pública podem ser superestimados²⁴.

Dessa forma, uma maneira relevante de conduzir experimentos para avaliar se políticas públicas serão eficazes ou não são os experimentos randomizados e controlados (ERC). Nesses experimentos, primeiro definem-se dois grupos: os que devem receber a intervenção e os que não recebem. Em segundo lugar, atribuem-se aleatoriamente pessoas pré-selecionadas a cada um desses grupos. Essa metodologia elimina a possibilidade de fatores externos afetarem os resultados. As diferenças entre os grupos devem advir unicamente das diferenças na intervenção.

Haynes et al. (2012) mostram que os ERC são importantes e devem nortear a condução de políticas públicas. Em particular, elencam que 1) não necessariamente sabemos *ex-ante* se uma política pública (ou norma legal) vai funcionar; 2) os custos com os ERC não devem ser altos, o que tornaria seu uso inviável; 3) existem vantagens éticas no uso dos ERC – eles geram informação de qualidade e ajudam a demonstrar se de fato a intervenção seria aprovada em termos de custo-benefício; e 4) os ERC não precisam ser complicados ou difíceis de conduzir.

Haynes et al. (2012) propõem os seguintes passos-chave para o desenvolvimento dos ERC:

1. identifique duas ou mais políticas para comparar;
2. determine o resultado esperado da política e como será mensurado;
3. decida a unidade de randomização: no nível do indivíduo, do grupo, área geográfica, institucional;
4. determine quantas unidades são necessárias para obter resultados robustos;

²⁴Um exemplo seria uma enquete perguntando à população se é contra ou a favor de determinada matéria. Nesse caso, é possível que, em determinadas situações, votem apenas aqueles que são favoráveis ou desfavoráveis à matéria, gerando um *viés de seleção*.

5. atribua a cada unidade uma política de intervenção utilizando um método de randomização robusto;
6. introduza as políticas de intervenção a cada unidade;
7. mensure os resultados e determine o impacto das políticas de intervenção;
8. *adapte* sua política de intervenção aos achados do experimento;
9. volte ao passo um para melhorar continuamente o entendimento do que realmente funciona.

Assim, a metodologia dos ERC funciona com três fases fundamentais: 1) teste – fase na qual as políticas são implementadas de forma randomizada; 2) aprendizado – fase em que se avaliam os resultados obtidos e se aprende o que funciona e o que não funciona; e 3) adaptação – fase em que se adapta a política para procurar aquela que apresenta melhores resultados²⁵.

Essa metodologia pode ser extremamente útil para pensar as proposições legislativas e políticas públicas de modo geral. Por meio dela, é possível testar se essas devem funcionar, e aprender quais poderiam ser mais eficazes. No caso do combate à corrupção, discutido na seção 3, por exemplo, é possível utilizar essa metodologia para aprender quais normas ou políticas poderiam ser mais eficazes. Como o valor do incentivo pode gerar consequências indesejáveis, é preciso calibrar esse valor, o que poderia ser conseguido por meio dos ERC²⁶.

Em um mundo de recursos escassos, a preocupação com maximizar a relação custo-benefício é um objetivo que deve ser buscado. Portanto, um maior debate dos potenciais custos e benefícios de políticas que são avaliadas por meio de experimentos controlados implica maior qualidade na formulação de normas legais e políticas públicas, propiciando maior bem-estar para a população.

6. Processo legislativo, medidas provisórias e AED

No âmbito do processo legislativo, devem-se discutir as proposições legislativas e as políticas públicas de modo a levar em consideração todos os potenciais benefícios e custos gerados por elas. Esse é um processo que exige certo tempo de maturação e não pode ser realizado às pressas. O Poder Legislativo tem como função fundamental discutir alterações e inovações no ordenamento jurídico, bem como formular políticas pú-

²⁵ Veja também Brooks et al (2008) e BJORNSTAD; AXFORD, 2014.

²⁶ Valores considerados muito altos ou excessivos podem levar a um excesso de denúncias, o que inviabilizaria projetos desse tipo. Por outro lado, valores muito baixos não surtiriam o efeito desejado. Assim, a questão de quais valores seriam “razoáveis” para gerar os incentivos corretos é empírica.

blicas. Além disso, a fiscalização e a avaliação das políticas executadas também podem ser vistas como atribuições de relevância.

Avaliar o Poder Legislativo pelo número de matérias votadas é extremamente simplista. A produção legislativa deve ser avaliada não pela quantidade de matérias votadas, mas sim pela qualidade das discussões e pela eficácia e efetividade dessas inovações em aumentar o bem-estar da sociedade. Dito de outra forma, busca-se a eficiência – produzir mais com menor custo –, mas com qualidade. E a qualidade depende de maior debate e análise dos distintos pontos de vista. Em particular, procura-se uma legislação e políticas públicas que propiciem maior eficiência (*a la* Kaldor-Hicks).

Em alguns casos, quando existe urgência e a matéria é relevante, pode-se usar de ritos acelerados como é o caso das Medidas Provisórias. A Constituição Federal permite o uso das Medidas Provisórias em seu art. 62:

“Art. 62. Em caso de *relevância e urgência*, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.” (grifo nosso)

Para evitar o uso excessivo desse instrumento, a Carta Magna elenca uma série de restrições à elaboração de Medidas Provisórias. Ainda, o trâmite dessas Medidas é acelerado como podemos observar na Carta Magna:

“.....
§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.
§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.
.....”

A utilização excessiva de Medidas Provisórias empobrece o debate legislativo. Ainda, em virtude do trâmite acelerado, essas medidas deveriam vir com uma análise de custo-benefício detalhada para que seja possível não apenas debater as matérias com maior qualidade (maior nível de informação), mas também avaliar *ex-post* a eficácia delas. Por exemplo, o uso de ERC poderia justificar porque determinadas escolhas foram realizadas.

No intento de subsidiar o debate, analisa-se, brevemente, alguns aspectos da recente Medida Provisória nº 651, de 2014, que versa sobre uma série de temas, em particular, de direito tributário.

6.1. Análise de alguns aspectos da Medida Provisória (MPV) nº 651/2014

As empresas, em uma economia, são a força matriz do crescimento. Os investimentos das empresas dependem das fontes de financiamento disponíveis. Em geral, as empresas têm como principais fontes de captação as seguintes opções: 1) lucros retidos de exercícios passados; 2) financiamentos bancários; 3) lançamento de ações; 4) lançamento de debêntures. As pequenas e médias empresas (PME) têm posição mais frágil na economia, pois têm maiores restrições financeiras para impulsionar seu crescimento. Cumpre ressaltar, porém, que o papel das PME é bastante relevante²⁷.

As economias com mercados de capitais – ações e debêntures – desenvolvidos têm menor suscetibilidade a crises. Em eventos de crises, o financiamento bancário cai de forma abrupta – fenômeno conhecido como *credit crunch* –, o que leva a níveis de crescimento da economia ainda menores, piorando a crise. Assim, se o mercado de capitais é desenvolvido, as empresas têm outras fontes de captação e podem substituir mais facilmente a captação de recursos de forma a passar pelos momentos de crise de forma mais amena, inclusive aproveitando eventuais oportunidades e investindo (ALLEN; GALE, 2001).

No caso brasileiro, o mercado de capitais ainda não está suficientemente desenvolvido. O mercado de debêntures é insuficiente para prover os recursos necessários para o crescimento das firmas. Por outro lado, poucas empresas têm capital aberto e podem se beneficiar do lançamento de ações para financiar seus investimentos.

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES – procura financiar empresas a taxas de juros subsidiadas e é uma das fontes de captação importantes de recursos da nossa economia. Contudo, esses recursos são subsidiados e acabam onerando o Tesouro Nacional e as contas públicas. Dessa forma, recursos que poderiam ser destinados para Educação, Saúde e Infraestrutura acabam sendo deslocados para o financiamento de empresas privadas.

Os empréstimos do BNDES são fonte importante de financiamento para as empresas domésticas, pois os financiamentos bancários usuais são

²⁷ De acordo com dados divulgados no Portal Brasil, as micro e pequenas empresas representam 20% do PIB e 60% dos empregos no Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/02/o-mapa-das-micro-e-pequenas-empresas>>. Acesso em: 26 dez. 2014.

caros em virtude dos altos *spreads* bancários praticados no Brasil²⁸. Assim, eles reduzem o custo médio de capital das empresas, possibilitando que desenvolvam atividades em diversos setores da economia.

A dependência de recursos do BNDES e os altos custos de financiamento bancário levam a uma situação ineficiente, que poderia ser evitada se o mercado de capitais fosse mais desenvolvido e as empresas tivessem mais opções de captação. Um aprofundamento do desenvolvimento do mercado de capitais poderia levar a economia a uma situação mais eficiente e a um círculo virtuoso de crescimento.

A MPV nº 651/2014 apresenta, em um de seus artigos, uma alteração que busca incentivar a captação de recursos por empresas de pequeno e médio porte (PME):

“Art. 16. Fica isento de imposto sobre a renda o ganho de capital auferido por pessoa física, até 31 de dezembro de 2023, na alienação, realizada no mercado à vista de bolsas de valores, de ações que tenham sido emitidas por companhias que, cumulativamente:

I – tenham as suas ações admitidas à negociação em segmento especial, instituído por bolsa de valores, que assegure, através de vínculo contratual entre a bolsa e o emissor, práticas diferenciadas de governança corporativa, contemplando, no mínimo, a obrigatoriedade de cumprimento das seguintes regras:

- a) realização de oferta pública de aquisição de ações – OPA, a valor econômico estabelecido em laudo de avaliação, em caso de saída da companhia do segmento especial;
- b) resolução de conflitos societários por meio de arbitragem;
- c) realização de oferta pública de aquisição para todas as ações em caso de alienação do controle da companhia, pelo mesmo valor e nas mesmas condições ofertadas ao acionista controlador (*tag along*); e
- d) previsão expressa no estatuto social da companhia de que seu capital social seja dividido exclusivamente em ações ordinárias;

II – tenham valor de mercado inferior a R\$ 700.000.000,00 (setecentos milhões de reais):

- a) na data da oferta pública inicial de ações da companhia, para as companhias de capital fechado na data de publicação desta Medida Provisória;
- b) na data de publicação desta Medida Provisória, para as ações das companhias que já tenham efetuado oferta pública inicial de ações na data de publicação desta Medida Provisória; ou
- c) na data da oferta pública de ações subsequente, para as companhias já enquadradas nos casos a que se referem as alíneas “a” e “b”;

²⁸ O Relatório de Economia Bancária e Crédito de 2012, do Banco Central, apresenta a decomposição do *spread* bancário e sua evolução.

III – tenham receita bruta anual inferior a R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), apurada em balanço consolidado, no exercício social imediatamente anterior ao da:

- a) data da oferta pública inicial de ações da companhia, para as companhias de capital fechado na data de publicação desta Medida Provisória;
- b) data de publicação desta Medida Provisória, para as ações das companhias que já tenham efetuado oferta pública inicial de ações na data de publicação desta Medida Provisória; ou
- c) data da oferta pública de ações subsequente, para as companhias já enquadradas nos casos a que se referem as alíneas “a” e “b”; e

IV – verifique-se distribuição primária correspondente a, no mínimo, 67% (sessenta e sete por cento) do volume total de ações de emissão pela companhia:

- a) na oferta pública inicial de ações de emissão da companhia, para as companhias de capital fechado a partir da data de publicação desta Medida Provisória;
- b) na oferta pública inicial de ações de emissão da companhia, para as companhias de capital aberto na data de publicação desta Medida Provisória; e
- c) caso exista, na oferta pública de ações subsequente, realizada a partir da data de publicação desta Medida Provisória” (BRASIL, 2014).

Uma análise de custo-benefício dessa medida deve procurar avaliar se com ela o objetivo será alcançado e quais são seus custos e benefícios potenciais para todos os envolvidos. Na exposição de motivos da MPV nº 651/2014, lemos que o objetivo da medida é “incentivar a capitalização dessas empresas, produzindo efeitos positivos sobre a atividade econômica e o nível de emprego”.

Esse artigo da MPV propõe, então, “alterações em dispositivos da legislação tributária de forma a isentar de imposto sobre a renda o ganho de capital na alienação de ações emitidas dentro do programa de incentivo à captação de recursos por essas empresas, inclusive em fundos de investimentos constituídos com essas ações” (BRASIL, 2014).

A exposição de motivos apresenta alguns dos benefícios potenciais que podem advir da medida:

- i. cria condições mais atrativas para aquisição de ações de PME pelos investidores;
- ii. viabiliza a captação de recursos em bolsa de valores e consequentemente novos investimentos de PME;
- iii. amplia a base de investidores;
- iv. proporciona forte estímulo à capitalização daquelas companhias, produzindo efeitos positivos sobre a atividade econômica, o nível de emprego e a arrecadação de outros tributos;

v. espera-se que as empresas elegíveis adotem rigorosos padrões de governança e, dessa forma, haja uma alocação mais eficiente dos novos investimentos; e

vi. aumenta a liquidez das referidas ações, reduzindo o prêmio por liquidez e, por conseguinte, o custo de capital das empresas.

Embora a exposição de motivos apresente alguns dos benefícios potenciais dessa alteração *não é realizada uma análise de custo-benefício abrangente*. Quais custos essa medida pode trazer para a sociedade? Um primeiro custo é a queda na arrecadação do imposto. Como consequência, alguma estimativa do tamanho da perda de arrecadação deveria estar incluída na exposição de motivos. Ainda, em matéria veiculada no Valor Econômico em 14/07/2014, consta que a medida deve afetar apenas sete empresas já listadas em bolsa (TORRES, 2014). O problema é que os itens I-IV, dispostos no artigo 16, são difíceis de serem cumpridos.

A medida é claramente salutar, pois incentiva a formação de uma base de investidores em ações de PME, o que impulsionaria a abertura do capital de novas empresas. Não obstante, as exigências nos itens I-IV parecem bastante restritivas e poderiam ser flexibilizadas de modo a aumentar o impacto da MPV. Caberia, nesse caso, uma análise de custo-benefício para se avaliar como alterar esses itens de modo a maximizar o impacto potencial da medida²⁹.

Um aspecto importante é que, de acordo com o *viés da disponibilidade (availability bias)*, a maioria dos investidores, ao avaliar se compram ações, acabam focando nas empresas que são mais conhecidas. Esse viés acaba por privilegiar empresas grandes que têm mais acesso à mídia e estão mais expostas. Assim, um incentivo por meio da redução de impostos para as PME estimula os investidores a considerarem

esse tipo de empresa ao tomarem suas decisões, o que gera um efeito contrário ao viés, em linha com Jolls e Sunstein (2006).

Huberman (2001) analisa investimentos em ações e mostra que a maioria das pessoas investe em ações de empresas com as quais tem familiaridade, negligenciando as prescrições da teoria do portfólio de avaliar a relação retorno-risco. Dessa forma, a evidência empírica sugere que o efeito esperado desse tipo de medida pode ser bastante limitado e que não necessariamente a base de investidores será ampliada de forma significativa. O foco deveria ser criar as melhores condições para incentivar as PME a abrir o capital.

Vale ressaltar que muitas PME acabam não entrando no mercado de capitais devido a uma série de exigências que geram altos custos. Assim, a MPV nº 651/2014 propõe que as publicações das referidas companhias possam ser realizadas tão somente por meio da página na rede mundial de computadores da administradora do mercado em que as ações da companhia estiverem admitidas a negociação, durante o período em que tais companhias fizerem jus ao benefício. Nesse sentido, há redução dos custos associados à abertura de capital.

A MPV nº 651/2014 objetiva fomentar a abertura de capital de PME por meio desses instrumentos. Contudo, uma questão relevante para as PME é que a abertura de capital implica fornecer informações sobre suas estratégias de negócios e seus resultados para seus concorrentes que não estão sujeitos ao mesmo nível de exigência. Nesse sentido, uma forma de ampliar o efeito desses instrumentos na MPV seria aumentar as exigências de fornecimento de informações para as empresas de capital fechado. Nesse caso, o custo adicional (marginal) para as empresas abrirem seu capital seria bem menor, e essa opção seria bem mais atraente.

²⁹ Veja ainda Torres e Tuon (2014).

Alguns instrumentos da MPV podem beneficiar as PME e fomentar um maior desenvolvimento do mercado de capitais. Não obstante, esses instrumentos podem ser aprimorados de forma a aumentar os benefícios potenciais para o setor privado.

7. Considerações finais

A Análise Econômica do Direito fornece terreno fértil para uma discussão mais técnica de proposições legislativas e políticas públicas em geral. O objetivo de inovações ou alterações na ordenação jurídica deve ser maximizar o bem-estar da sociedade – provocar aumento da eficiência.

O debate dessas proposições implica levantar todos os potenciais custos e benefícios das proposições e políticas. O caso das Medidas Provisórias representa um retrocesso devido ao seu grande uso e ao trâmite acelerado, o que prejudica uma discussão mais aprofundada.

O uso de Experimentos Randomizados Controlados evidenciando quais políticas públicas ou normas legais têm melhor relação custo-benefício pode ser extremamente salutar para aprimorar o desenho das proposições legislativas e das políticas públicas em geral. Finalmente, levar em consideração como os agentes respondem a incentivos, usando a Análise Econômica do Direito Comportamental, pode ser extremamente útil para aprimorar esse processo.

Referências

- ADLER, M. D.; POSNER, E.A. Implementing cost-benefit analysis when preferences are distorted. In: ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. (Ed.). *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.
- ALLEN, H.F.; GALE, D. *Comparing Financial Systems*. US: The MIT Press, 2011.
- ALVAREZ-FARIZO, B.; HANLEY, N. Improving the process of valuing non-market benefits: combining citizens' juries with choice modelling. *Land Economics* v. 82, n. 3, p. 465-478, 2006.
- ARROW, K. J. *Social Choice and Individual Values*. New York: John Wiley & Sons, 1963.
- AZFAR, O. Rationalizing Hyperbolic Discounting. *Journal of Economic Behavior and Organization*, n. 38, 245-252, 1999.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Economia Bancária e Crédito* [2012]. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?id=SPREAD&ano=2012>>. Acesso em: 24 dez. 2014.
- BARR, M.S.; MULLAINATHAN, S.; SHAFIR, E. Behaviorally informed regulation. In: Shafir. (Ed.) *The Behavioral Foundations of Public Policy*. U.S.: Princeton University Press, p. 440-461, 2013.

BECKER, G. S. Crime and punishment: An economic approach. *Journal of Political Economics* n. 76, p. 169-217, 1968.

BJORNSTAD, G.; AXFORD, N. Investing in Children. *The social research unit*, Dartington, [21 april 2014]. Disponível em: <<http://www.dartington.org.uk/investinginchildren>>. Acesso em: 24 dez. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 dez. 2014.

_____. Decreto n. 4.176, de 28 de março de 2002. *Diário Oficial da União*, 1^a abr. 2002.

_____. Medida Provisória n. 651, de 9 de julho de 2014. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jul. 2014.

_____. Mapa das pequenas e micro empresas. *Portal Brasil*, 2 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/02/o-mapa-das-micro-e-pequenas-empresas>>. Acesso em: 26 dez. 2014.

BRENT, R.J. *Handbook of Research on Cost-Benefit Analysis*. U.S.: Edward Elgar, 2009. p. 143-160.

BRENT, R.J.; THEMELI, B. Cost-benefit analysis of environmental projects and the role of distributional weights. In: BRENT, R.J. (Ed.) *Handbook of Research on Cost-Benefit Analysis*. U.S.: Edward Elgar, 2009. p. 143-160.

BROOKS, G. et al. Randomised controlled trial of incentives to improve attendance at adult literacy classes. *Oxford Review of Education*, v. 34, n. 5, p. 493-504, oct. 2008.

BUGARIN, M.; VIEIRA, L. Benefit sharing: An incentive mechanism for social control of government expenditure. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 48, 673-690, 2008.

BUGARIN, M. Ética & incentivos: o que diz a Teoria Econômica sobre recompensar quem denuncia a corrupção? *Economics and Politics Working Paper*, n. 30, 2013.

CALABRESI, G. *The Costs of Accidents*. New Haven, CT: Yale University Press, 1970.

CAMERER, C.; TALLEY, E. Experimental Law and Economics. In: M. POLINSKY; SHAVELL (Ed.). *Handbook of Law and Economics*, Amsterdam, 2007. p. 1621-50.

CAMERON, R.; CARSON, R. Using surveys to value public goods: the contingent valuation method. *Journal of Economic Literature*, n. 28, p. 1200-1201, 1990.

CAMPOLIETI, M; GUNDERSON, M. Cost-benefit analysis applied to labour market programmes. In: BRENT, R.J. (Ed.) *Handbook of Research on Cost-Benefit Analysis*. U.S.: Edward Elgar, 2009. p. 161-184.

CARTWRIGHT, W.S. Cost-benefit analysis of drug abuse treatment. In: BRENT, R.J. (Ed.) *Handbook of Research on Cost-Benefit Analysis*. U.S.: Edward Elgar, 2009. p. 55-83.

COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, n. 1, p. 1-44, 1960.

COOTER, R. D. Prices and Sanctions. *Columbia Law Review*, n. 84, p. 1523-1560, 1984.

COOTER, R. D.; FELDMAN, M.; FELDMAN, Y. *The misperception of norms: the psychology of bias and economics of equilibrium*. 2006. [Mimeo].

COOTER, R. D.; ULEN, T. S. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIAMOND, P. A.; HAUSMAN, J. A. Contingent valuation: is some number better than no number. *Journal of Economic Perspectives*, v. 8, n. 4, p. 45-64, 1994.

DUSEK, L. Time to punishment: The effects of a shorter criminal procedure on crime rates. *International Review of Law and Economics*, [2014]. No prelo.

FARIA, C. R. et al. Realism Versus Statistical Efficiency: A Note on Contingent Valuation with Follow-up Queries. *Atlantic Economic Journal*, n. 35, p. 451-462, 2007.

- FRANK, R.H. Why is cost-benefit so controversial? In: MATTHEW, A.; POSNER, E. (Ed.) *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.
- FREDERICK, S.; LOEWENSTEIN, G.; O'DONOGHUE, T. Time discounting and time preference: a critical review. *Journal of Economic Literature*, n. 40, p. 351-401, 2002.
- GAROUPA, N. *Criminal Law and Economics*. U.K.: Edward Elgar: 2009.
- GICO JUNIOR, I. T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, n. 1, 7-33, 2010.
- GNEEZY, U.; RUSTICHINI, A. A fine is a price. *Journal of Legal Studies*, n. 29, 1-17, 2000.
- GOLLIER, C. *Time Horizon and the Discount Rate*. Toulouse: IDEI/University of Toulouse, 2002. [Mimeo].
- HARRIS, C.; LAIBSON, D. Dynamic choices of hyperbolic consumers. *Econometrica* n. 69, p. 935-957, 2001.
- HAYNES, L. et al. *Test, Learn, Adapt: Developing Public Policy with Randomised Controlled Trials*. U.K.: Cabinet Office Behavioural Insights Team, 2012.
- HONOHAN, P. Can Cost-Benefit Analysis Of Financial Regulation Be Made Credible? In: BRENT, R.J. (Ed.) *Handbook of Research on Cost-Benefit Analysis*. U.S.: Edward Elgar, 2009. p. 226-246.
- HUBERMAN, G. Familiarity breeds investment. *Review of Financial Studies*, v. 14, n. 3, p. 659-680, 2001.
- JIMENEZ, E.; PATRINOS, H.A. Can Cost-Benefit Analysis Guide Education Policy In Developing Countries? In: BRENT, R.J. (Ed.) *Handbook of Research on Cost-Benefit Analysis*. U.S.: Edward Elgar, 2009. p. 84-109.
- JOLLS, C. Behavioral Economic Analysis of Employment Law. In: SHAFIR. (Ed.) *The Behavioral Foundations of Public Policy*. U.S.: Princeton University Press, 2013. p. 264-280.
- JOLLS, C.; SUNSTEIN, C.R. Debiasing through Law. *Journal of Legal Studies*, n. 35, 199-241, 2006.
- JOLLS, C., SUNSTEIN, C. R., THALER, R. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, n. 50, p. 1471-1550, 1998.
- KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Prospect theory: An analysis of decisions under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, 1979.
- KAHNEMAN, D., TVERSKY, A. Choices, values, and frames. *American Psychologist*, n. 39, p. 341-350, 1984.
- KING, G. et al. A "Politically robust" experimental design for public policy evaluation, with application to the Mexican Universal Health Insurance Program. *Journal of Policy Analysis and Management*, n. 26, p. 479-506, 2007.
- KOROBKIN, R.; ULEN, T. Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics. *California Law Review*, n. 88, p. 1051-1144, 2000.
- LAIBSON, D. Golden eggs and hyperbolic discounting. *Quarterly Journal of Economics*, v. 112, n. 2, p. 443-477, 1997.
- MCADAMS, R.H. A focal point theory of expressive law. *Virginia Law Rev*, n. 86, 1649-1729, 2000.
- MCADAMS, R.; NADLER, J. Testing the focal point theory of legal compliance: the effect of a third-party expression in an experimental hawk/dove game. *Journal of Empirical Legal Studies*, n. 2, p. 87-123, 2005.
- MITCHELL, R. C.; CARSON, R. T. *Using Surveys to Value Public Goods: The Contingent Valuation Method*. Washington, D. C.: Resources for the Future, 1989.

- MUNGO, M.C. A behavioral justification for escalating punishment schemes. *International Review of Law and Economics*, n. 37, p. 189-197, 2014.
- NASH, C.; LAIRD, J. Cost-benefit analysis in transport: recent developments in rail project appraisal in Britain. In: BRENT, R.J. (Ed.) *Handbook of Research on Cost-Benefit Analysis*. U.S.: Edward Elgar, 2009. p. 110-142.
- OLIVEIRA, L. H. S. Análise de Juridicidade de Proposições Legislativas. *Textos para Discussão do Senado Federal*, n. 151, 2014.
- PRAAG, B. M. S.; KAPTEYN, A. Further evidence on the individual welfare function of income. *European Economic Review*, n. 4, 33-62, 1973.
- PORTO, A. J. M.; THEVENARD, L. Análise Econômica da Função Social dos Contratos: Críticas e aprofundamentos. *Economic Analysis of Law Review*, n. 1, 192-209, 2010.
- POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007.
- READ, D. Is time-discounting hyperbolic or subadditive?. *Journal of Risk and Uncertainty*, v. 23, n. 1, p. 5-32, 2001.
- SEN, A. The discipline of cost benefit analysis. In: ADLER, MATTHEW D.; POSNER, ERIC A. (Ed.) *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.
- SHAVELL, S. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University, 2004.
- SUNSTEIN, C.R. If Misfearing is the problem, Is Cost-Benefit Analysis the solution? In: SHAFIR (Ed.) *The Behavioral Foundations of Public Policy*. U.S.: Princeton University Press, 2013. p. 231-242.
- SUNSTEIN, C.R. Cognition and cost-benefit analysis. In: ADLER, Matthew D.; POSNER, ERIC A. (Ed.) *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.
- THE GREEN BOOK: Appraisal and Evaluation in Central Government. London: HM Treasury, 2011.
- THALER, R. H. Doing Economics without Homo Economicus. In: MEDEMA, S. G.; SAMUELS, W.J. *Exploring the Foundations of Research in Economics: How Should Economists Do Economics?*. U.K.: Edward-Elgar, 1996.
- THALER, R.H.; SUNSTEIN, C.R.; BALZ, J. P. Choice architecture. In: SHAFIR (Ed.) *The Behavioral Foundations of Public Policy*. U.S.: Princeton University Press, 2013. p. 428-439.
- TIMM, L. B. (Org.) *Direito e economia no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- TORRES, F. Só 7 empresas podem ter ações isentas de IR. *Valor Econômico*, 14 jul. 2014.
- TORRES, F.; TUON, K. Efeito prático de incentivo a pequenas ainda vai demorar. *Valor Econômico*, 23 jul. 2014.
- TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*, v. 211, n. 4481, p. 453-458, 1981.
- ZWEIFEL, P.; TELSER, H. Cost-benefit analysis for health. In: BRENT, R.J. (Ed.) *Handbook of Research on Cost-Benefit Analysis*. U.S.: Edward Elgar, 2009. p. 31-54.
- WEITZMAN, M. Gamma Discounting. *American Economic Review*, v. 91, n. 1, p. 260-271, 2001.

Conheça outras obras publicadas pela
Coordenação de Edições Técnicas

www.senado.leg.br/livraria

