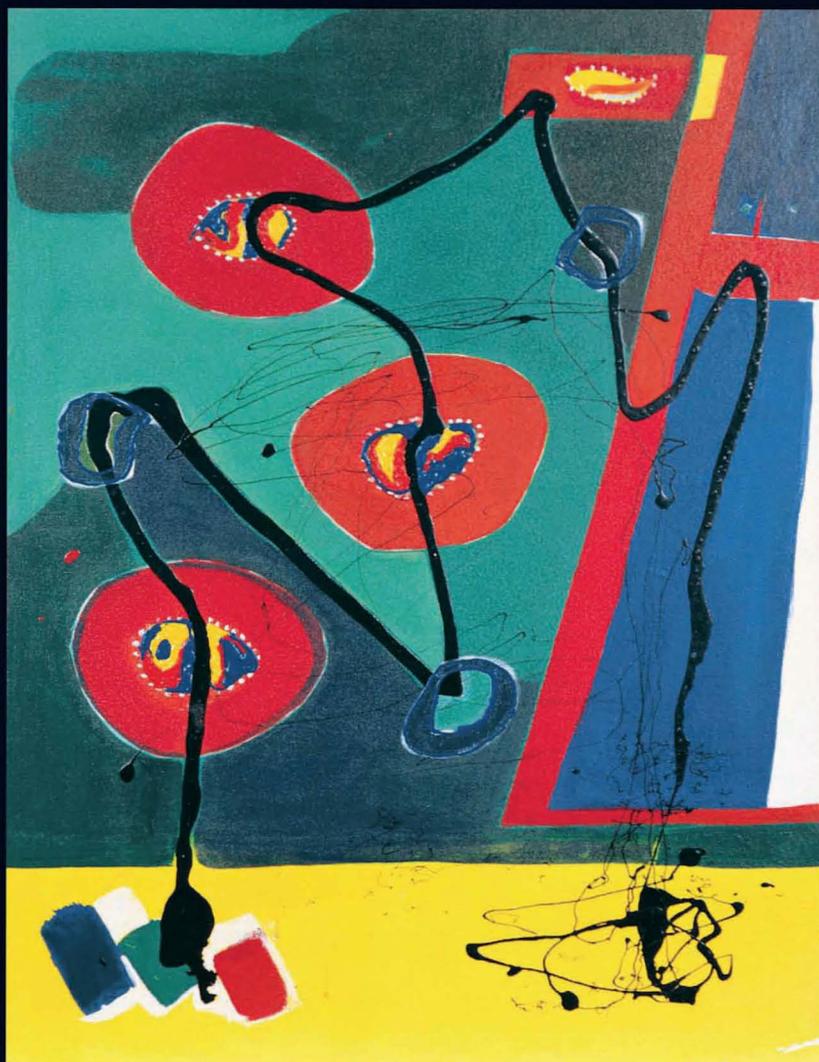


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Outubro-Dezembro/2009 – Ano 46 – Nº 184



Sueli Fiori Castilho, "Jardim Espacial", [ano]. Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 184
Outubro/dezembro – 2009

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

FUNDADORES

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

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

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

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579

Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

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

REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Marjorie Fernandes Gonçalves

REVISÃO DE PROVAS: Bárbara de Almeida Bezerra, Marise de Faria Fiuza

EDITORACÃO ELETRÔNICA E CAPA: Rejane Campos Lima

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

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

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas –
Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições
Técnicas, 1964.

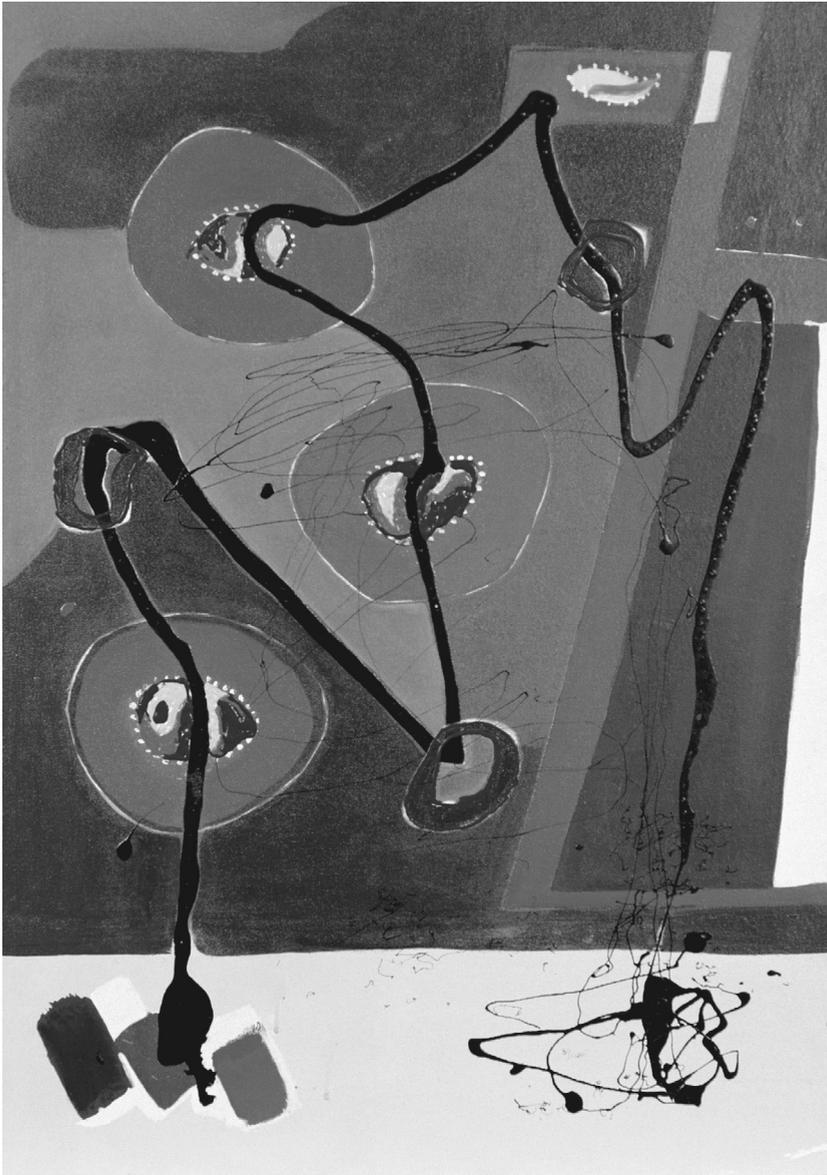
Trimestral.

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)



“Jardim Espacial”, de Sueli Fiori Castilho, é uma pintura em óleo sobre tela de 1,10 x 0,77m.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 46 · nº 184 · outubro/dezembro · 2009

Maria Antonieta Lynch	Da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> à onerosidade excessiva 7
Jorge Fontoura	O Brasil como cliente do sistema de solução de controvérsias da OMC 21
André Lipp Pinto Basto Lupi	O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro 29
Marcela Harumi Takahashi Pereira	Dos casos em que é desnecessário homologar uma sentença estrangeira 47
Cláudio Alberto Gabriel Guimarães	A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais 55
Valter Foletto Santin	Pena de multa criminal, execução e legitimidade ativa do Ministério Público 67
Leany Barreiro Lemos	Da solidariedade à contingência. Diferentes visões do moderno Estado de Bem-Estar 77
José de Ribamar Barreiros Soares	Evolução do controle da atividade administrativa pelos Tribunais 93
Sávio de Aguiar Soares	Tópicos em direitos morais de autor 105
Marco Aurélio Gumieri Valério	Organização Mundial do Comércio. Novo ator na esfera internacional 121
D'Aquino Filocre	Revisita à ordem pública 131
Julio de Melo Ribeiro	Interpretação conforme à Constituição. A lei fundamental como vetor hermenêutico 149
Antonio Carlos Fontes Cintra	Legitimação da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública 171
Nunziata Stefania Valenza Paiva	Novos modelos contratuais para uma nova matriz energética. Aspectos jurídico-econômicos para produção de biocombustíveis no Brasil 191
Roberto Bueno	O método de construção da teoria da justiça e a posição original 207

Cristina de Cássia Pereira Moraes e Rildo Bento de Souza	Os caminhos da cidadania. A legislação brasileira referente à pessoa idosa (1988-2003) 227
Patrícia Pereira Tedeschi	A proteção dos conhecimentos tradicionais e expressões de folclore 245
Ana Fabiola de Azevedo Ferreira	Federalização dos crimes graves contra os direitos humanos. Estudo sobre a ponderação de princípios no controle abstrato de constitucionalidade 253

Da cláusula *rebus sic stantibus* à onerosidade excessiva

Maria Antonieta Lynch

Sumário

1. Babilônia. 2. Direito Romano. 3. Idade Média – séculos XII e XIII. 4. Idade Moderna. 5. Idade Contemporânea – Estado Social. 6. Revisionistas e antirrevisionistas. 7. O Código Civil de 1916. 8. Anteprojeto do Código de Obrigações. 9. O Código Civil de 2002 e o Código do Consumidor. 10. Conclusões.

De uma forma geral, quando do estudo dos institutos jurídicos, é importante conhecer e tentar entender as suas raízes e o seu desenvolvimento, pois, salvo raras exceções, os fenômenos jurídicos emanam do social e da necessidade da autorregulamentação.

Assim sendo, ao analisá-los, conseguimos entender a essência deles, o que, no presente trabalho, vai-nos permitir visualizar a evolução da cláusula *rebus sic stantibus* até a teoria de imprevisão, bem como os contornos da teoria de onerosidade excessiva, dando, porém, ênfase às codificações privadas pátrias.

1. Babilônia

Na história encontramos os princípios da tangibilidade contratual desde, pelo menos, 2.300 anos antes de Cristo, pois, já naquela época, o homem condicionava seus acertos a eventos futuros capazes de modificá-los. Esse fato se verifica nas escrituras feitas em pedra, decifradas da escrita cuneiforme por Bonfante, no sécu-

Maria Antonieta Lynch é Pós-doutora pela Universidade Robert Schumam – Estrasburgo – França. Doutora em Direito. Professora Adjunta da UFPE.

lo passado. Referimo-nos ao mais antigo legado jurídico que a ciência arqueológica decifrou, que é o Código de Hamurabi.¹

2. Direito Romano

O sistema romano, quanto à questão de ter sido o berço da cláusula *rebus sic stantibus*, primitivamente denominada *rebus sic se habentibus*, suscita dissenso doutrinário, havendo quem afirme e quem negue tal fato. Porém, se, antes de Roma ser Roma e antes do *ius romanum* ser o inspirador de nosso direito, já existia a ideia da condicionalidade contratual, por que essa não teria surgido no pensamento jurídico romano?

No plano filosófico, apontamos nas lições morais deixadas pelos estoicos Cícero e Sêneca os mais prístinos vestígios de que o princípio da fidelidade ao contrato não era invulnerável se alteradas as condições subordinadas às quais se concluiu (SIDOU, 1962, p. 8). E são nessas soluções morais que os fervorosos adeptos da ancianidade romana se apoiam.

Com isso, constata-se que os romanos, já no I séc. antes de Cristo e no II da nossa era, davam margem à vulneração do contrato admitindo a quebra do princípio *pacta sunt servanda*. Assim temos que a consciência moral dos romanos não ficou estranha à conexão entre as mudanças do estado de fato e a persistência do vínculo obrigacional. A mutabilidade contratual já se encontrava nas práticas romanas.

Quanto às fontes jurídicas, há textos versando soluções relacionadas ao tema, que constituem o objeto da cláusula. Como exemplo, temos o texto de Africano², que

¹ Lei 48 do Código de Hamurabi: “Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano”.

² Digesto livro XLVI, título III, 38. Africano, lib. 7 de las Cuestiones: “Ley XXXVIII. Cuando alguno estipuló que se le habia de dar a el o a Ticio, mas bien se há de decir que e Ticio se le puede pagar, si permanece en el mismo estado que tenia cuando se

dispõe a respeito de uma estipulação feita por alguém no sentido de pagar determinada soma ao estipulante ou a Tício, prevenindo que a Tício só se pode pagar, assim se fazendo válido o desate obrigacional, se permanecer no mesmo estado que tinha quando se estipulou. Verifica-se que há uma vinculação entre a estipulação e a permanência objetiva do estado.

O que interessa deixar assente é que, já no classicismo romano, o princípio da fidelidade ao contrato não era invulnerável, rendendo-se à base objetiva do contrato concluído.

Se as fontes jurídicas dos romanos não elevaram a um princípio de aplicação geral a estreita conexão entre as modificações do estado de fato, dentro do qual se realiza a avença, e a persistência do vínculo consensual, o que é incontestável é que a consciência moral deles percebeu essa correlação.

estipuló. Pero si se hubiese dado en adopción, o hubiese sido desterrado, o deportado, no se le podrá pagar; porque tácitamente parece que se comprendió en la estipulacion, si permaneciese en el mismo estado. § 1. Si mandase a mi deudor que pagase a Ticio, y despues prohibi a Ticio que cobrase, y el le pagase el deudor ignorándolo, juzgue que se librará de la obligacion, si Ticio no recibiese lo que se le dió com intencion de hacerlo suyo, no siendo así; porque cometerá hurto, permanecerá del deudor lo que pagó; por lo cual segun derecho no se puede librar de la obligacion el deudor. Pero es conforme à equidad que se le dé excepcion, si estuviese pronto à cederme la condition furtiva que le compete contra Ticio como se observa quando el marido manda á su fdeudor que pague á su mujer lo que le habia de dar á él; porque en este caso porque el dinero no se hace de la mujer, no se libra de la obligacion el deudor; pero se le há de dar excepcion contra el marido, si le cede la condition que le compete contra la mujer. Tambien me competará la accion de hurto despues del divorcio en el caso propuesto, quando me importase que el dinero no haya sido interceptado. § 2. SE le pidió al señor por la accion de peculio, fué condenado, y pagó. Respondí, que quedaron libres los fiadores, que dió el siervo; porque una misma cantidad se puede pagar por muchas causas: es prueba de esto, que habiéndose dado fianza de estar á lo que se pronunciase en la sentencia, y pagando el deudor que fué condenado, éste y sus fiadores no solo se livran de la accion que resulta de la sentencia, sino tambien de la que resultó de la estipulacion; y mas bien

De fato, a cláusula não tinha a atual dimensão, mas a construção de seus pilares básicos pode, sem dúvida, ser atribuída aos romanos. Sem margem a discussões, a certeza é de que a prática do princípio exonerativo era conhecido já no período clássico do Direito Romano.

3. Idade Média – séculos XII e XIII

Após o período romano de iniciação estrutural, a cláusula foi esquecida durante longas décadas, retornando com os canonistas medievais, que, sendo legítimos representantes do cristianismo, não podiam suportar a concepção de que o contrato valia apenas pela sua forma, nada significando a vontade. Foi então que tivemos os

lo prueba, que si el poseedor de la herencia pague creyendo que es heredero, no se libra el heredero; lo cual se dice porque el que dá en su nombre la cantidad que no debe, la puede repetir. § 3. El que prometió un siervo, si diese aquel á quien se le dejó la libertad bajo de condición, tengo por mas probable que no se há de esperar á que se verifique la condición, sino que puede pedir el acreedor, y le compete condition, pero si en el interin faltase la condition, se libra del mismo modo que si alguno, pendiente la condición, paga por error, y antes de usar da condition, se verificase la condición. Pero no se puede decir de modo alguno que si muerto Estico faltase la condición, se libra el deudor, aunque si viviendo él faltase, se libraría, cuando en este caso en tiempo alguno hicieses el siervo perfectamente mío, no siendo así, será lo mismo que si me entregases el siervo del cual no tienes el usufruto, y muriese antes que este se extinguiese, te parecerá que te libraste de la obligación por esta paga; lo que de modo alguno se há de decir: del mismo modo que si dieses el siervo común, y muriese. § 4. Si alguno fué fiador del que estuvo ausente por causa de la república, y volvió á ella, de cuya acción se livró, y después pasase un año, acaso se libraré el fiador? Juliano decia, que no: lo que es cierto, si no pudo pedir el fiador. Pero en este caso por el edicto se debe restituir la acción contra el mismo fiador, el mismo modo que contra el fiador que dió muerte al siervo prometido. § 5. El que fué tu fiador para con Ticio, dió prenda por su obligación: después te instituyó heredero él mismo: aunque no estés obligado por causa de la fianza, esto no obstante, quedara obligada la prenda. Pero si el mismo diese otro fiador, y de este modo te instituyese heredero, dice, que mas bien se há de juzgar que, disuelta la obligación de aquel á quien se fió, se libraré también el fiador". (CUERPO DEL DERECHO CIVIL I, 1874, p. 1046)

primeiros delineamentos nítidos sobre a cláusula *rebus sic stantibus*.

Deles partiu a ideia de que se, de um lado, há para o devedor a obrigação de ser fiel à fé jurada, de outro, há para o credor a de ser respeitada a justiça. Temperar a força obrigatória do contrato pela consideração do justo foi para os autores cristãos uma constante. O equilíbrio das prestações representa corolário necessário da justiça contratual.

Foram os tribunais eclesiásticos que, sempre dispostos a favorecer as soluções de equidade, aplicaram nos contratos sucessivos a doutrina da mudança das circunstâncias, por considerarem contrário à moral cristã o enriquecimento de um dos contratantes às custas do outro.

As novas ideias tinham o apoio de Santo Agostinho (Sermões ao povo, Sermão 133), Santo Tomás de Aquino (Suma Teológica), Santo Ambrosio, Santo Antonino de Florença e Graciano (*Decretum Gratiani*). Os canonistas medievais (FONSECA, 1943, p. 194), apoiados por Graciano e Santo Tomás de Aquino, nos séculos XII e XIII, imaginaram como estando subentendida em todos os contratos a cláusula pela qual os contratantes se obrigavam a executar o ajuste somente desde que subsistissem, até o fim, as condições econômicas existentes ao tempo de sua celebração.

Entretanto, com os pós-glosadores (séc. XIV a XVI) e com a escola de Bolonha, é que foi erigida de maneira mais clara e precisa uma doutrina geral sobre a cláusula. Como representantes de uma época posterior do pensamento temos Bartolo, Baldo, Alciato, Graciano, entre outros.

Finalmente, o entendimento da promessa projetada no futuro e na dependência do *status quo* que até então era regra moral, converter-se-ia em regra jurídica, quando Graciano, monge e professor de direito da Escola de Bolonha, tornou pública sua coleção de leis – as Decretais ou *Decretas Gratiani* (1141 a 1155) –, uma das principais fontes do *Corpus Canonici* e nas quais à cláusula foi reservada atenção especial.

Também Bartolo (1314-1357) contribuiu com a doutrina, uma vez que a ele se atribui famosa fórmula³ propagada através dos séculos, que Africano escrevera no Livro 7 de seu *Quaestionum* e fora recolhida no texto citado do Digesto.

É indiscutível que os pós-glosadores aplicaram a cláusula e que o seu emprego na prática forense era habitual, mesmo carecendo esta de conteúdo definido. A cláusula era, porém, aplicada desordenadamente. Não havia, ainda, fixação de seu conteúdo, gerando possíveis abusos de aplicação. Movido ou não por uma reação contra o mau emprego da cláusula, Alciato (1482-1550) construiu a primeira determinação teórica sobre o assunto. A construção doutrinária de Alciato assinala o início do período áureo da cláusula que, dos fins do século XVI aos do século XVIII, foi objeto de uma copiosa literatura com a qual ficou em definitivo fixada a sua precisão doutrinária.

A cláusula foi, entretanto, esquecida uma vez mais devido ao aparecimento da teoria nominalista, da *pacta sunt servanta*, e da autonomia da vontade.

4. Idade Moderna

Desde o começo da Idade Moderna, foi a cláusula perdendo progressivamente seu vigor, sobretudo a partir do séc. XVIII, com o florescimento das ideias individualistas, sofrendo severas restrições, afogada que se encontrava pelo grande princípio da autonomia da vontade. Ao chamado “mundo da segurança”, do fim do séc. XIX, corresponderá um Estado mantenedor das regras do jogo de negócios privados cujo conteúdo cabia às partes contratantes, exclusivamente, preencher.

Assim, a cláusula ficou esquecida até os últimos anos do século XIX, jazendo

na completa obscuridade, banindo-se significativamente das codificações e das construções doutrinárias de então.

Nas relações particulares, a cláusula foi sendo afastada pelo liberalismo do século XIX; o Código Civil Francês e outras leis nele inspiradas se desenvolveram impregnadas nas ideias de liberdade, de força vinculatória para as partes, e de longevidade, não permitindo sequer a menção do princípio exonerativo.

Esse foi o período do liberalismo, no qual valia o que estava escrito, por compreensão de que os homens eram livres e iguais entre si, quando na realidade eles não eram tão iguais assim. Aquela época foi marcada pela estabilidade econômica, logo os contratos livremente pactuados vincularam as partes por longos anos, permitindo o desenvolvimento econômico equilibrado e seguro. Assim, como resposta à não necessidade, a teoria exonerativa foi ignorada por doutrinadores como Pothier, Laurent, Demelombe, Cujas, Domat, Troplong, entre outros.

Mesmo assim, foi, ainda no fim do séc. XVIII, admitida em alguns dispositivos legais como o Código Bávaro de 1756 e o Landrecht prussiano de 1794. A primeira edificação legislativa explícita do princípio exonerativo surgiu no Código Bávaro, denominado *Codes Maximilianeus bavaricus civilis*. Publicado em 1956, esse corpo legislativo abrigou todos os costumes locais não sendo aplicável, porém, na totalidade do território. Ao código bávaro seguiu-se o Landrecht Prussiano cuja data, 1774 para uns autores, 1794 para outros, é irrelevante. Com efeito, só há interesse em conhecer que há um de seus dispositivos, no qual se estipula não poder ser recusado por mudança de circunstâncias o cumprimento de um contrato, exceto no caso de efetiva impossibilidade.

A conflagração mundial de 1914, alterando profundamente o ritmo dos negócios, ensejou instante propício a longa e diuturna aplicação da cláusula, tanto mais que admitidos os seus princípios básicos

³ Cláusula *Rebus sic stantibus* - abreviação da fórmula: *Contractus que habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*. (FONSECA, 1943, p. 14)

em textos legais de países, onde mesmo, como na França, sempre fora repudiada pela doutrina.

5. Idade Contemporânea – Estado Social

No fim do séc. XIX e começo do século XX, em virtude das guerras, revoluções e mudanças súbitas das condições sociais e econômicas, produziram-se grandes desequilíbrios, impossibilitando em múltiplas ocasiões o cumprimento das cláusulas obrigacionais pactuadas no ante-guerra. Assim, a esquecida revisionabilidade que outrora fora relegada ao abandono volta, e paira sobre as relações.

O alvorecer do séc. XX altera os institutos jurídicos concebidos para o liberalismo. Dos escombros da 1ª Grande Guerra, ponto culminante da longa sucessão de crises econômicas e sociais, renasceria um Direito interessado nos efeitos sociais dos contratos, antes que, somente, na sua estrutura formal. É a falência do individualismo jurídico, substituído, mediante portentosa legislação extraordinária ou especial, por uma generalizada socialização do Direito.

Para atender a situações anormais e graves, foram adotadas leis especiais, entre as quais se citam como exemplos as leis do inquilinato francesa, italiana e inglesa, que congelaram alugueres e prorrogaram coercitivamente contratos de locação, depauperando a autonomia da vontade das partes.

Dentro desse contexto, o Direito brasileiro sofre também transformações, resguardando assim fins contratuais mais sociais, abandonando o voluntarismo. Vale-se o Direito de numerosos mecanismos, entre eles, a reedição, sob fundamentações as mais diversas, da cláusula *rebus sic stantibus*, rebatizada com a pouco elegante expressão “teoria da imprevisão ou superveniência”.

Todo esse processo de transformação tem profunda repercussão na Teoria dos Contratos.

Com o desenvolvimento histórico, o homem entendeu que o liberalismo, ideal

principal da Revolução Francesa, deu lugar às ideias solidárias, reverenciando o grupo, e que não mais valorizava ao extremo a figura única e ímpar do indivíduo isoladamente. Foi por essa razão que o princípio *pacta sunt servanda* voltou a perder seu caráter absoluto que, outrora, no século XVIII, materializara-se no Código de Napoleão. Exaltaram-se as noções de segurança, equilíbrio e estabilidade, que se materializavam na rigidez contratual.

Nos novos tempos, não podia ficar o contrato indiferente aos anseios da justiça comutativa, que buscava a distribuição harmônica dos bens na sociedade. A teoria da cláusula *rebus sic stantibus* foi reavivada, saindo das sombras do esquecimento e ocupando posição iluminada na doutrina jurídica.

Pretendia-se, com tal cláusula, a inserção nas convenções de princípio implícito, segundo o qual, a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações, consagrada pelo princípio romano *pacta sunt servanda*, condicionava-se à manutenção das circunstâncias imperantes quando da contratação. Escapulindo, assim, da esfera da exigibilidade do credor, certas situações de inadimplência justificadas pela alteração, sem culpa do devedor, das condições fáticas asseguradoras do cumprimento da obrigação pactuada.

Daí a cláusula em apreço, literalmente traduzida por “estando assim as coisas”, condiciona a execução das obrigações à manutenção do *status quo* da época da contratação.

Retoma o revisionismo contratual sua importância e com ele seus requisitos ampliam-se, tornando-se um elemento coadjuvante à paz social.

Assim, foi conferida à cláusula *rebus sic stantibus* roupagem nova, apesar de não ter havido, propriamente, radical reformulação.

6. Revisionistas e antirrevisionistas

Para verificar-se qual é a posição da cláusula *rebus sic stantibus* no direito bra-

sileiro, é necessário analisar os três setores da atividade construtiva de nossa cultura jurídica, ou seja, estudar a doutrina, a legislação e a jurisprudência.

Se está fora de dúvida que, seguindo o mutismo da época, os nossos civilistas do passado ignoraram, deliberadamente ou não, a cláusula *rebus sic stantibus*, certo também é que esta passou a ter um estudo consciente e frutificante nas letras jurídicas nacionais, sobretudo a partir da segunda vintena deste século (SIDOU, 1984, p. 78).

Podem-se detectar três correntes de opinião na doutrina brasileira: a dos antirrevisionistas, a dos revisionistas e a dos moderados.

A primeira é fruto da posição doutrinária de juristas como Castro Magalhães, Orozimbo Nonato, Carvalho Santos, Pontes de Miranda e outros. Por razões idênticas ou diferentes raciocínios, esses juristas acabaram por reforçar o pensamento do francês Ripert que não admitia a revisão ou resolução do contrato pela superveniência de circunstância imprevista. Na mesma direção, Pontes de Miranda, inarredável quanto a “quem contrata deve acarretar com as conseqüências das mudanças desfavoráveis das circunstâncias, como se aproveitaria das mudanças favoráveis”.

Adeptos da tese revisionista, vários autores se posicionavam de forma favorável em nosso Direito, podendo ser citados como exemplos Artur Rocha em 1932 e Abgar Soriano em 1940.

No que tange à corrente moderada, desponta Arnoldo Medeiros da Fonseca.

7. O Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 foi um código liberal. Surgiu numa sociedade de nível econômico pouco adiantado que ainda ignorava a questão social e vivia um mundo estável, com moeda firme, em que os contratos não deveriam sofrer maiores alterações independentemente da vontade das partes. Era o mundo dos fisiocratas, do *Laissez-faire*,

laissez-passer. Assim sendo, não havia preocupação com o problema da imprevisão.

Segundo Francisco Campos (1956, p. 6):

“O direito civil moderno, legislado todo ele para uma fase de relativa estabilidade política e econômica, para um mundo anterior às grandes revoluções técnicas que tornaram ainda os povos mais afastados do globo vizinhos e solidários do ponto de vista político e econômico, e, além disso, inspirado no dogma de mais absoluta liberdade contratual ao serviço do egoísmo individual nas competições econômicas, pôde, durante largo período de tempo, graças, exatamente à pequena amplitude e à reduzida duração e profundidade das perturbações políticas e econômicas, manter a rigidez da concepção romana do contrato.”

O Código de 1916 foi duro nas disposições que tratam da execução das obrigações contratuais não possuindo regras específicas relativas à imprevisão, orientado que foi por princípios individualistas. Mas também não assimilou, *ipsis verbis*, o princípio por força do qual o contrato é lei entre as partes. Assim, verificamos que o código não se opõe expressamente à cláusula.

O sistema jurídico brasileiro aceitava a cláusula, mas não havia uma só norma no Código Civil de 16 que literalmente a consagrasse.

Havia, entretanto, disposições que acolhiam o sentido da mesma. Essas, não eram raras, devendo-se registrar principalmente leis extravagantes, cujo texto é evidente homologação à doutrina da cláusula.

O Código Civil não foi, portanto, expressamente favorável à imprevisão, mas a legislação extravagante posterior à crise econômica dos anos de 1930 veio a atender às novas situações. Sendo, pois, criadas medidas de emergência⁴.

⁴ Assim, por exemplo, a primeira disposição legal a se referir à cláusula *rebus sic stantibus* na sua exposição de motivos foi o Decreto 19.573, de 07.01.1937, que permitiu a rescisão da locação do funcionário público civil ou militar, no caso de remoção ou redução dos seus

Diante da legislação especial posterior ao Código de 16, a nossa doutrina e a jurisprudência brasileira têm considerado que é aplicável no Brasil a teoria da imprevisão.

Assim, enraizada nos princípios gerais do Direito, é irrelevante a circunstância de um determinado Código Civil (como é o caso do Código de 16) não ter contemplado, em texto expresso, a teoria da imprevisão (THEODORO JÚNIOR, 1993, p. 153).

8. Anteprojeto do Código de Obrigações

A teoria da imprevisão sempre foi atual, tanto que a sua existência no direito brasileiro como princípio geral deduzido das normas já existentes fez com que o Código de Obrigações expressamente a ela se referisse.

Efetivamente, o anteprojeto que mereceu aplausos dentro e fora do país permitiu a revisão judicial do contrato em casos excepcionais, considerando a teoria da imprevisão uma conquista definitiva do direito moderno, embora em verdade se esteja apenas ressuscitando velha e conhecida cláusula *rebus sic stantibus*, em tempos idos considerada implícita nos contratos de execução retardada. Foi elaborado por três juristas: Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães.

vencimentos, em virtude das modificações decorrentes da Revolução de 1930. É interessante notar que a exposição de motivos considera a hipótese como verdadeira força maior e esclarece que a lei não vem restringir o direito de propriedade, mas obedece a um alto pensamento de equidade, que o direito moderno acolhe, subordinando, cada vez mais, a exigibilidade de certas obrigações à regra *rebus sic stantibus*. Posteriormente, o Decreto 23.501 de 27.01.1933, que impôs a nulidade da cláusula ouro, importou em nova intervenção do Estado e limitação da autonomia da vontade dos contratantes. Os trabalhos preparatórios desse decreto revelam aliás que o legislador entendeu ser o seu dever intervir nos contratos sempre que o interesse social viesse a exigí-lo. Embora tal decreto não tivesse consagrado a cláusula *rebus sic stantibus*, reconheceu a licitude da intervenção estatal nos contratos, mesmo quando em oposição às cláusulas contratuais. Outro diploma legal importante com referência à teoria da imprevisão é a chamada Lei de Luvras (Decreto 24.150 de 20.04.1939) que previu e regulamentou a renovação dos contratos de locação de

Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941:

“Art. 322. Quando, por força de acontecimentos excepcionais e imprevididos ao tempo da conclusão do ato, opõe-se ao cumprimento exato esta dificuldade extrema, com prejuízo exorbitante para uma das partes, pode o juiz, a requerimento do interessado e considerando com equanimidade a situação dos contratantes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo ou reduzindo-lhe a importância.”

A imprevisão, segundo o Anteprojeto do Código das Obrigações, consiste no desequilíbrio das prestações recíprocas nos contratos de prestações sucessivas ou diferidas, em consequência de acontecimentos ulteriores à formação do contrato, independentemente da vontade das partes, de tal forma extraordinários e anormais que impossível se tornara prevê-los razoável e antecedentemente.

São acontecimentos supervenientes que alteram profundamente a economia do con-

trato de prestação de serviços em imóveis destinados a fins comerciais e industriais. Podemos dizer que os princípios dessa lei por si só importam na aceitação da cláusula. Trata-se efetivamente da renovação judicial do contrato de locação em que, não havendo acordo das partes, nem motivo considerado justo pela lei para que não seja renovado o contrato, o juiz fixa novo aluguel, desde que o locatário preencha certos requisitos. Nessa lei, o artigo nº 31 consagra a teoria da imprevisão de modo mais explícito preceituando: “Se em virtude da modificação das condições econômicas do lugar, o valor locativo fixado pelo contrato amigável, ou em consequência das obrigações estatuídas pela presente lei, sofrer variações além de 20% das estimativas feitas, poderão os contratantes, findo o prazo de três anos do início da prorrogação do contrato, promover a revisão do preço estipulado”. Admite-se, pois, assim, havendo modificação das condições econômicas, a revisão, após três anos das locações em que haja fundo de comércio. A atual legislação locativa (Lei 8245/91) contempla duas hipóteses revisionistas: a prevista no artigo 4, parágrafo único, que assegura ao locatário – empregado transferido por ato do empregador –, o direito de realizar a denúncia *ante tempus* do contrato, com a isenção da multa contratual e aquela estabelecida no artigo 19 que assegura o direito de revisão do aluguel após decorrido o prazo de três anos.

trato, de tal forma perturbando o seu equilíbrio como inicialmente estava fixado, que se torna certo que as partes jamais contratariam se pudessem ter antevisto esses fatos.

Se, em tais circunstâncias, o contrato fosse mantido, redundaria num enriquecimento anormal em benefício do credor, determinando um empobrecimento da mesma natureza em relação ao devedor. Consequentemente, a imprevisão tende a alterar ou a excluir a força obrigatória dos contratos.

Em 1963, ocorreu a segunda tentativa de reforma do Código, cabendo a Caio Mário da Silva Pereira a tarefa de elaborar novo Anteprojeto de Código de Obrigações, que também não entrou em vigor, mas que assim se pronunciava a respeito do revisionismo:

Anteprojeto do Código de Obrigações de 1965

“Art. 358. Nos contratos de execução diferida ou sucessiva, quando, por força de acontecimento excepcional e imprevisto ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes venha a tornar-se excessivamente onerosa, capaz de gerar para ela grande prejuízo e para a outra parte lucro exagerado, pode o Juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato.

A sentença, então proferida, retrotrairá os seus efeitos à data da citação da outra parte.

Art. 359. A resolução do contrato poderá ser evitada, oferecendo-se o réu, dentro do prazo de contestação, a modificar com equanimidade o esquema de cumprimento do contrato.

Art. 360. Aos contratos aleatórios não tem aplicação a faculdade de resolução por onerosidade excessiva.

Art. 361. Não se dará, igualmente, esta resolução nos contratos em que uma só das partes tenha assumido obrigação, limitando-se o Juiz, nesse caso, a reduzir-lhe a prestação.”

Constituem elementos básicos desse Anteprojeto:

- a) aplicação somente aos contratos de execução diferida ou sucessiva;
- b) onerosidade da prestação capaz de gerar grande prejuízo para a parte obrigada e, reversivamente, lucro exagerado para a parte credora;
- c) resolução do contrato decretada pelo juiz, como princípio, admitida a revisão do esquema por iniciativa do réu, dentro do prazo de contestação, face ao que o contrato poderá continuar os respectivos efeitos;
- d) exclusão dos contratos aleatórios e os de execução momentânea;
- e) inaplicação aos contratos unilaterais, cabendo entretanto ao juiz, em seguimento ao mesmo mecanismo processual, reduzir a prestação onerosa, quando unilateral”. (SIDOU, 1984. p. 102)

O anteprojeto apresentou intuítos resolutórios, mais que revisionistas.

9. O Código Civil de 2002 e o Código do Consumidor

Na década de 70, surge novo Anteprojeto do Código Civil, da lavra dos Professores José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, sob a supervisão de Miguel Reale. Depois da tramitação natural de uma obra desse vulto e importância, o trabalho transformou-se no Projeto de Lei n. 634, de 1975, que findou no Código Civil de 2002.

O novo Código, consubstanciando uma tendência e atendendo à realidade socioeconômica, norteia a revisão das regras nos contratos e a garantia de sua execução equitativa, bem como elenca regras sobre a resolução dos negócios em virtude da onerosidade excessiva, dando-lhes estrutura e finalidade sociais. Desta feita, o texto permite tanto o reajustamento do contrato como a sua resolução por via judicial, no

caso de agravamento extraordinário da onerosidade da prestação de uma das partes, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimento imprevisível.

O Código concretiza, pois, no nosso entender, a teoria de imprevisão, nos seguintes termos:

“Art. 477. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

Os efeitos da sentença, que a decretar, retroagirão à data da citação.

Art. 478. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 479. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

Miguel Reale, na exposição de motivos do anteprojeto dirigida ao Ministro da Justiça, justificou a teoria como sendo um dos tantos exemplos de atendimento da socialidade do direito, que tem por objetivo imbuir nos contratos estrutura e função social. Assim, a teoria seria um instrumento representativo do social no ordenamento.

As condições para a aplicação da teoria são:

a) Ser o contrato de execução continuada ou diferida;

b) A prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa em benefício da outra;

c) Essa situação ter decorrido de acontecimento extraordinário e imprevisível;

d) A resolução será sempre por sentença judicial.

Embora a denominação dada pelo Código Civil ao instituto tenda a nos levar a

analisar a teoria da onerosidade excessiva nos parâmetros do Código de Proteção e Defesa do Consumidor⁵ (Lei 8078/90), e embora o Código não faça referência terminológica alguma à teoria da imprevisão, não podemos deixar de considerar que dela em nada se afasta.

Diferente é a posição do CDC que, mais de uma década antes, traz, sim, um instituto revisional e não resolutorio em sua essência, sendo inclusive mais amplo que a imprevisão e que, no nosso entender, não deve sequer ser analisado no âmbito central da imprevisibilidade.

O CDC rompe com a tradição do direito privado, cujas bases estavam assentadas no liberalismo que reinava na época das grandes codificações europeias do séc. XIX, para relativizar o princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos, alterando sobremodo a regra milenar expressa pelo brocardo *pacta sunt servanda*, e para enfatizar o princípio da conservação do contrato. (NERY JÚNIOR, 1998, p. 345)

A proteção contratual no CDC está baseada nos princípios da transparência, da boa-fé, da equidade. As partes devem atuar na relação com sinceridade, lealdade, seriedade e veracidade, devendo haver equilíbrio nas prestações, respeitando-se o princípio da equivalência contratual.

No capítulo correspondente à matéria, o CDC trata da possibilidade da revisão das cláusulas contratuais diante da onerosidade excessiva decorrente de fatos supervenientes. A onerosidade excessiva é um dos elementos considerados como requisito fundamental para a aplicação da teoria de imprevisão e agora, ao que parece, é tratada individualmente, dissociada desta.

Há visivelmente um ponto de similitude que se origina a partir deste requisito, pois se almeja, em ambas situações, proteger o contratante diante do agravamento pecuniário de sua obrigação, ou seja, diante da onerosidade excessiva. E também é per-

⁵ De ora em diante, por brevidade, referido apenas como CDC ou Código do Consumidor.

ceptível que a onerosidade excessiva, em ambos casos, é qualificada, ou seja, vem acrescida de algum outro requisito.

O que se questiona, entretanto, é saber se o CDC, ao tratar da onerosidade excessiva, simplesmente consagra a teoria da imprevisão, carente de preceitos legais, ou dispõe sobre um novo instituto com alcance mais amplo que teve apenas inspiração na imprevisão?

Dispõe o CDC no art. 6, V, ser direito básico do consumidor: “revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

O dispositivo supra, sem dúvida, é um dos primeiros mandamentos no sentido de restabelecer o equilíbrio contratual, permitindo a revisão contratual que foi alterada em decorrência de fato superveniente que tornou excessivamente onerosas as prestações devidas pelo consumidor.

A essência do instituto é a mesma da teoria da imprevisão, qual seja, a tangibilidade contratual. Por isso é que chegam até a confundir-se.

Da necessidade de evitar essa confusão nasce a importância da análise de seus requisitos, pois ali encontraremos as propriedades específicas de cada um, que levam a sua distinção.

As primeiras considerações devem recair na análise de superveniência. Ao normatizar a possibilidade de revisão do conteúdo contratual, o legislador do CDC exigiu que a alteração do ambiente, na época da execução do contrato, seja decorrente de fatos supervenientes.

Trata-se de segurança à circunstância de que a mesma situação fática que se apresentava no momento da contratação deverá ser mantida até o término do pacto, ou seja, é contemplada a base da teoria da imprevisão ou a *rebus sic stantibus*.

Os contratantes vinculam-se à situação existente no momento da contratação e o que foi contratado está a salvo de qualquer fato superveniente e alheio a sua vontade.

As causas supervenientes – entendidas como aquelas ocorridas após a celebração do pacto – situadas fora das estipulações contratuais podem causar quebra do equilíbrio contratual inicialmente estabelecido entre as partes, interferindo de tal forma, que podem ocasionar a quebra da comutatividade.

Assim, em virtude desses fatos supervenientes, o CDC aceitou, como fundamento para a revisão das cláusulas contratuais, a onerosidade excessiva decorrente da superveniência de fatos que tiveram lugar após a conclusão do contrato.

Também é necessário diferenciar a superveniência da imprevisibilidade. O CDC exige que os fatos sejam supervenientes, mas não que sejam imprevisíveis. Logo, mesmo sendo previsível o fato, a sua superveniência, aliada à quase impraticabilidade da prestação, permite a revisão do contrato para adequá-lo ao que foi avençado pelas partes.

Conforme o artigo, a onerosidade excessiva que fundamenta a revisão requer apenas a presença de um acontecimento superveniente, que provoque a alteração radical das condições econômicas nas quais o contrato foi celebrado, não fazendo referência alguma a previsibilidade ou não do fato, requisito necessário para aplicação da teoria da imprevisão.

Em síntese, a tangibilidade contratual, fundada na onerosidade excessiva, é consequência apenas de fatos ulteriores à contratação, isentos de quaisquer qualificações. Mister não é, portanto, nem a imprevisibilidade nem onexo causal entre a onerosidade excessiva e os fatos supervenientes.

A onerosidade excessiva disposta no CDC pode, portanto, na verdade, compreender fato superveniente ensejador da aplicação da teoria, porém seu campo de aplicação é muito mais vasto, uma vez que pode comportar tanto a imprevisão como a previsão.

Outra diferença que deve ser bem compreendida quando da análise dos institutos é a que existe entre a desproporção e a onerosidade excessiva. O inciso V assegura ao consumidor o direito de postular a modi-

ficação de cláusulas contratuais que importem em prestações desproporcionais.

Sem embargo da omissão da lei, parece-nos que a prestação a que esteja contratualmente obrigado o consumidor se torna desproporcional quando não está em correspondência com o real valor do produto ou do serviço.

Será desproporcional a prestação que inclua percentual relativo à inflação bem acima da taxa oficial, ou preveja taxa de juros muito além do nível fixado em lei. Será prestação desproporcional a que leve a um total várias vezes superior ao valor do produto ou do serviço.

Traduzindo-se a desproporcionalidade à linguagem monetária, verificamos que significa um aumento exagerado do valor da obrigação. O aumento exagerado do valor pecuniário da prestação devida é, portanto, elemento essencial para o exercício do direito de revisão contratual.

Desnecessárias são maiores observações acerca do desequilíbrio contratual como requisito, pois implícito se encontra na onerosidade excessiva.

Evidente é constatar que, se há um aumento excessivo para uma das partes, não é uma situação gratuita, desprovida de encargos e gravames, que desequilibram a equivalência do pacto, posto que nenhum ser normal e em sã consciência se obriga além de suas possibilidades.

Ainda devemos observar que as alterações supervenientes devem ser de um porte que escapem à álea que está normalmente presente em qualquer negócio jurídico.

O que ocorre é uma quebra da comutatividade do contrato. As prestações perdem a equivalência que ambas as partes tinham em mente no início e que foi determinante para a formação da relação jurídica.

Necessário é o real desequilíbrio das partes, não configurando apenas a dificuldade no adimplemento, visto que todo contrato que não seja aleatório tem uma margem de ganho e perda em razão do momento em que foi celebrado.

A teoria da imprevisão visa reajustar as prestações de modo que possibilite o adimplemento de maneira suportável, evitando o descumprimento contratual.

Os fatos supervenientes podem até ser previsíveis, contanto que sejam incalculáveis e configurem álea econômica extraordinária.

Não sendo possível a repactuação por mútuo consenso ao atingido pela onerosidade excessiva, só resta a alternativa de buscar judicialmente a tutela do seu direito.

A possibilidade de revisão contratual por desequilíbrio total da equação econômica estabelecida pelos contratantes é ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência brasileiras. O direito prevê a possibilidade de o prejudicado com as modificações ajuizar ação visando reequilibrar a obrigação. Poderá então o juiz acolher o pedido e alterar o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio desfeito.

Um último ponto que merece destaque é o relativo ao campo de aplicação e aos efeitos da imprevisão e da teoria da onerosidade excessiva do CDC. Assim como na teoria da imprevisão, a alterabilidade só pode ocorrer quando se tratar de contratos comutativos de execução periódica e nos de execução única, mas diferida. Contudo, a aplicação dos dispositivos consumeristas restringe-se à revisão do conteúdo contratual, excluindo a possibilidade de resolução.

Concluimos, pois, que o CDC ampliou o campo de aplicação da onerosidade excessiva, a partir do momento em que restringiu certos requisitos, porém limitou os efeitos à revisão. E mais, o recurso revisional é um permissivo unilateral, pois apenas o consumidor pode dele se beneficiar, não se estendendo o direito ao fornecedor porque a lei assim dispôs.

10. Conclusões

Não obstante a incerteza relativa ao momento da origem da ideia da revisão contratual, é fato que, já no Código de Hamurabi,

há 2300 anos a.C., havia previsões relativas à alteração do conteúdo dos contratos, caso houvesse modificação das condições iniciais que estimularam o acordo.

É também indiscutível que a trajetória histórica da cláusula é bastante acidentada ao longo dos tempos.

No Brasil, o Código Civil de 1916 não positivou a revisão contratual, o que só foi possível em decorrência do trabalho da jurisprudência.

O Código de 2002, imbuído de novos princípios, trouxe de forma explícita a revisão contratual, mas não a identificou claramente como imprevisão, no que pode ser confundida com a revisão contratual do CDC, possível em função da teoria da onerosidade excessiva.

Assim, temos que os contornos da imprevisão, trazidos pela codificação civil, são distintos dos da teoria de onerosidade excessiva elencados no código do consumidor.

A teoria de onerosidade excessiva é um instrumento mais amplo que a imprevisão, e que com ela não se confunde, coadunando, contudo, com os novos paradigmas contratuais, mas estando restrita à seara consumerista.

Referências

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Teoria da imprevisão: dos poderes do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Da cláusula *Rebus Sic Stantibus*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 16, n. 61, n. 43 - 57, jul./ set. 1992.

CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. 3 ed. Paris: Éditions Dalloz-Sirez, 1992.

CAMPOS, Francisco. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A. 1956.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Notas sobre a teoria da imprevisão. *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*, Recife, ano 22, v. 22, n. 81 - 100, jan./ abr. 1978.

COSTA, Judite H. Martins. *A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na*

relação contratual. *Revista dos Tribunais*, v. 670, ano 80, ago. 1991.

CUERPO DEL DERECHO CIVIL I. Tomo primero que comprende las Instituciones de Justiniano y el Digesto o Pandectas, vertidas al español por el licenciado D. Bartolomé Rodríguez de Fonseca y parte por el letrado D. José Maria Ortega. Barcelona: Establecimiento Tipográfico de Narciso Ramirez y Compañía, 1874.

FONSECA, Arnaldo Medeiros de. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2 ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

GUEIROS, Nehemias. *A justiça comutativa no direito das obrigações*. Recife: Oficinas Graphics do Jornal do Commercio, 1940.

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil: teoria general de las obligaciones*. Revisado e completado por André Brun. Tomo 2, v. 1. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1950.

JUNGMANN, Renato. A superveniência de acontecimento imprevisível como causa da revisão dos contratos. *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*, Recife, 5-6-7, p. 129-155, 1964.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Traducción de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducción de Carlos Rodrigues. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LEITE, Gonçalo Rollemberg. O contrato e a teoria da imprevisão. *Revista da Faculdade de Direito de Sergipe*, Aracajú ano 2, n. 2, p. 51-97, 1954.

LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson et al. *Código brasileiro de defesa do código do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

PLANIOL, Marcelo. *Traité élémentaire de droit civil: obligations, contrats, sûretés réelles*. Refondu et complété par George Ripert et Jean Boulanger. 4 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

_____; RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil francés: las obligaciones*. Parte 1. Traducción Española del Dr. Mario Diaz Cruz com la colaboración del Dr. Eduardo Le Riverend Brusone. Tomo 6, Cultural S. A., Habana, Cuba, 1946.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte especial: direito das obrigações. 2 ed. Tomo 25, Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

_____. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo 23, Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

SIDOU, José Maria Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

_____. *A cláusula rebus sic stantibus no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1962.

SORIANO, Abgar Neto. *Da cláusula rebus sic stantibus*. Recife: Oficinas Gráficas da Empresa, Diário da Manhã S. A., 1940.

STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. 2 ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.

WALD, Arnaldo. O princípio pacta sunt servanda e a teoria da imprevisão e a doutrina. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 19, n. 74, p. 5-11, out./ dez. 1995.

O Brasil como cliente do sistema de solução de controvérsias da OMC

Jorge Fontoura

La solidarité c'est la façon la plus intelligente de l'égoïsme
André Malraux

Entre as variadas visões que se tem do Brasil no imaginário europeu, há o recorrente estereótipo do país no qual os sentimentos prevalecem sobre a razão. Pode soar belo como poesia, porém, como economia, é péssimo. Crê-se também ser o Brasil um país de paradoxos, o que, ao contrário da primeira imagem, é verdade incontestável.

Bem a propósito de tais devaneios, quando consideramos a perspectiva do Brasil como ator global, de imediato nos encontramos em face de imenso paradoxo, desdobrado em dilema de personalidade. Na qualidade de ator global, opõem-se dois Brasis inconciliáveis, tanto nas negociações diplomáticas quanto nos árduos caminhos da inserção internacional: o país tido como rico entre os países pobres e pobre entre aqueles ricos.

No que concerne ao tema do presente artigo, tal paradoxo de personalidade ganha contornos precisos, a considerar a leitura irretorquível dos números. E os números não são opiniões: posto que não participemos, senão com cerca de um por cento do comércio internacional, somos dos mais importantes clientes do Sistema de Solução

Jorge Fontoura, doutor em direito, membro-consultor do Conselho Federal da OAB, é professor titular do Instituto Rio Branco e professor do programa de doutorado do UniCEUB.

de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, em Genebra. Estamos em número de casos atrás tão-somente dos Estados Unidos, da União Europeia, com suas vinte e sete soberanias, e do Canadá.

Partícipes diretos, como demandantes ou demandados, em trinta e oito casos, empatamos com a Índia, porém somos mais pró-ativos, pois atuamos como propositores de *panels* em número maior de demandas. Assim, o Brasil aparece na qualidade de primeiro em meio aos países em desenvolvimento. Como autores, desde o início do primeiro caso, WT/DS 4, de abril de 1995, já temos agregada bastante experiência, com 24 contenciosos. Fomos demandados em 14 casos, não só por países industrializados, como Estados Unidos, Canadá e Japão, bem como por países de economias emergentes, como Filipinas (consulta referente a coco ralado, WT/DS 22) e Índia (consulta referente a direito *antidumping* sobre sacos de juta, WT/DS 229), em que não se chegou a solicitar, todavia, a abertura de *panel*. Em um balanço eloquente *per se*, o Brasil atuou, diretamente ou como terceira parte, em 87 feitos, em um rol de 399 notificados à OMC desde sua instalação em 1995. Para efeitos de comparação, cumpre verificar os números totais de casos dos membros mais ativos no sistema de solução de controvérsias da OMC: os Estados Unidos participaram diretamente em 199 casos; as Comunidades Europeias, por sua Comissão, em 146 casos; e o Canadá, bem mais abaixo, apresenta 47 casos. Podemos verificar que, além das controvérsias envolvendo diretamente o Brasil, como reclamante ou reclamado, temos interesses em algumas disputas entre outros países. Em alguns casos, esse interesse se concretiza com a participação do Brasil no contencioso em vestes de terceira parte, atualmente em expressiva ocorrência de quase meia centena de casos.

Há na leitura desses números paradoxais, no entanto, fiel projeção do que seja o Brasil de tantas nuances, como realidade fragmentada e como potencialidade difu-

sa, em sua participação comercial. Desde logo, pode-se auferir que o país dispõe de economia versátil e de grande vitalidade, absolutamente competitiva, e em plenas condições de fazer face ao enfrentamento político e jurídico que a inserção internacional requer. Afinal, na *rationale* do grande mercado, para entrar é necessário conflitar, ainda que pelos meandros sutis da controvérsia comercial internacional. Diversificada em variado leque de categorias, desde as mais previsíveis *commodities* até produtos industriais de alto valor agregado, a pauta brasileira de comércio exterior vai literalmente do aço às aeronaves. Ao considerarmos o conteúdo da agenda de contenciosos em Genebra, realizamos de imediato o caráter variegado e abrangente das postulações, com todas as conclusões que se podem formular. Lidamos com *commodities*, como era de se esperar, mas também conflitamos no caudaloso setor de agroalimentação. E vamos além, no domínio seletivo de contraditórios industriais e de produtos de alto valor agregado, como se afigurou o emblemático caso de concessão de subsídios estatais à fabricação de aviões de transporte de passageiros de médio porte, envolvendo as empresas brasileira e canadense, respectivamente, Embraer e Bombardier, casos Aeronaves WT/DS 46, DS70 e DS222, Canadá *versus* Brasil e Brasil *vs.* Canadá, devido à representação diplomática que vige no sistema OMC, em que Estados subrogam-se nos eventuais direitos de seus jurisdicionados.

De fato, a OMC só concebe legitimidade *ad causam* para Estados, conforme ocorre no estrito âmbito do direito internacional público, a cercear a possibilidade de indivíduos, de empresas ou de organizações não-governamentais nela demandar *in pectore*. Não obstante sejam as contendas comerciais comumente entre empresas e não entre Estados, vigora, por conseguinte, a prática da representação diplomática, na qual os Estados, sujeitos plenos de direito internacional, representam seus jurisdicio-

nados. A aceitação, ainda que isolada, de parecer (*amicus curiae*) de organização não-governamental, no caso Estados Unidos da América *versus* República de Camarões, WT/DS58, tem ensejado uma série de precedentes críticas, tendo em vista sua notável impropriedade, em face da natureza de que devem ser possuidores os partícipes formais das relações jurídicas encetadas perante o macro fórum genebrino.

É importante observar que, além de Estados, apenas blocos econômicos com personalidade jurídica podem litigar. Vale dizer, zonas de livre comércio, sem política externa comum, como o NAFTA, não dispõem de *legitimatío ad causam* perante o sistema de solução de controvérsias da OMC. As Comunidades Europeias dispõem da específica faculdade de agir, por serem portadoras de personalidade jurídica internacional, conforme se reconhece aos blocos econômicos que sejam minimamente uniões aduaneiras, perfeitas ou não, com razoável coordenação de política comercial e macroeconômica, e política externa integrada. Vale salientar ser o MERCOSUL, formalmente, pessoa jurídica de direito público externo, conforme consignado no art. 30 do Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994. Tal personalidade jurídica exerceu-se em seguidas oportunidades, como no Tratado de Madri, de 17 de dezembro de 1995, celebrado entre o bloco sul-americano e a Comissão Europeia, em nome de suas Comunidades. Logo, em tese, nada impediria litigância em bloco por parte do MERCOSUL em fóruns comerciais internacionais, desde que alcançadas as citadas coordenações ademais de conjunções de vontades políticas, o que corresponde a atributo de inexcédível importância, ainda não devidamente valorizado e observado pelos “sócios de Assunção”. No que concerne ao bloco europeu, tem-se verificado efetiva atuação coletiva das Comunidades Europeias, protagonistas de casos de grande relevância e abrangência, alguns em oposição aos Estados Unidos da América,

como a questão das “bananas”, Comunidades Europeias – Bananas, WT/DS27.

Outro fator causador da peculiar posição do Brasil na cena comercial internacional diria respeito à competitividade das exportações, malgrado os fatores tidos como empecilhos para melhor inserção internacional e acesso a novos mercados. Entre tais fatores, arrolam-se a insegurança jurídica e a decantada ineficiência estatal latina geradora de formidáveis obstáculos físicos e entraves burocráticos ao livre comércio e aos investimentos. Não há como deixar de considerar que o breve percurso histórico que permite afirmar ser o Brasil um país bem posicionado como contendor internacional deve-se mais ao esforço isolado de instituições e de funcionários abnegados do que à iniciativa metódica e ordenada, com qualidade e eficiência. Tampouco à organização setorial dos agentes econômicos envolvidos nos contenciosos, tanto na OMC quanto no MERCOSUL. A atuação pontual de setores, provendo meios hábeis a dar sustentação às ingentes necessidades das atuações técnicas em contenciosos, ainda que verificadas em alguns casos, não pode ser tomada como regra.

Malgrado todas as situações adversas, as expressivas vitórias que o Brasil tem conquistado demonstram que o comércio internacional vem vivenciando, de fato, clima de “adensamento de juridicidade”, na expressão consagrada de Celso Lafer, com manifesta prevalência de aspectos jurídicos sobre aqueles políticos, afastando-se a deletéria ideia de ser a OMC mero clube de ricos, em detrimento de países emergentes, mantenedora de privilégios e de distorções imemoriais do comércio internacional, como *OMC-Organization Mondiale du Caviar*, na blague consagrada pelos seus críticos.

Da mesma forma, vencemos controvérsia sobre produção açucareira contra as Comunidades Europeias, caso WT/DS 266, contra quem também obtivemos sucesso, no caso WT/DS 269, que implicava restrições

de Bruxelas às carnes de frango cortadas e salgadas, produto dos mais concorrenciais de nossa pauta de exportações. Ainda como exemplo recente, temos o sucesso brasileiro no contencioso comercial contra os Estados Unidos, sobre produção algodoeira, caso WT/DS 267, com importantes consequências para países em via de desenvolvimento, muitos deles beneficiários de novas políticas a serem constritivamente observadas pelos países desenvolvidos ou de industrialização acentuada.

Com todos os limites que costumam eivar as instituições humanas, e com todas as injunções que se verificam a partir do fisiologismo das instâncias de poder, a OMC é, de fato, significativo momento de imposição de *potestas* jurídica, obrigando os países, na expressão de Delmas Marty, a *pluralismo jurídico ordenado* (In: *Le Droit Internationale en Devenir. Éssais Écrits au Fil des Ans*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990). Dispondo de aparato virtualmente cogente e sugestivamente sancional, sem ser impositivo consoante a forma clássica de *Municipal Law*, o modelo OMC é inovador na gestão e pacificação de conflitos comerciais. Em lugar do tradicional direito de coordenação das relações de Direito Internacional Público, surge um direito metavinculante, ou, mais propriamente, de voluntarismo subordinado, em que, na ausência da pacificação pelos meios político-diplomáticos convencionais, busca-se a construção do consenso com base em relatório jurídico sancionador, que comina obrigação de cumprimento a quem violou o direito e possibilidade de retaliação em caso de descumprimento. De natureza impositiva sob condição, sempre declaratório e eventualmente constitutivo, o relatório só não será implementado mediante querer consensual de todos os membros da Organização, a partir da inventiva fórmula do consenso invertido, adotado já na constituição da prestigiosa organização multilateral, em 1994, na célebre conferência do Marrocos.

Embora o Brasil tenha muito a fazer pela sua inserção na economia global, o acachapante contraste entre nossa mínima participação no comércio externo e a ingente atuação nas disputas da OMC mostram, com clareza didática, quão grande são as potencialidades e responsabilidades do país, a par de outros desafios que têm sido assumidos. Com efeito, a primeira página do *Financial Times*, de 26 de junho de 2001, traz com grande destaque a foto do então Embaixador brasileiro José Alfredo Graça Lima, falando a jornalistas na OMC, após a desistência norte-americana do contencioso com o Brasil, em função de patentes de remédios destinados ao tratamento da AIDS. Tanto a manchete da matéria quanto o texto em si não deixam dúvida quanto às dificuldades que têm sido enfrentadas pelo Brasil na macropolítica comercial internacional: “US RETREAT DEALS FRESH SETBACK TO DRUGS GROUPS”. E prossegue, em texto de aberturta da matéria: *The USA government yesterday dropped its complaint against Brazil's patent law at the World Trade Organization, dealing a fresh blow to the position of leading pharmaceutical companies in the developing world.*

Com longo caminho a percorrer, o Brasil deverá assimilar rapidamente as necessidades ditadas pelo fortalecimento da competitividade de qualquer Nação com aspirações de crescimento e de desenvolvimento. Com relevo no que tange ao conhecimento, à informação, à inovação, à agilidade e à qualidade de produção. A Embraer, notabilizada nos contraditórios da OMC, é exemplo poderoso do que se pode fazer: a mais bem sucedida empresa subtropical no processo de integração às cadeias produtivas desenvolve tecnologia, interpreta de forma expedita as necessidades do mercado mundial, assegurando bilhões de dólares em sua carteira de encomendas firmes, destinadas a dezenas de países, dos mais diversos continentes.

A natureza não dá saltos. O bom desempenho brasileiro em suas postulações junto

à OMC não é de geração espontânea, mas fruto de consequente esforço de instituições governamentais e de seus funcionários, aliadas à produção acadêmica das melhores. No plano político, vale relevar que os dois últimos Ministros de Relações Exteriores do Brasil, embora partícipes de governos antagônicos, Celso Lafer e Celso Amorim, são profundos conhecedores e estudiosos dos meandros da OMC, junto à qual foram atores diplomáticos importantes. Ainda no plano político, é de destacar-se a atuação do Itamaraty, que criou em 2002 uma Coordenação Geral de Contenciosos, chefiada, com continuidade e eficiência, por experientados partícipes em litigâncias internacionais. Ademais disso, o Ministério de Relações Exteriores do Brasil dispõe de massa crítica acadêmica das mais competentes, a partir de consistente trabalho realizado ao largo dos anos no Departamento de Direito Internacional da Universidade de São Paulo, no qual têm atuado importantes figuras do universo jurídico brasileiro e internacional. É exemplo-mor de tais estivas a laureada atuação profissional de Luiz Olavo Baptista (vários anos membro e presidente do Órgão de Apelação da OMC), frutificada no trabalho de inúmeros alunos, que, após a Academia, acabaram por se consagrar como importantes estudiosos do comércio internacional e de seus meandros, reconhecidos como autoridades mundiais em OMC, como Victor do Prado, na direção da OMC na Suíça, Maristela Basso e Welber Barral, no Brasil, e Elizabeth Accioly, em Portugal.

Armando Monteiro Neto, como Presidente da Confederação Nacional da Indústria, CNI, sempre enfatizou em seus artigos e conferências que o Brasil ainda se apoia muito em seu mercado interno, não investindo na especialização propiciada pelo comércio externo. E, ainda, os níveis médios de educação podem melhorar muito, bem como as taxas de poupança, com o realinhamento das altas taxas de intermediação financeira. Alude ainda o

Presidente da CNI em seu artigo que, se o Brasil quiser e puder pensar estrategicamente, deverá reavaliar suas posições, buscando desenvolver plano de ação para que o país aperfeiçoe seu desempenho em setores tradicionais de seu parque produtivo, desbravando novas áreas promissoras nas quais pode ser muito competitivo.

A mais importante disputa dos últimos anos foi certamente a arbitragem pelo artigo 22.6 do Entendimento Relativo às Regras e Procedimentos para Solução de Controvérsias da OMC no “caso do algodão”, solicitada pelos EUA após o Brasil ter pedido que o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC autorizasse a suspensão de concessões ou dispusesse de outras liberalidades compensatórias. De fato, o Brasil solicitou autorização para “retaliar” os EUA em cerca de US\$ 2.6 bilhões, valor que inclui tanto os subsídios acionáveis (*Marketing Loan* e *countercyclical payments*) como os subsídios proibidos, na forma de garantias de crédito à exportação.

Como os EUA objetaram esse pedido, um painel de arbitragem foi composto com vistas a definir o valor das contramedidas a serem autorizadas. Em 31 de agosto de 2009, laudo arbitral estipulou o valor da retaliação à qual tem direito o Brasil (cerca de US\$ 300 milhões) por conta do continuado descumprimento dos EUA, ademais de autorizar a chamada “retaliação cruzada”, a ser aplicada em propriedade intelectual ou serviços. Trata-se de um dos casos mais complexos em que o Brasil não só participou como obteve vitória contundente no sistema OMC. O valor arbitrado, referenciado ao ano de 2006, quando atualizado para 2009, pode fazer chegar o valor a cerca de US\$ 800 milhões, o segundo maior em toda a história da OMC. Quanto à *cross-retaliation*, sabe-se que, em princípio, as contramedidas devem dar-se geralmente no mesmo setor da disputa original (bens), embora o Brasil tenha sinalizado, já no pedido de 2005, no caso do algodão, não considerar prático ou eficaz retaliar ape-

nas dessa forma. Pleiteou o Brasil, assim, autorização para retaliar em propriedade intelectual e serviços, o que redundaria em resultados bem mais significativos. Após as autorizações concedidas pelos árbitros nos casos Bananas (Equador *versus* CE) e Jogos de Azar (Antigua e Barbuda *vs.* EUA) para retaliação no setor de propriedade intelectual – autorizações que, na prática, nunca chegaram a ser aplicadas –, cabe agora ao Brasil, sob critérios mais estritos impostos pelos árbitros, advogar permissão para efetuar a “retaliação cruzada”. Iniciado com consultas, em setembro de 2002, o emblemático caso algodão, sete anos depois, chegou a sua fase derradeira, quando se verificará, finalmente, se os longos e custosos anos de complexo litígio, conduzido com brilhantismo pelo Itamaraty, redundarão em benefício concreto ao país e ao setor cotonicultor afetado, quer seja por cumprimento norte-americano mediante eliminação dos subsídios proibidos ou pela remoção dos efeitos adversos dos subsídios acionáveis, o que é improvável, quer seja pela aplicação de retaliação.

Outro tema da ordem do dia, por assim dizer, recém-encaminhado por decisão da justiça brasileira, refere-se ao rumoroso caso da importação de pneumáticos remoldados. Graças à decisão do Supremo Tribunal Federal, STF, que julgou improcedentes as liminares concedidas permissivas de importação de pneus usados, e também à proibição da importação de pneus nas mesmas condições provenientes dos países do MERCOSUL, pôde o Brasil, em 25 de setembro de 2008, notificar ao órgão de Solução de Controvérsias da OMC o cabal cumprimento da decisão nesse caso, que fora favorável ao Brasil no aspecto ambiental, mas desfavorável no que tange à discriminação das importações comunitárias perante as permitidas do MERCOSUL.

No que concerne a outros casos em andamento, Brasil e Canadá, tradicionais contendores no macro foro comercial internacional, atuam desta feita lado a lado,

contra os subsídios agrícolas estadunidenses. Trata-se do caso DS365, no momento suspenso e ainda não retomado. Há, ainda, outros casos em que o Brasil atua como terceira parte e que estão na perspectiva mais imediata das atenções do MRE, como o caso da China contra os EUA sobre medidas que dificultam as exportações de frangos e do Canadá contra a Coreia por medidas sanitárias contra a importação de carne de gado.

Por derradeiro, mas não com menor importância, vale referir o caso que tem como contendores EUA e CE e cujo objeto da disputa são os subsídios à indústria aeronáutica (Boeing *vs.* Airbus) – aqui também somos terceiros interessados, o que pode ter implicações diretas também nos negócios conduzidos pela Embraer.

Quanto a casos ainda virtuais, o Brasil preparou estudos sobre a possibilidade de questionamento da sobretarifa estadunidense à importação de etanol. Aparentemente, continuam a ser feitas gestões nos níveis comerciais e político, de modo a buscar uma diminuição ou eliminação da tarifa. Nesse mesmo espectro, medidas comunitário-europeias e suíças, que impõem critérios ambientais e laborais à importação de etanol, também estão sendo estudadas com cura pelo governo brasileiro.

Tudo isso mostra que a agenda de contenciosos do Brasil está andando em ritmo regular, sem vinculação direta ou proporcional, até agora, com as dificuldades enfrentadas nas frustradas negociações de Doha. Ainda é cedo para dizer que o retardo nas negociações venham a desencadear mais painéis. Por um lado, podem-se esperar mais pressões dos setores atingidos para que se abram painéis e que casos que estavam “na gaveta”, vinculados ao sucesso da rumorosa Rodada (como questões referentes a algodão, bananas e *antidumping*), possam ser reabertos; por outro, a experiência acumulada pelo Brasil nos últimos anos também remete à cautela e a um cuidadoso estudo acerca da viabili-

dade de novos painéis, em especial diante da recalcitrância dos EUA em curvar-se sem tergiversações às decisões da instância máxima do contencioso comercial internacional. Sabe-se que, embora o sistema de solução de controvérsias da OMC já possa se estimar indene a críticas quanto à sua eficácia, é preciso sempre considerar o custo/benefício das demandas, mercê de seus altos custos e de seus resultados distendidos no tempo. De forma geral, a cautela preside a decisão em ir-se ou não à OMC, não apenas para o Brasil, mas em relação a todos os demais partícipes.

Resta enfatizar ao fim e ao cabo a natureza salutar dos diferendos comerciais que hoje polulam entre países. Só povos amigos praticam comércio e não há conflitos comerciais sem comércio ou potencial comércio. Logo, a expressão “guerra comercial”, tão cara aos meios jornalísticos e congressuais,

é forma indevida de tratar-se uma disputa comercial entre Estados amigos, por mais árdua que ela seja. Nesse passo, cita-se o exemplo da relação bilateral das mais consolidadas entre Canadá e Estados Unidos, não isenta de duríssimos embates comerciais, não comprometedores de alianças políticas e formidáveis interações econômicas. A visão deturpada de conflitos comerciais pode residualmente contaminar o caráter amistoso que deve presidir e conformar as relações internacionais de todos os matizes. Quanto à específica clivagem da atuação do Brasil junto ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, deve-se verificar em conclusão ser o país portador de plenas condições para prosseguir em sua breve e exitosa trajetória de contendor comercial internacional, a estreitar sua integração ao mundo, para exercer o papel que lhe é destinado na economia mundial.

O Brasil é dualista?

Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro

André Lipp Pinto Basto Lupi

Sumário

1. Introdução. 2. A doutrina brasileira e o enquadramento da prática nacional entre o monismo e o dualismo. 3. O “debate originário” sobre dualismo e monismo. 4. O marco inicial da vigência do tratado internacional. 4.1. Vigência de tratados no ordenamento brasileiro. 4.2. Acordos executivos. 4.3. O costume. 5. A norma internalizada e os fatos internacionais posteriores à sua vigência. 5.1. Efeitos da denúncia sobre o tratado vigente internamente. 5.2. A vigência internacional do tratado para outro Estado Parte. 5.3. Acordos cuja vigência está subordinada à observância da reciprocidade. 6. Conclusões.

1. Introdução

Tema dos mais constantes na lista das publicações brasileiras sobre Direito Internacional, a relação do Direito Internacional com o Direito Interno provoca distintos debates, teóricos e práticos. Quanto à teoria, uma análise da doutrina evidencia séria discordância entre os autores, cujas leituras dos textos clássicos sobre o assunto nem sempre são convergentes. No mais das vezes, esse desafino dá-se no plano descritivo; são tentativas distintas de classificar as posturas adotadas pela nossa legislação e jurisprudência. À moda dos debates doutrinários, dois rótulos identificam as posições em oposição: dualismo e monismo. No curso dos anos, essas fórmulas foram modificadas, relativizadas, modalizadas.

André Lipp Pinto Basto Lupi é Professor de Direito Internacional da Universidade do Vale do Itajaí (programas de Mestrado em Ciência Jurídica, graduação em Direito e graduação em Relações Internacionais). Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com estágio doutoral no *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales* de Genebra. Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Surgiram expressões como “monismo moderado” e “dualismo radical”, dentre outras. O aprofundamento da análise revela, porém, um conjunto tão variado de situações práticas e soluções jurídicas em cada Estado que mesmo essas modalidades parecem tornar-se pouco úteis, pois elas simplificam excessivamente o problema. Esta é razão de muitos para condenar ao ostracismo tais expressões, preferindo abordar o tema de modo mais pragmático. Não obstante, elas permanecem no repertório linguístico dos jusinternacionalistas e, com isso, compõem a sua forma de compreender a realidade normativa que lhes incumbe descrever e sistematizar.¹ Destarte, parece interessante rever esse debate doutrinário à luz da indagação sobre sua aplicabilidade à posição prevalecente na jurisprudência dos tribunais brasileiros.

A intenção deste artigo é a de responder à questão do seu título. Para tanto, o primeiro tópico apresenta as variações nas classificações doutrinárias, que justificam a eleição do problema central deste trabalho. No passo subsequente, explica-se o dualismo, na sua versão clássica, tal como defendida por Triepel, Santi Romano e Anzilotti. Para melhor visualização das distâncias perante a corrente adversária, incluiu-se uma breve explicação do monismo kelseniano. Delimitada a expressão-chave desta investigação, verifica-se, a seguir, a correspondência dos postulados do dualismo com as posições adotadas pelos tribunais pátrios. Tópicos consecutivos apresentam a análise do momento de entrada em vigor e dos eventos que afetam a vigência da norma internacional, em particular a suspensão, a denúncia e a revogação do tratado.

¹ Como exemplo da atualidade do debate entre monismo e dualismo, pode-se citar a crítica desenvolvida por um dos principais autores de Direito Internacional dos EUA, à jurisprudência da Suprema Corte daquele país: HENKIN (1997, p. 515-518); também pode-se citar o relato do maior projeto de pesquisa em andamento sobre a matéria: FOOTER (2001, p. 249-252); bem como os trabalhos da INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (1998, p. 659-683).

Deve-se fazer algumas ressalvas antes de adentrar no tema específico. Este trabalho se insere num conjunto maior de pesquisas sobre o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito brasileiro. Foram reservados para outros relatos alguns problemas conexos ao aqui abordado, como, por exemplo, o da processualística de internalização e o da hierarquia das normas internacionais. Este artigo enfatiza as questões relativas à vigência, entendida esta como o aspecto temporal da validade e condição de aplicação da norma (Cf. SERRANO, 1999; FERRAZ JR. 2001). Prioriza, como objeto de análise, as posições do Poder Judiciário, embora preocupe-se igualmente com manifestações dos outros poderes e da doutrina.

2. A doutrina brasileira e o enquadramento da prática nacional entre o monismo e o dualismo

A doutrina brasileira esforça-se seguidamente para classificar a orientação preponderante das autoridades judiciárias, legislativas e executivas do País. Os autores buscam apoio no texto constitucional, que pouco fala sobre as relações entre o Direito Internacional e o Direito brasileiro. Seguem seu curso pincelando alguns dispositivos da legislação nacional e buscando noutros autores do passado e nalguma casuística recente os elementos que eles tentarão ordenar pela referência ao dualismo ou monismo.

Francisco Rezek (2005, p. 5) afirma nortear-se o Judiciário brasileiro pela ideia do “monismo nacionalista”, segundo o qual é no texto da Constituição que se deve buscar o “exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras.”²

Em oposição, Celso de Mello (2000, p. 119) dizia que o Brasil era, ao menos em parte, dualista. Segundo ele:

² O autor deixou clara, em outras obras, sua aversão a essa posição: REZEK (1997, p. 54-59).

“A Constituição Federal de 1988 adota o dualismo ao fazer a incorporação do Direito Internacional no Direito Interno, pelo menos em um setor determinado, ao estabelecer que os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do Direito Interno.”

Carlos Husek (2007, p. 31) anota a existência de certa oscilação. Para ele,

“em determinadas matérias somos monistas, em outras nem tanto e ainda sobram aquelas que nos firmamos pelo dualismo. Algo nos parece certo, pelo menos numa primeira análise: não somos monistas com primazia na ordem interna.”

Em livro monográfico sobre o assunto, Mariângela Ariosi (2000, p. 211) afirma adotar-se aqui o “monismo moderado nas questões de conflito entre tratado e lei interna”. Para ela, há também certa flutuação, porém entre outras duas categorias: monismo radical e moderado. O primeiro seria aquele em que tem primazia o Direito Internacional; o segundo resolveria as antinomias entre normas internacionais e nacionais pela aplicação do princípio *lex posteriori derogat priori*, ou seja, conferiria paridade hierárquica aos tratados em relação às leis internas. (Idem)

Boa parte da doutrina, porém, observa com pesar a adoção que identifica como dualismo ou monismo nacionalista na jurisprudência brasileira, defendendo a mudança para o monismo com primazia do Direito Internacional.³

Na evidente incerteza relativa ao próprio significado das expressões empregadas, deve-se buscar conformar um acordo semântico para prosseguir nessa investigação. Todos os autores citados conhecem profundamente a prática de nossas autoridades e todos apoiam-se em boa doutrina para categorizá-la. Contudo, a divergência

salta aos olhos. Tem-se a impressão de que o debate entre monismo e dualismo no Brasil desprende-se das questões que lhe deram origem. Por conta da elevada importância prática do problema das antinomias, quis-se desenvolver argumentos a partir daquelas posições teóricas para enfrentar o tema do conflito entre norma internacional e norma interna. O distanciamento do problema originário permitiu novas matizações dos conceitos, criando novas oposições e dando-lhes novas feições. Não há nada a lamentar aqui, nem se prega a nostalgia das obras dos grandes autores do Direito Internacional do século XX. Mesmo assim, dificilmente se poderá encontrar alguma base segura fora das raízes desse debate, nas obras de Triepel, Anzillotti, Santi Romano e Kelsen. A eles convém retornar brevemente, pelo que a isso se dedica o próximo tópico.

3. O “debate originário” sobre dualismo e monismo

A discussão central deste artigo tem suas raízes no famoso livro de *Carl Heinrich Triepel, Völkerrecht und Landesrecht* (1899). Muitos anos depois, esse trabalho foi objeto de uma revisão e apresentação resumida perante a Academia de Haia. Triepel defende o voluntarismo e o dualismo, baseado na teoria da vontade coletiva (*Vereinbarung*), inspirada por uma analogia a um instituto do Direito alemão. Para ele, uma norma jurídica é sempre o conteúdo de uma vontade superior que se impõe, com o efeito de limitar as esferas das vontades humanas que lhe são submetidas. No Direito Internacional, não podendo a vontade de um obrigar vários, tem-se que a vontade fundamentadora das normas só pode ser uma união das vontades de cada Estado, constituindo uma “*Vereinbarung*”, união de vontades diferentes destinada a satisfazer interesses comuns (TRIEPEL, 1899, p. 50-79).

A diferença no fundamento da obrigação (vontade coletiva dos Estados ou

³ Neste sentido: HUSEK (2007, p. 31); MELLO (2000, p. 118-120); LITRENTO (1997, p. 97-104); ARAÚJO (2000, p. 45-50).

vontade de um Estado singular) implica distinção de sistemas jurídicos, revelada nos seus principais aspectos: quanto aos sujeitos, num caso os Estados, noutro os poderes internos do Estado e as pessoas sob sua jurisdição; quanto às fontes, tratado e costume no Direito Internacional, leis e costumes no Direito Interno; quanto às relações, entre Estados, ou entre o Estado e seus cidadãos, ou dos cidadãos entre si. Em fórmula sintética, afirma Triepel, Direito Internacional Público e Direito interno “são dois círculos em contato íntimo, mas que não se sobrepõem jamais.”⁴ Ilustra bem essa posição a figura trazida por Bobbio (1999, p. 166), em sua teoria do ordenamento, de dois conjuntos intocáveis, incomunicáveis, caracterizando uma situação de exclusão total.

As consequências práticas da tese dualista são explicadas posteriormente por Triepel. Em primeiro lugar, não pode haver nulidade da norma de Direito interno por incompatibilidade com a norma de Direito Internacional, porquanto emanam de vontades diferentes e destinam-se a sujeitos diferentes. “A lei interna contrária ao Direito Internacional vincula os sujeitos tanto quanto a lei conforme ao Direito Internacional”, assevera. Os juízes “são obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao Direito Internacional.”⁵

O dualismo teve *Hans Kelsen* como seu principal adversário.⁶ Em vários escritos, Kelsen contesta o dualismo, apontando o que considera serem inconsistências lógicas dessa teoria. Como se sabe, a obra de Kelsen requer uma análise sistemática, pois

⁴ No original: “le droit international public et le droit interne sont... des systèmes juridiques distincts. Ce sont deux cercles qui sont en contact intime, mais qui ne se superposent jamais.” (TRIEPEL, 1923, p. 83).

⁵ Na língua original: “La loi interne contraire au droit international lie les sujets autant que la loi conforme au droit international.” Em seguida, “...les juges. Ils sont obligés d’appliquer le droit interne, même contraire au droit international.” (TRIEPEL, 1923, p. 104).

⁶ Os próprios dualistas assim o identificam. Vide, a propósito, TRIEPEL (1923, p. 84-87).

vários dos seus argumentos estão atrelados a outros anteriores. Em uma brevíssima síntese, lembra-se da pureza metodológica, das relações de validade entre as normas, do necessário fundamento de validade de uma norma noutra norma, da remissão à norma fundamental e da estrutura escalonada do ordenamento jurídico (KELSEN, 1991). Dessas premissas aqui lembradas emergem os corolários constituintes do monismo kelseniano.

Como visto, a questão da separação ou unidade das ordens jurídicas internacional e interna depende, nesse debate clássico, da resposta a outro problema fundamental: qual é o fundamento de obrigatoriedade de cada uma dessas ordens jurídicas? Também por aqui começa Kelsen. Para ele, ambos os sistemas têm a mesma norma fundamental. Portanto, compõem o mesmo sistema jurídico.

A relação entre o fundamento de validade da ordem jurídica estatal e da internacional passa pelo exame dos âmbitos de validade do ordenamento interno. Quanto ao âmbito territorial, o ordenamento interno é delimitado pelo Direito Internacional, que reconhece e define o território do Estado e sua personalidade jurídica. Consequentemente, também é o Direito Internacional o definidor do alcance do ordenamento jurídico interno quanto às pessoas a quem se dirige. Pelo princípio da efetividade, o Direito Internacional encarrega-se ainda de determinar a vigência do ordenamento jurídico estatal, visto como um todo (KELSEN, 1926, p. 249-262). Finalmente, quanto aos conteúdos, o Direito Internacional limita a produção normativa interna, impondo-lhe certas finalidades e proibindo certos conteúdos (Idem, 1998). Desse modo, a própria existência do Estado define-se pelo Direito Internacional e, portanto,

“a norma fundamental de diferentes ordens estatais (...) é uma regra do Direito Internacional positivo, e uma regra que, na sua fórmula abstrata, vale para todos os Estados, regra

que institui as autoridades jurídicas superiores e delimita a esfera de ação de cada uma delas.”⁷ (KELSEN, 1926, p. 314-317)

Em decorrência da unidade entre os dois sistemas, a incompatibilidade da norma interna com a internacional resulta numa antinomia. Sua solução depende de uma tomada de posição: a primazia do ordenamento internacional ou do ordenamento interno. Sabe-se que Kelsen (1926, p. 321-326) preferia a primeira, embora não julgasse ser a segunda impossível do ponto de vista lógico. Era politicamente indesejável, mas não cientificamente equivocada.⁸ Assumindo a primazia do ordenamento internacional, a norma interna incompatível deve ser anulada por um órgão competente ou, isto não sendo possível pela constituição estatal, gerar-se-á uma violação do Direito Internacional e advirá a responsabilidade do Estado, com aplicação das sanções cabíveis (KELSEN, 1926, p. 314-317).

Quanto à vigência, Kelsen afirma que não existe transformação necessária do Direito Internacional em Direito Interno. A norma pode ser recebida intacta pelo ordenamento interno. A vigência pode inclusive coincidir, concedendo efeito direto às normas internacionais. Prova disso é que as constituições

podem não prever a necessidade de um procedimento interno para a vigência da norma no seu território. (Idem)

Dionisio Anzilotti responde a Kelsen em seu próprio campo de combate. O italiano, juiz da Corte Permanente de Justiça Internacional, aceita parte das premissas kelsenianas. Cita Triepel, para dele discordar quanto à tese da *Vereinbarung*, porque ela não resiste a um exame empírico mais rigoroso. Por outro lado, reconhece que todas as normas jurídicas internacionais encontram guarida sob o princípio *pacta sunt servanda*, pois o Direito Internacional deriva dos acordos entre os Estados, expressos (tratados) ou tácitos (costume). Assim, embora compartilhe postulados do voluntarismo dualista de Triepel, confere-lhes novas cores. O Direito Internacional tem sua unidade garantida pela derivação da obrigatoriedade de uma mesma norma fundamental. Porém, ao contrário de Kelsen, Anzilotti (1999, p. 41-48) enuncia essa norma expressamente – *pacta sunt servanda* –, não obstante reconheça o caráter não-empírico de sua proposição.

O efeito disso sobre a discussão relativa ao dualismo se sente no capítulo seguinte do *Curso* do autor italiano. Ele propõe a questão em termos kelsenianos: reside a força do Direito numa ou em várias normas fundamentais? Responde-a a seu próprio modo, rejeitando Kelsen. O Direito Internacional e o Direito interno têm normas fundamentais distintas. Ambas as ordens pressupõem uma à outra, mas as regras de cada uma derivam sua validade de normas fundamentais peculiares a cada sistema. A norma somente possui força jurídica na ordem à qual pertence. Para outra ordem ela pode ser, quando muito, um fato relevante. (ANZILOTTI, 1999, p. 42-45)

Como consequência, normas internacionais são produzidas entre Estados para relações entre si, não interferindo na obrigatoriedade das normas internas. A vigência e a validade de normas internacionais definem-se pelo Direito Internacional e a de normas internas, pelo Direito Interno, não

⁷ O trecho, no original: “Ce qui est ainsi défini, ce n’est pas seulement l’existence internationale ou juridique de l’État; c’est encore – du point de vue de la primauté du droit international – l’État en général, c’est-à-dire la donnée fondamentale qui est à la base du système du droit interne en son entier. Mais alors, on aperçoit également que la norme fondamentale des différents ordres étatiques – qui, du point de vue de la primauté de l’ordre étatique, apparaissait comme une norme hypothétique – est une règle du droit international positif, et une règle qui, dans sa formule abstraite, vaut pour tous les États; règle qui en institue les autorités juridiques supérieures et délimite la sphère d’action de chacune.”

⁸ Nestas páginas, ele se refere à superioridade moral do objetivismo, atrelado que está ao pacifismo e à negação do imperialismo. O objetivismo identifica-se com a primazia da ordem internacional e favorece o desenvolvimento de uma *civitas maxima*, um Estado universal, por ele qualificado como o objetivo último de todo esforço político.

obstante ser admissível que o legislador interno queira adotar mecanismos que façam coincidir a validade e a vigência interna com a internacional.⁹ Toda recepção de uma norma alheia ao sistema requer um ato de estabelecimento de normas, uma transformação. Mudam o valor formal, os destinatários e o conteúdo da norma (ANZILOTTI, 1999, p. 62-63). Enfim, surge uma nova norma, dentro do sistema que recebe. E sua vigência e sua validade são determinadas conforme esse sistema. Isto caracteriza um importante ponto do dualismo.

A seu próprio modo, *Santi Romano* sustentou também a tese dualista nas suas principais obras na área, *L'Ordinamento Giuridico* (1918) e *Corso di Diritto Internazionale* (1939). Sua fundamentação, classificada como antiformalista (NÓBREGA, 2008), remete a outros pontos de partida. S. Romano parte da ideia de comunidade: onde há comunidade organizada, existe uma instituição. Um ordenamento existe onde haja instituição e garantias para a ordem. O Direito Internacional, segundo esse autor, somente pode derivar da comunidade internacional, que não é formada exclusivamente por Estados, mas por todas as entidades aceitas pela própria comunidade. Logo, mesmo com uma forma distinta dos ordenamentos estatais, há um Direito Internacional (ROMANO, 1939, p. 1-11; 2008, p. 96-105).

O dualismo encontra-se em *Santi Romano* como pedra angular de sua teoria, radicada na relação inextricável que estabelece entre Direito e comunidade. Se vêm de comunidades diferentes, são direitos de outras ordens. O Direito Internacional é o Direito da comunidade internacional e o Direito Interno o da comunidade estatal.

⁹ No original, o trecho a que se refere é o seguinte: "D'une manière analogue, les conditions de validité et la durée des normes internationales dépendent exclusivement du droit international, et les conditions de validité et la durée des normes internes dépendent exclusivement du droit interne, même si les normes internes trouvent leur occasion et leur raison d'être dans un rapport international". (Idem, p. 56)

São instituições que diferem não só quanto às fontes, mas também por terem esferas de eficácia distintas. Tão forte assoma a dessemelhança que a separação é elevada à categoria de princípio fundamental. Há mais: como ambos são originários, ainda que um pressuponha o outro em certa medida, os dois ordenamentos, internacional e interno, podem cada qual negar valor ao outro ordenamento. (ROMANO, 1939, p. 51)

As contradições entre ambos os ordenamentos podem existir na prática. Porém, para S. Romano (1939, p. 46),

"esta contradição não retira eficácia a nenhum dos dois [ordenamentos] (...) Desta forma pode acontecer que um Estado aja de um modo que poderá ser legítimo pelo seu ordenamento, mas antijurídico pelo ordenamento internacional, e vice-versa: numa e na outra hipótese surgirão as responsabilidades sancionadas no ordenamento violado, que assim poderá manifestar a sua eficácia sem ter em conta a ordem que o contraria."¹⁰

Revistas, nesse panorama, as teorias que originaram a cisão entre dualistas e monistas, forjando, pelo contraste, a imagem de cada qual, pode-se estabelecer, num esforço de síntese, que são postulados do dualismo, com suas respectivas consequências: a) a cisão rigorosa entre o Direito Internacional e o Direito Interno; b) a independência do momento inicial de vigência internacional da norma internacional do marco correspondente no ordenamento interno; c) a independência da vigência da norma internalizada dos fatos transcorridos nas relações entre os Estados; d) a definição da hierarquia da norma internacional no

¹⁰ No original: "Però questa contraddizione non toglierà efficacia nè all'uno nè all'altro. (...) Cosicché può darsi che uno Stato agisca in un modo che potrà essere legittimo pel suo ordinamento, ma antigiuridico pel l'ordinamento internazionale, e viceversa: nell'una e nell'altra ipotesi sorgeranno le responsabilità sancite dall'ordinamento violato, che così potrà manifestare la sua efficacia senza tener conto di quello contrario."

plano interno pelo próprio ordenamento do Estado; e) a divergência de norma interna superior com norma internacional inferior gera consequências apenas perante o Direito Internacional.

A seguir, neste artigo, conforme a delimitação acima exposta, explorar-se-á em profundidade o enquadramento da prática brasileira nas três primeiras dessas afirmações.

4. O marco inicial da vigência do tratado internacional

4.1. Vigência de tratados no ordenamento brasileiro

A sistemática de internalização dos tratados no Brasil segue um trâmite constituído pela prática das autoridades nacionais, sob a pálida luz de alguns poucos dispositivos constitucionais sobre o assunto. Na Constituição vigente, são os artigos 49, inciso I, e 84, incisos VII e VIII, os que instruem sobre as competências do Presidente da República e do Congresso Nacional na contração de obrigações internacionais pelo País. Segundo se depreende do artigo 84, a representação do Brasil nas relações internacionais se faz pelo Presidente, a quem incumbe negociar e assinar tratados.¹¹ Obviamente, pode ele delegar tais funções.¹²

¹¹ O dispositivo citado tem a seguinte redação: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”

¹² A questão se põe na impetração de mandado de segurança por parlamentares contra a assinatura do acordo de salvaguardas tecnológicas sobre o uso da base de Alcântara pelo Ministro das Comunicações. O STF não se pronunciou sobre a questão específica da representação, posto que julgou haver ilegitimidade ativa dos impetrantes. STF. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 23914/DF*. Rel. Min. Maurício Corrêa. Decisão de 08.05.2001. [Todas as referências à jurisprudência neste artigo valem-se das seguintes abreviações dos nomes dos tribunais: STF – Supremo Tribunal Federal; STJ – Superior Tribunal de Justiça; TRF4 – Tribunal Regional da 4ª Região]. Todavia, é evi-

O Congresso brasileiro não participa das negociações, nem mesmo pela via indireta de prefixação dos limites e objetivos do País numa determinada negociação. Até a assinatura, tudo cabe ao Presidente. Somente após a aposição da firma e a remessa do ato por mensagem presidencial, caberá ao Congresso Nacional apreciar as obrigações a serem contraídas. Esse passo está regulado pelo artigo 49, I. Diz o dispositivo em questão que o parlamento “resolve definitivamente” sobre a aprovação de tratados, quando implicarem ônus ao patrimônio nacional, mas silencia quanto aos efeitos da aprovação congressional.¹³

Não obstante autorizadas vozes em contrário,¹⁴ o entendimento prevalecente entende que o Congresso apenas aprova o tratado, devolvendo a matéria ao Poder Executivo, como, aliás, sói acontecer com o processo legislativo ordinário. Os atos definitivos concernentes à vigência do tratado incumbem ao Executivo, que o ratifica no plano internacional e promulga-o mediante Decreto Presidencial para que gere efeitos internamente.¹⁵ Os dois atos são perfeitamente distintos e não se afetam reciprocamente. Pode haver tratado ratificado não promulgado. Nesta hipótese, o Brasil está obrigado perante os demais Estados Partes, se o tratado já viger também para eles, porém os juízes não podem aplicá-lo. Há precedente jurisprudencial muito claro

dente a possibilidade de delegação, seja pelo Direito Internacional, na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, artigos 7º e 8º, seja pelo Direito interno, em que se admite a competência derivada dos ministros para exercer, por delegação, atos da competência do Presidente. No caso do Ministro das Relações Exteriores, a autorização consta do Decreto nº 2.246, de 6 de junho de 1997.

¹³ *In verbis*: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”

¹⁴ Para Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 102-117), o Decreto Legislativo introduz de pleno direito o tratado no ordenamento interno. Posição semelhante defendeu Magalhães (2000, p. 69-81).

¹⁵ Sobre o tema, vide MEDEIROS (1995).

a esse respeito, com endosso da doutrina¹⁶ e da consultoria jurídica do Itamaraty (ACCIOLY, 2001, p. 219-223). Nessa célebre decisão, o STF considerou que o Decreto Legislativo não tem o condão de tornar vigente um tratado no Brasil, o que só ocorre depois da promulgação e publicação do Decreto Presidencial no Diário Oficial da União. Lê-se no acórdão:

“Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo tenha sido qualificada por Charles Rousseau (*Droit International Public Approfondi*, p. 3/16, 1958, Dalloz, Paris), no plano do direito internacional público, como mera ‘discussion d’école’, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro, depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República. (...) Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) – satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de *iter* procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada).”¹⁷

A argumentação acima transcrita comprova pontos importantes já trazidos neste

¹⁶ Ver BAPTISTA (1996, p. 73).

¹⁷ STF. *Carta Rogatória* n. 8279-4. Relator. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, 14.05.1998. p. 34.

trabalho. Primeiro, mostra que os tribunais ainda buscam orientação nas teorias dualistas e monistas, embora preservem certa liberdade para aplicá-las. Segundo, registra as tentativas de aduzir adjetivos para acrescentar premissas ou consequências aos conceitos primários (v.g. “dualismo extremado”). Terceiro, motivo pelo qual foi referida, nega vigência interna ao tratado antes de sua promulgação.

A hipótese inversa, de promulgação do tratado antes da vigência internacional, revela-se bastante remota. Faltar a promulgação depois da ratificação pode ocorrer por lapsos no trâmite burocrático, mas promulgar sem ratificar geraria uma ordem de execução de algo que ainda não existe. Ao menos é o que se conclui da lição doutrinária pátria. No parecer de Accioly (2001), a promulgação é

“o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o Governo de um Estado afirma ou atesta a existência do tratado, com o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão, e ordena sua execução dentro dos limites da competência estatal.”

Mais adiante, reprisa as duas funções do ato sob comento, dizendo com ele se pretender “certificar a existência do ato promulgado e determinar que o mesmo seja cumprido” (Idem). Antes da vigência internacional, o ato não é válido, incorrendo a promulgação num erro quanto ao seu pressuposto. Pela posição de Accioly, tal ato seria próximo ao de sancionar uma lei antes da aprovação do Senado. Assim, não obstante formule seu raciocínio com base na clara distinção entre efeitos internos e internacionais do tratado, uma premissa dualista, sua conclusão final faz crer que a ratificação compõe o procedimento de internalização, tornando-o dependente daquela para sua adequada conclusão.

No rigor do dualismo, deveria presumir-se a geração de efeitos internos pela norma promulgada ainda não ratificada, porquanto a ordem do Presidente da Re-

pública contida no Decreto bastaria para tanto, sem qualquer condição que a suspenderesse. Faltam neste ponto elementos da prática governamental ou jurisprudencial que corroborem uma ou outra alternativa (a de aplicar-se o tratado internamente mesmo sem a ratificação, ou a contrária). De todo modo, se perante esta primeira questão o dualismo parece enquadrar-se à prática brasileira, há outros pontos sobre a internalização que merecem cuidadosa análise e serão a seguir abordados.

4.2. *Acordos executivos*

A aplicabilidade da teoria dualista à sistemática brasileira pode ser posta em dúvida pela realização dos chamados acordos executivos, porquanto nestes não há intervenção do Poder Legislativo na formação do vínculo convencional. Deve-se investigar se a supressão de parte do trâmite interno permite aproximar os dois planos de vigência.

Segundo a prática brasileira, os acordos executivos diferem dos demais tratados por não serem submetidos ao Congresso Nacional. A sua possibilidade jurídica foi objeto de aceras discussões doutrinárias no País, marcadas pelo célebre debate entre Haroldo Valladão (1950, p. 95-108) e Hildebrando Accioly (1953, p. 58-63).¹⁸ Se hoje a questão encontra-se adormecida, pode-se radicar sua solução numa interpretação extensiva do artigo 49, I, da Constituição.¹⁹ Com efeito, atualmente todos os tipos de tratados devem ser submetidos ao Congresso Nacional, com poucas hipóteses de exceção.²⁰ São elas, segundo a doutrina

¹⁸ Ver: BARBOSA (2004, p. 353-361); REZEK (2004, p. 133-138).

¹⁹ Vide nota 13, *supra*.

²⁰ Embora sejam poucas as brechas para o recurso aos acordos executivos, numericamente se pôde comprovar em acurada pesquisa que elas são amplamente utilizadas. Cachapuz de Medeiros (1983, p. 130-145; 1995, p. 431-432) demonstrou que perto de um terço dos tratados eram feitos com a forma simplificada, sem submissão ao Congresso, proporção que aumentou sob a égide da Constituição de 1988, pois aproximadamente

prevalente: a) os acordos, protocolos e ajustes que secundam tratados já aprovados pelo Congresso Nacional; b) e os atos da rotina diplomática. Mesmo neste último caso estará vedada a forma simplificada se a execução do tratado demandar dotação orçamentária alheia àquela alocada às relações exteriores ou gravame sobre bem público. Aduz-se que os atos devem ainda ser reversíveis, isto é, que o Governo possa desonerar o País de sua obrigação sem a necessidade do período requerido para a eficácia da denúncia de um tratado.²¹

A simplicidade do procedimento não conduz, contudo, à eficácia imediata de tais acordos, simultânea à sua vigência internacional. Suponha-se que tenha havido a troca dos instrumentos de ratificação na forma prevista no tratado, cumprindo-se a condição para o início da exigibilidade das obrigações nele previstas para os Estados signatários. No plano doméstico, dependerá de ato interno a vigência das normas nele contidas. A esse respeito, vale a lição de Rezek, que anota ser “ostensivo” o nosso ordenamento jurídico, requerendo-se norma interna publicada para que autoridades públicas possam aplicar os comandos do tratado. Não há, a rigor, internalização de acordo executivo. Em regra, cumprindo-se os atos internacionais necessários à vigência internacional, o acordo será publicado no Diário Oficial. Essa publicação não acompanha Decreto presidencial de promulgação, ato reservado aos tratados aprovados pelo Con-

metade dos tratados por ele contabilizados no período de 1988 a 1995 não foram submetidos ao Congresso.

²¹ Esta é a posição de Rezek (2004, p. 133-138), frequentemente referida por outros autores. O gravame sobre bem público não consta do texto desse autor. Foi aqui aduzido porque se encontra inserto na mesma lógica e vem comprovado pela prática. Ilustra-o o parecer da Câmara dos Deputados (2001, p. 14) de rejeição ao acordo sobre a base de Alcântara. Tolfo (2006) considera que os acordos executivos violam o princípio da separação dos poderes, revelando uma hipertrofia do Poder Executivo, e argumenta que, na própria Constituição, artigos 68, §1º, e 49, XI, há fundamento para sustentar que nenhum acordo executivo pode ser válido no Brasil.

gresso. Falta-lhe, portanto, ordem expressa de cumprimento. Por consequência, acordos desse gênero não podem ser aplicados pelo Poder Judiciário para fundamentar reclamos de particulares.²² Essa conclusão se vê corroborada pela jurisprudência, não obstante sua rara discussão em sede judicial.

Na extradição n. 905/BE, o STF apreciou pedido de extradição em desfavor de nacional belga envolvido com tráfico internacional de drogas. Amparava-se o pleito no tratado de extradição entre os dois países, de 1953. Nesse documento, todavia, não estava arrolado o crime objeto do pedido; ele somente foi incluído por ocasião da celebração de acordo por troca de notas. A corte deveu então decidir sobre a viabilidade de acordos executivos acrescerem obrigações internacionais para o País, com vigência interna. No seu voto, o relator, Min. Joaquim Barbosa, repassa a polêmica sobre acordos executivos para firmar seu argumento de que tais atos não podem ser válidos na ordem interna. É certo que, no caso sob comento, três óbices matizaram a decisão: 1) não havia no tratado previsão de complementação por troca de notas; 2) não foi publicado o acordo por troca de notas na imprensa oficial; 3) o acordo, no dizer do relator, “acrescentou sentido” ao tratado original.²³

Apesar da supressão de parte do trâmite reservado aos tratados em geral, a vigência interna dos acordos executivos não se alinha automaticamente à vigência

²² O autor afirma-o categoricamente: “Em caso algum esses acordos [executivos] pretendem produzir efeito sobre particulares, mas, por imperativo do direito público brasileiro, a divulgação oficial se impõe para que a própria ação de funcionários públicos da área, no sentido de dar cumprimento ao avençado, seja legítima”. (REZEK, 2004, p. 138)

²³ STF. *Extradição 905*, da Bélgica. Tribunal Pleno. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento de 24.02.2005. p. 33-40. Não obstante a inaplicabilidade do acordo executivo, o Tribunal deferiu o pedido, fulcrado no artigo 6.3 da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de Viena, 1988, que prevê a possibilidade de de a própria Convenção servir de base para pedidos de extradição não fundados em tratados bilaterais.

internacional. Muito pelo contrário, trata-se de caso de evidente independência entre os dois planos de vigência. Logo, não há, em relação aos demais tratados, consequência distinta para a questão enfocada.

4.3. O costume

O Direito Internacional Público não resume suas fontes aos tratados. Reconhece também a validade de normas consuetudinárias e princípios gerais de Direito para produzirem normas obrigatórias. O costume, segundo o artigo 38, 1, b, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, forma-se pela combinação de dois elementos, prática e *opinio juris*.²⁴ (SALIBA, 2008, p. 749)

No Brasil, a invocação de normas dessa natureza perante os tribunais tem rara ocorrência. Em um tema, porém, apresentam-se como o único fundamento possível: a imunidade do Estado estrangeiro.

Sabe-se que a jurisprudência brasileira, seguindo padrões observados noutros países, adotou posição mais flexível, autorizando o processamento do Estado estrangeiro não somente no caso de renúncia expressa, mas também quando o ato ensejador da controvérsia puder ser caracterizado como um ato de gestão. (SALIBA, 2005, p. 23-33)

O ponto de relevo para a discussão sobre o dualismo é que os tribunais não demandaram ato interno para aplicar a norma consuetudinária à querela entre o cidadão e o Estado estrangeiro; não o fizeram quando se adotava no País a teoria absoluta, fundada numa sólida regra do direito das gentes, como exemplifica a célebre disputa imobiliária entre Síria e Egito,²⁵ nem quando se alterou a tendência das cortes, orientada por um alentado voto do Ministro Rezek na Apelação 9.696, no qual listou os precedentes da prática dos Estados

²⁴ Sobre o costume, ver LUPI (2007, p. 53-138).

²⁵ STF. *Ação Cível Originária n. 298*, do Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Min. Soares Munoz. Julgamento de 14 de abril de 1982. DJ, 17.12.1982. p. 13201.

e deles inferiu a *opinio juris* prevalecente, para admitir processar o Estado estrangeiro por reclamação trabalhista.²⁶

A norma costumeira aplica-se, assim, independentemente de qualquer ato interno. Sua recepção ocorre por via jurisprudencial. Os tribunais recolhem das provas da prática internacional a substância do costume e conferem-lhes sentido, diretamente, sem intermediação, nem consulta ao Poder Executivo.

Em conclusão, quando se toma apenas a indagação sobre o momento inicial de vigência do tratado na ordem interna e sua relação com os atos internacionais tendentes a dar-lhe vigência no plano internacional, parece adequado afirmar-se que o Brasil filia-se ao dualismo, posto que existe total independência entre os atos e seus efeitos em cada um dos planos de existência da norma convencional. Dificultam a coerência dessa descrição a incorporação das normas costumeiras e a subordinação dos efeitos do tratado internalizado e promulgado à ratificação. Ainda assim, no cômputo geral, talvez haja mais compatibilidade do que discrepância. Contudo, passado o momento inicial, isto é, na execução e nas possibilidades de suspensão e extinção da vigência internacional do tratado, a resposta necessita ser reavaliada. É o que se demonstrará a seguir.

5. A norma internalizada e os fatos internacionais posteriores à sua vigência

5.1. Efeitos da denúncia sobre o tratado vigente internamente

O primeiro exemplo aqui colacionado, para demonstrar como fatos alheios ao plano puramente interno de vigência da norma podem afetá-la, trata de denúncia de tratado firmado pelo País. A hipótese é a de que o Brasil decida não mais fazer parte de um tratado e comunique formalmente sua

²⁶ STF. *Apelação Cível n. 9696*. de São Paulo. Tribunal Pleno. Relator Min. Sydney Sanches. Julgamento de 31 de maio de 1989. DJ, 12.10.1990. p. 11045.

denúncia ao depositário ou à contraparte. Em razão da premissa dualista, esse ato não deveria repercutir na ordem interna sem nova manifestação do Poder Executivo para esse fim, notadamente a revogação expressa do Decreto de promulgação. Mas contrariando o dualismo, o Judiciário sentiu-se à vontade para negar vigência ao tratado denunciado, independentemente de ato revocatório.

No RMS 8799/61, o STF analisou o indeferimento de mandado de segurança a importador que pretendia beneficiar-se de isenção tributária decorrente do Tratado de Comércio e Navegação firmado com a Argentina e vigente internamente desde 1943 (Decreto 5.331/43). Apoiando-se em parecer da Procuradoria Geral da República, o STF manteve a decisão recorrida, porque o Brasil denunciara dito tratado em 1957 (nota 66, de 12 de setembro de 1957). Lê-se no parecer usado de fundamentação para o acórdão:

“Evidente que o juiz não podia conceder segurança contra pagamento de importação, alegando-se contra a tributação a existência de um acórdão internacional sôbre determinadas mercadorias, quando se verifica que tal acórdão já está denunciado e ainda, com a agravante, do impetrante nem sequer provar que a mercadoria que pretende a isenção, seria daquelas compreendidas no acórdão já denunciado.”²⁷

Três anos antes, o STF havia determinado que o benefício previsto no acordo deveria continuar a ser deferido aos importadores de produtos argentinos até a data em que a denúncia surtisse seus efeitos de acordo com o artigo XIX do Tratado.²⁸ Repara-se, outrossim, ser a vigência do

²⁷ STF. *Recurso em Mandado de Segurança 8799/SP*. Tribunal pleno. Relator Min. Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 02/08/1961. DJ 15-09-1961, p. 1947.

²⁸ STF. *Recurso em Mandado de Segurança 5990/SP*. Tribunal Pleno. Relator Min. Luis Gallotti. Julgamento: 29/10/1958.

ato internacional a condição dos efeitos internos, afastando-os à sombra do cancelamento daquela sem que exista um mecanismo interno de recepção do ato extintor da norma no plano internacional.

Observa-se, nesses acórdãos, que não se exigiu ato interno para negar vigência a obrigações internalizadas decorrentes de tratado. O postulado da plena separação entre as duas ordens não foi seguido pelo tribunal.

5.2. *A vigência internacional do tratado para outro Estado Parte*

Outra situação da prática brasileira contrária à tese dualista respeita a vigência internacional do tratado para o Estado Parte cujas leis ou atos, por alguma razão, sejam relevantes para a causa. Para o propósito deste artigo, apresenta elevado interesse recente jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região concernente à revalidação automática de diplomas. O Brasil firmou a *Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe*. Ela ingressou no ordenamento pátrio pelo Decreto 80.419 de 1977. O Brasil denunciou o tratado em 1998. Por força da cláusula 18.3 do tratado, a denúncia operou seus efeitos em 15 de janeiro de 1999. Em 31 de março de 1999, revogou-se o Decreto 80.419, por meio do Decreto 3.007. Aqui, porém, o tema de maior relevo diz respeito à posição do Estado no qual foi expedido o diploma que o postulante pretendia revalidar sem o usual processo administrativo. O Tribunal mantém a decisão de primeiro grau, de indeferimento do pedido. Na fundamentação, o principal motivo está assim enunciado:

“Ainda que seja verdade que a Lei boliviana n. 1992, de 28 de julho de 1999, aprovou e ratificou o ato internacional multilateral²⁹ (consulta realizada

²⁹ Consulta realizada no endereço eletrônico do Senado Nacional boliviano. Disponível em: <www.senado.bo>. Acesso em: 20 out. 2005.

no endereço eletrônico do Senado Nacional boliviano - www.senado.bo - em 20.10.2005), veja-se que antes desta data o Brasil havia depositado o instrumento de denúncia do tratado e já tinha escoado o prazo de 12 meses, previsto no art. 18, inciso 3 do Convênio, para que a denúncia surtisse seus jurídicos efeitos. Ou seja, quando da aprovação da lei boliviana o Brasil já não mais se obrigava pelos termos do tratado enfocado. Não houve coincidência na vinculação do Brasil e da Bolívia aos termos do acordo multilateral. Aliás, a Bolívia, embora tenha editado a lei de aprovação do tratado no ano de 1999, somente em 17/06/2005 procedeu ao depósito do instrumento de ratificação do pacto, de modo que um mês após a esta data iniciou para ela a vigência do acordo internacional³⁰.

Por consequência, não havia acordo em vigor entre os dois países e, ante a ausência de reciprocidade, julgou o Tribunal ser “inviável reconhecer-lhe o direito ao registro de seu diploma, independentemente de processo de revalidação.”³¹

Como visto, a decisão analisa a legislação boliviana e a ratificação pela Bolívia do mesmo tratado, concluindo que ambos os atos ocorreram posteriormente à denúncia do Brasil. É bem verdade que, ainda que houvesse coincidência da vigência internacional para Brasil e Bolívia, o Tribunal provavelmente não deferisse o pedido, baseado em sua própria jurisprudência e na do STJ, segundo a qual o estudante no exterior não formado antes da revogação interna do Decreto que internalizava o tratado tem mera expectativa de direito e

³⁰ Informações disponíveis em: <www.portal.unesco.org>. Acesso em 20 out. 2005.

³¹ TRF4. *Apelação Cível n. 2007.71.00.013239-0*. Terceira Turma. Relatora Des. Ingrid Schroder Sliwka. D.E. 26/03/2008. No mesmo sentido, do mesmo tribunal: *Apelação em Mandado de Segurança n. 2007.72.00.000726-3*. Terceira Turma. Relator Des. Roger Raupp Rios. D.E. 08/08/2007.

não direito adquirido à revalidação automática.³²

Em parecer dado em caso similar, acolhido integralmente como fundamentação do acórdão, o Ministério Público Federal sustentou que

“A denúncia apresentada à UNESCO pelo Governo Brasileiro retira, pois, um dos dois pilares de sustentação do acordo internacional, impedindo sua aplicação no território nacional, onde editado o Decreto Presidencial nº 3.007/99. A dúvida que se põe diz respeito à aplicabilidade do tratado quando apenas um dos seus ‘pilares’ permanece em pé.”

Se o Brasil fosse rigidamente dualista, valeria internamente somente o Decreto de internalização, repudiando-se a menção a “dois pilares”. Logo, a denúncia seria vista meramente como a causa, não jurídica, da revogação do Decreto e, por conseguinte, o conculinte de curso superior que obteve diploma durante o período de 15.01.1999 (data em que a denúncia tornou-se operativa) e 31.03.1999 (data do Decreto de revogação) teria direito à revalidação automática. O acolhimento de tal solução, todavia, apresenta-se pouco afeito às tendências verificadas no item 5.1 deste trabalho. Tem-se aqui, destarte, forte argumento para evidenciar que o Brasil não é país firmemente adepto do dualismo, pois a vigência internacional do ato tem repercussões no ordenamento interno, independentemente de manifestação das autoridades do País. Relembre-se que essa análise diz respeito à aplicabilidade pelos tribunais, não excluindo o dever de consistência das ações externas e internas de um governo, que, mesmo que ciente das relações aqui explicitadas, precisa revogar internamente o tratado denunciado

internacionalmente, do mesmo modo que necessita promulgá-lo para o vigor interno e ratificá-lo para o vigor internacional.

5.3. Acordos cuja vigência está subordinada à observância da reciprocidade

Diversos dispositivos da legislação brasileira preveem restrições de direitos aos estrangeiros, reservando-os exclusivamente aos nacionais. Cite-se, à guisa de exemplo, a titularidade de certos cargos públicos e a participação na administração de sociedades empresariais. Porém, com frequência, acordos internacionais podem estender a estrangeiro o privilégio concedido aos nacionais, sob condição de brasileiros beneficiarem-se de idênticos direitos no país do estrangeiro. A própria Constituição admite tal possibilidade, nos artigos 12, §1º (igualdade de direitos para portugueses residentes), 178 (ordenação do transporte internacional) e 52 do ADCT (vedação de instalação de novas agências bancárias estrangeiras até a regulamentação do artigo 192, salvo reciprocidade). Uma busca não exaustiva na legislação nacional revela a presença da mesma condição no que tange à revalidação de diplomas estrangeiros (LDB, art. 48, §2º; CLT, art. 325, §2, b), aos direitos das companhias aéreas estrangeiras (Código Brasileiro de Aeronáutica, artigos 157, sobre admissão de tripulantes estrangeiros em aeronaves nacionais, condicionada à reciprocidade, e 214, §2º, sobre autorização de agência de empresa estrangeira, condicionada à reciprocidade), e a direitos de propriedade intelectual (Lei de Propriedade Intelectual, n. 9.279/96, arts. 3º, II e 124, XXIII; Lei de Direitos Autorais, n. 9.610/98, art. 2º par. único). Finalmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exhibe casos de extradição baseada em promessa de reciprocidade, nas situações em que não há tratados entre o país solicitante e o Brasil, ou em que o tratado não cobre o crime ensejador do pedido de extradição. Em todos esses casos, é de se indagar se os tratados podem deixar de ser

³² STJ. *Recurso Especial 846671/RS*. Primeira Turma. Relator Ministro José Delgado. DJ 22.03.2007, p. 301; TRF4. *Apelação Cível n. 2006.71.00.009927-8*. Terceira Turma. Relator Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. D.E. 23/07/2007 (o acórdão traz diversas referências à jurisprudência dos TRFs e do STJ).

aplicados pelos tribunais brasileiros por falta de observância, pelo país estrangeiro, de idêntico tratamento aos brasileiros. Uma resposta afirmativa confirma a permeabilidade das esferas internacional e nacional de vigência do tratado.

A jurisprudência não é farta nessa matéria. A reciprocidade costuma ser invocada pelos tribunais em matéria de imunidades do Estado estrangeiro e dos seus representantes. Contudo, em tais situações a reciprocidade é trazida como fundamento da obrigação do País. Os casos em que a ausência de reciprocidade conduziu à não aplicação do tratado são raros. Lembre-se, em primeiro lugar, o já citado acórdão sobre revalidação de diplomas expedidos na Bolívia, que, ao tempo do pedido em questão, ainda não havia ratificado o tratado e, portanto, não poderia outorgar o favor requerido a um brasileiro lá vivente.

Agregue-se a esse exemplo o julgamento de pedido extradicional feito pela Alemanha, baseado em promessa de reciprocidade, assim ementado:

“Extradição. Inexistência de tratado com o País requerente. Promessa de reciprocidade. Impossibilidade de cumprimento à luz da constituição alemã. Indeferimento do pleito. A Constituição da República Federal da Alemanha contém vedação à extradição do nacional alemão (art. 16), sem estabelecer qualquer exceção.

Por essa razão, o Estado requerente não demonstra estar habilitado a cumprir promessa de reciprocidade quando esta é formulada no bojo do pedido de extradição de pessoa que ostenta a condição de cidadão brasileiro naturalizado, como é o caso dos autos. Ausentes pressupostos do art. 76 da Lei n. 6.815/80. Pedido de extradição indeferido.”³³

³³ STF. Extradição n. 1.010, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento de 24.05.06, DJ de 19.12.06. Sobre o tema ver: SILVA, LUPI (2007b, p. 273-283; 2007a, p. 47-57).

Na fundamentação do acórdão, percebe-se que a Procuradoria-Geral da República e os Ministros do STF examinaram o art. 16 da Constituição alemã, que determina que nenhum alemão pode ser extraditado ao estrangeiro, não fazendo distinção entre o nato e o naturalizado, como ocorre com a Constituição nacional (art. 5º, LI). Para reforçar sua interpretação, citam manifestações de tribunais e doutrinadores alemães. Assim, se não pode a Alemanha extraditar alemão naturalizado a pedido do Brasil, tampouco pode-se conceder extradição de brasileiro naturalizado à Alemanha.

Conclui-se, portanto, que também quando a previsão de direitos a estrangeiros estiver subordinada a acordos internacionais baseados em reciprocidade, o tratado poderá não ser aplicado se for provada a não observância de idêntico tratamento a brasileiros no país do estrangeiro beneficiado ou a impossibilidade de atendimento à reciprocidade. Registre-se que, nos casos apreciados, essa verificação foi empreendida de ofício pelo Judiciário brasileiro, que colacionou as provas encontradas em suas próprias investigações acerca do Direito estrangeiro.

Antes de encerrar este tópico, deve-se mencionar o artigo 60 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, que autoriza a suspensão do tratado por não-cumprimento da outra Parte. Pode-se argumentar que os tribunais brasileiros, ao aplicarem a legislação que subordina os efeitos de acordos internacionais à reciprocidade, estão autorizados a negar a extensão de direitos a estrangeiros na falta desta ou ante sua impossibilidade, em virtude da faculdade prevista no artigo 60. Todavia, essa ponderação não afeta o que se pretende afirmar sobre a posição brasileira na dicotomia entre monismo e dualismo. Primeiro, porque, se os tribunais brasileiros precisassem fundamentar em norma prevista no ordenamento internacional a não aplicação interna de obrigação internacional, já haveriam ignorado a barreira estrita entre os

dois planos. Segundo, porque, seguindo o postulado dualista e observando a divisão das funções estatais referentes aos tratados, os tribunais somente poderiam aplicar o artigo 60 depois de declaração do Poder Executivo de suspensão da vigência do ato cuja reciprocidade fora atacada. Nada disso afeta, pois, a conclusão de que fatos internacionais podem interferir na vigência interna da norma internalizada.

6. Conclusões

Procurou-se neste artigo avaliar se o Brasil adota a teoria dualista concernente às relações entre Direito Internacional e Direito Interno. Num primeiro momento, mostrou-se que a doutrina hesita em aplicar-lhe esse rótulo sem qualificações adicionais e que estas tornam pouco definido o conteúdo prático da pretendida assunção teórica. Em seguida, foram abordados os estudos clássicos do Direito Internacional sobre o dualismo e da corrente que lhe é oposta, o monismo, para concluir que aquela primeira teoria implica rigorosa cisão dos momentos de vigência interna e internacional, afastando a influência dos atos formalizados no plano internacional sobre a vigência de normas internas, entre elas, o tratado já internalizado.

Ao empreender um exame da jurisprudência pátria, observou-se que os tribunais ladeiam os autores dualistas no que tange à inserção da norma no ordenamento pátrio, preservando o espaço de ação das autoridades internas, únicas a deliberarem sobre o início da vigência da norma internacional no plano interno. Nesse sentido, a vigência internacional não importa para aferir se a norma já vale internamente. Ainda que haja discussão doutrinária a respeito de qual ato interno introduza o tratado no Brasil, se Decreto Legislativo ou Decreto Presidencial de promulgação, ou, no caso dos acordos executivos, se geram ou não efeitos para particulares quando publicados no Diário Oficial, é sempre um ato de autoridade

interna que produz os efeitos na ordem jurídica brasileira.

Perturbam o enquadramento feito duas situações: a ineficácia do ato de internalização de tratado quando este ainda não vige internacionalmente para o País e a recepção das normas costumeiras pelo Poder Judiciário.

Na continuidade da aplicação do tratado, não se pode afirmar fidelidade ao dualismo. Três situações foram examinadas para comprovar que os atos na esfera internacional repercutem na aplicabilidade da norma internalizada.

Primeiro, foram trazidos à baila julgados relativos aos efeitos da denúncia de tratado no plano internacional. Viu-se que, embora seja recomendável a revogação dos atos internos que dão sustentação à vigência interna da norma, os tribunais não a exigem para declarar inaplicável direito previsto em tratado já denunciado pelo Brasil. Mais: apoiam-se para tanto num fato regulado pelo Direito Internacional, qual seja, o lapso requerido para que a denúncia surta efeitos. A toda evidência, consideram apoiar-se a vigência interna do tratado sobre dois pilares, a vigência internacional e a norma de internalização. Ruindo qualquer um dos dois, deixa-se de aplicar o tratado.

Segundo, anotou-se que a suspensão ou a extinção ou, ainda, a não formação do liame convencional entre o Brasil e o Estado estrangeiro, por falta de ratificação ou incorporação do tratado por este último, geram a não-aplicação do tratado no plano interno.

Terceiro, verificou-se o caso dos atos que exigem reciprocidade, para os quais parece definida a posição dos tribunais de perquirir sobre a aplicação pelo país estrangeiro do direito solicitado às autoridades brasileiras.

Em conclusão, explica melhor a situação brasileira do que a regra sintetizada no termo dualismo a constatação de que os tribunais brasileiros interpretam restritivamente

a vigência das normas internacionais no âmbito interno. Possivelmente espelhando tendência também já encontrada alhures (SCHREUER, 1971, p. 255-297), de ver os tratados como restrições à soberania nacional, os tribunais, para defendê-la, tendem a negar vigência interna aos tratados quando encontram num ou noutro lado fato que os autorize a assim proceder. Isto não quer dizer que seja o Brasil monista com primazia do Direito nacional, pois a refutação do dualismo passa pela permeabilidade entre os dois planos de vigência, algo inadmissível na teoria monista nacionalista.

Deve-se ressaltar que, ante a complexidade das relações entre o Direito Internacional e o interno e as variações e sutilezas ocorrentes na prática das autoridades brasileiras, a possibilidade de valer-se de um conceito redutor, como dualismo, vê-se afastada. Nem se pode sustentar que as adjetivações e as remodelações que sofre para se adaptar à incontável quantidade de exceções podem salvá-lo. Em verdade, apenas nublam o conteúdo específico do termo, despindo-o de eficácia descritiva e poder explicativo. Ao menos no que tange à vigência das normas internacionais, a conclusão sobre a possibilidade de descrever a prática brasileira como dualista é negativa.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando. A Conclusão de atos internacionais no Brasil. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 17-18, p. 58-63, jan./ dez 1953.
- _____. Promulgação de tratado de comércio e navegação Brasil-Chile, de 1943. Ausência do respectivo decreto. Conceito da promulgação de tratados. Parecer de 11 de junho de 1954. In: MEDEIROS, A. P. Cachapuz de (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Brasília: Senado Federal, (1952-1960), 2001.
- ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de droit international*. Paris: Panthéon-Assas, 1999.
- ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 10 ed. Uberaba: Forense, 2000.
- ARIOSI, Mariangela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Inserção dos tratados no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 132, p. 71-80, out./ dez. 1996.
- BARBOSA, Salomão Almeida. O poder de celebrar tratados no direito positivo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, p. 353-361, abr./ jun. 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Universidade de Brasília, 1999.
- CAMARA DOS DEPUTADOS. Parecer sobre a Mensagem n. 296, de 2001. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Relator Dep. Waldir Pires, 17 ago. 2001.
- CARVALHO, P. B. Tratados internacionais em matéria tributária: estudo de um caso concreto. In: CASELLA, Paulo et al. (Orgs.). *Direito internacional, humanismo e globalidade*: Guido Fernando Silva Soares Amicorum Discipulorum Liber. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FOOTER, Mary. Research program: the symbiosis between public international law and national law. *International Law Forum*, n. 3, p. 249-252, 2001.
- HENKIN, Louis. Implementation and compliance: is dualism metastasizing? *Proceedings of the American Society of International Law*, v. 91, p. 515-518, 1997.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2007.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Third report of the committee on international law in national courts. *Taipei Conference (68th)*, p. 659-683, 1998.
- KELSEN, H. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Paris, Hachette, tome 14, p. 226-331, 1926.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- LITRENTO, Oliveiros. *Curso de direito internacional público*. 3 ed. Uberaba: Forense, 1997.
- LUPI, André. *Os métodos no direito internacional*. São Paulo: Lex, 2007.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O supremo tribunal federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

_____. *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: LP&M, 1983.

_____. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional publico*. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NÓBREGA, Beatrice Guimarães. *O dualismo de preeminência internacional: uma abordagem antiformalista acerca da relação entre direito internacional e direito interno a partir do ordenamento jurídico de Santi Romano*. Dissertação de Mestrado. UFSC, Florianópolis, 2008.

REZEK, José Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, p. 133-138, abr./ jun. 2004.

_____. *Direito internacional público: curso elementar*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Tratados e suas relações com o ordenamento jurídico interno: antinomia e norma de conflito. *Revista CEJ*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 54-59, maio/ ago. 1997.

ROMANO, Santi. *Corso di diritto internazionale*. Padova: CEDAM, 1939.

_____. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: F. Boiteux, 2008.

SALIBA, Aziz Tuffi. A imunidade absoluta de jurisdição de estados: sólida regra costumeira ou mito? *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 8, p. 23-33, 2005.

_____. *Legislação de direito internacional*. 3 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

SCHREUER, Christoph. The interpretation of treaties by domestic courts. *British Year Book of International Law*, v. 45, p. 255-297, 1971.

SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia*. Madrid: Trotta, 1999.

SILVA, C. A., LUPI, André L. P. B. A extradição por reciprocidade no Brasil. *Realidades: direitos humanos, meio ambiente e desenvolvimento*. Natal: UFRN, 2007a.

SILVA, C. A., LUPI, André L. P. B. A proibição da extradição de nacionais no procedimento baseado em promessa de reciprocidade. *Produção Científica CEJURPS*, v. 1, p. 273-283, 2007b.

STF. *Ação Cível Originária n. 298*, do Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator Min. Soares Munoz. Julgamento de 14 de abril de 1982. DJ, 17.12.1982, p. 13201.

STF. *Apelação Cível n. 9696*. de São Paulo. Tribunal Pleno. Relator Min. Sydney Sanches. Julgamento de 31 de maio de 1989. DJ, 12.10.1990, p. 11045.

STF. *Carta Rogatória n. 8279-4*. Relator. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, 14.05.1998, p. 34.

STF. *Extradição 905*, da Bélgica. Tribunal Pleno. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgamento de 24.02.2005, p. 33.

STF. *Extradição n. 1.010*, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento de 24.05.06, DJ de 19.12.06.

STF. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 23914/DF*. Rel. Min. Maurício Corrêa. Decisão de 08.05.2001.

STF. *Recurso em Mandado de Segurança 5990 / SP*. Tribunal Pleno. Relator Min. Luis Gallotti. Julgamento: 29/10/1958.

STF. *Recurso em Mandado de Segurança 8799 / SP*. Tribunal pleno. Relator Min. Goncalves de Oliveira. Julgamento: 02/08/1961. DJ 15-09-1961, p. 1947.

STJ. *Recurso Especial 846671/RS*. Primeira Turma. Relator Ministro José Delgado. DJ 22.03.2007, p. 301.

TOLFO, Andrea Cadore. *A conclusão dos tratados internacionais: as exigências constitucionais e a prática executiva*. Dissertação de Mestrado, UFSC, Florianópolis, 2006.

TRF4. *Apelação Cível n. 2006.71.00.009927-8*. Terceira Turma. Relator Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. D.E. 23/07/2007.

TRF4. *Apelação Cível n. 2007.71.00.013239-0*. Terceira Turma. Relatora Des. Ingrid Schroder Sliwka. D.E. 26/03/2008.

TRF4. *Apelação em Mandado de Segurança n. 2007.72.00.000726-3*. Terceira Turma. Relator Des. Roger Raupp Rios. D.E. 08/08/2007.

TRIEPEL, Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Paris, Hachette, tome 1, p. 77-118, 1923.

_____. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1899.

VALLADÃO, Haroldo. Aprovação de ajustes internacionais pelo congresso nacional. Parecer. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 11-12, p. 95-108, jan./ dez. 1950.

Dos casos em que é desnecessário homologar uma sentença estrangeira

Marcela Harumi Takahashi Pereira

Sumário

1. Introdução. 2. Como identificar os efeitos da sentença estrangeira independentes da homologação. 3. Sentença estrangeira. 4. Efeitos típicos e atípicos da sentença estrangeira. 5. Efeitos próximos e remotos da sentença estrangeira. 6. Reconhecimento com ou sem homologação. 7. Limites constitucionais ao reconhecimento sem a homologação. 8. Palavras finais.

1. Introdução

“Quais dos efeitos da sentença estrangeira realmente necessitam de homologação para serem absorvidos pelo ordenamento brasileiro?” A questão é considerada uma das “pedras-de-toque da importação da sentença estrangeira” por Aragão e Rosas (1988, p. 138). Na Itália, há mais de um século, tentou respondê-la o internacionalista Dionisio Anzilotti (1963, p. 197, 212, 213)¹. Para ele, assim como, no plano internacional, coexistiriam diversas soberanias, nenhuma delas podendo impor-se às demais, também no plano interno não faria sentido que a Itália aceitasse as sentenças estrangeiras como tais, independentemente de uma chancela do judiciário local. Anzilotti (1963, p. 197, 212, 213) pugnava pela ampla exigência da homologação, como corolário

Marcela Harumi Takahashi Pereira é Doutora em direito internacional – UERJ. Promotora de justiça – MG.

¹ A data da elaboração e a da publicação distam em muitas décadas, sendo o estudo referido o comentário a uma decisão da Corte de Apelo de Milão, de 19 de dezembro de 1900.

da independência entre as soberanias e da territorialidade das jurisdições, e criticava a informalidade com que diversos tribunais reconheciam as sentenças estrangeiras na Itália do final do século XIX, exigindo a homologação apenas para a execução forçada. A sentença, fruto do exercício da jurisdição por um Estado estrangeiro, não deveria em nenhuma hipótese produzir efeitos de sentença na Itália sem a prévia homologação.

Desde que Anzillotti lançou suas ideias, no entanto, o mundo mudou. Hoje a preservação da soberania nacional coexiste com novos ideais, como a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, que é um princípio constitucional expresso no Brasil (art. 4º, IX, da CR). Hoje, a cooperação jurídica internacional tem em vista não só o Estado, mas também almeja a satisfação do jurisdicionado. Hoje os países traçam políticas conjuntas, para solucionar problemas que consideram globais. A aproximação dos diversos povos, seja no plano econômico, político ou jurídico, caracteriza o nosso tempo e naturalmente produz reflexos no campo das sentenças estrangeiras. Seria, então, mais apropriado formularmos, pelo avesso, a pergunta de Aragão e Rosas: “Quais dos efeitos da sentença estrangeira *dispensam* a homologação para serem absorvidos pelo ordenamento brasileiro?”.

2. Como identificar os efeitos da sentença estrangeira independentes da homologação

Diante do caso concreto, para dizermos se a homologação é dispensável, quatro questões são relevantes:

1ª) O ato estrangeiro que se quer que produza efeitos no nosso país caracteriza-se, segundo a lei brasileira, como uma *sentença estrangeira*? Essa questão é preliminar em relação às outras, porque, se o ato não for uma sentença estrangeira, estará fora do escopo do nosso estudo. Se for título executivo extrajudicial, lei ou negócio

jurídico, poderá até produzir efeitos no Brasil, mas certamente não dependerá da homologação, que, aliás, será juridicamente impossível.

2ª) Os efeitos que se pretendem extrair da sentença estrangeira são *tipicamente sentenciais*?

3ª) Tais efeitos deverão *impactar diretamente no Brasil* ou são meros “efeitos de efeitos”?

4ª) O direito dispensa ou, ao contrário, exige a *homologação* para o reconhecimento da sentença estrangeira na hipótese específica?

3. Sentença estrangeira

Em primeiro lugar, então, é preciso saber se se está diante de uma sentença estrangeira. O que é uma “sentença estrangeira”? É uma decisão prolatada por uma soberania estrangeira, ou excepcionalmente o ato produzido por particulares conforme o ordenamento estrangeiro, cujo *conteúdo*, no Brasil, seria próprio de uma sentença ou de atos a ela assimilados. Assim, o contrato de adoção celebrado no exterior é sentença estrangeira no Brasil. São também sentenças estrangeiras, por exemplo, os atos elencados como títulos executivos judiciais pelo art. 475N² do Código de Processo Civil, quando provenientes do exterior. Por outro

² “São títulos executivos judiciais: I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; IV – a sentença arbitral; V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.” Dos títulos executivos extrajudiciais listados pelo art. 475N do Código de Processo Civil, apenas o sexto não serve de parâmetro para a identificação da sentença estrangeira, pois uma sentença estrangeira homologatória de sentença de terceiro país não poderá ser novamente homologada no Brasil. A solução será homologar a sentença do terceiro país.

lado, não é sentença estrangeira o título executivo extrajudicial oriundo do exterior, motivo por que o art. 585, parágrafo segundo³, do Código de Processo Civil não precisaria dispensá-lo da homologação.

4. Efeitos típicos e atípicos da sentença estrangeira

Estabelecido que estamos diante de uma autêntica sentença estrangeira, será preciso, num segundo momento, dizer se os efeitos da sentença estrangeira a serem produzidos no Brasil são ou não típicos. O que são efeitos típicos? São aqueles produzidos pela sentença como tal, seus efeitos característicos. Classificam-se em principais ou secundários: os principais são o efeito condenatório, declaratório e constitutivo, aos quais se pode acrescentar, sob o prisma processual, o efeito de extinguir o processo; os secundários são aqueles atribuídos pela lei à sentença, como acessórios e consequentes dos principais, a exemplo da hipoteca judicial (art. 466⁴ do CPC). Os efeitos secundários são previstos pelo legislador independentemente da vontade do juiz e não precisam ser expressos na sentença para se verificarem.

Os efeitos atípicos, por sua vez, são aqueles que, embora produzidos por atos e fatos jurídicos variados, podem episodicamente originar-se de uma sentença. São efeitos atípicos:

1) *Efeito probatório*: a sentença pode servir de prova documental de um fato. Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio

³“Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal [*rectius*: Superior Tribunal de Justiça], para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro. O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação.”

⁴“A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos. [...]”

Grande do Sul já considerou a separação judicial estrangeira como prova da separação de fato do casal, a fim de conceder, no Brasil, o divórcio direto dois anos depois da prolação da sentença estrangeira (Apelação Cível n. 70011693256, rel. des. Rui Portanova, 8ª Câmara Cível, j. em 30.06.05⁵).

2) *Efeito normativo*: a sentença estrangeira pode valer como lei, quando produz efeitos gerais e abstrato. É o que se passa com as sentenças estrangeiras declaratórias de inconstitucionalidade. Ao aplicar o direito estrangeiro, por força de uma regra de conexão, o juiz brasileiro deverá considerar as sentenças normativas estrangeiras, ainda que não tenham sido homologadas: assim como não se exige a homologação das leis estrangeiras, tampouco se justificaria exigi-la das sentenças para valerem, como leis, no Brasil.

3) *Efeito de título*: a sentença estrangeira pode autorizar o exercício de um direito ou a propositura de uma ação. O exemplo emblemático é o da sentença estrangeira que serve para autorizar a propositura da ação de homologação no Superior Tribunal de Justiça.

4) *Efeito de simples ato*: o legislador ou particulares podem atribuir à sentença estrangeira efeitos atípicos, os quais denominamos “efeitos de simples ato”. Se, diz Botelho de Mesquita (1986, p. 225), em um contrato de prestação de serviços advocatícios, parcela dos honorários for condicionada à prolação de sentença estrangeira favorável ao cliente, a homologação será desnecessária para a verificação do efeito pactuado. Segundo cremos, isso acontece porque, no exemplo, tem-se um efeito de simples ato. Assim como os particulares,

⁵ Segue a ementa: “APELAÇÃO. DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL. PARTES RESIDENTES NO EXTERIOR. SEPARAÇÃO EM CORTE ESTRANGEIRA. DOCUMENTO PROBATÓRIO. HOMOLOGAÇÃO. INCABIMENTO. A sentença estrangeira de separação utilizada como prova da separação fática, para fins de requerimento de divórcio direto consensual, prescinde de homologação do Superior Tribunal de Justiça. EC 45/2004. [...]”

o legislador pode atribuir às sentenças estrangeiras efeitos que não são típicos das nacionais. Assim, a condenação criminal no exterior produz um efeito de simples ato no Brasil, quando impede a concessão de visto ao estrangeiro, na hipótese do art. 7º, IV⁶, da Lei 6.815/80.

Se se tiver em vista a produção de efeitos atípicos, ainda que a sentença estrangeira comporte a homologação, a chancela do Superior Tribunal de Justiça será dispensável. Mas, se os efeitos almejados forem típicos, deveremos verificar se vão incidir próxima ou remotamente no Brasil, pois os remotos, como os atípicos, são alheios ao reconhecimento e, portanto, escusam a homologação.

5. Efeitos próximos e remotos da sentença estrangeira

Este é o terceiro passo: dizer se os efeitos que se pretende extrair da sentença estrangeira incidirão diretamente no Brasil (efeitos próximos) ou se produzirão aqui mera repercussão tênue e oblíqua (efeitos remotos). Alguns exemplos permitirão entender a dinâmica dos efeitos remotos. Se um estrangeiro se divorciar no exterior e, em seguida, se casar com brasileira também no exterior, o casamento valerá e poderá ser registrado no Brasil, sem a homologação do divórcio. Isso é assim porque a sentença estrangeira produzirá efeitos imediatos no exterior, desconstituindo um casamento lá celebrado, entre súditos estrangeiros; a desconstituição desse casamento, por sua vez, é que produzirá no Brasil o efeito de tornar válido o casamento sucessivo com uma brasileira, também realizado no exterior. Dispensando a homologação na hipótese, há acórdãos do Supremo Tribunal Federal (RE 87.632-RJ, rel. min. Moreira Alves, 2ª Turma, j. em 27.06.80), do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.148-RJ, rel. min. Nilson

⁶ “Não se concederá visto ao estrangeiro: [...] IV – condenado ou processado em outro país por crime doloso, passível de extradição segundo a lei brasileira [...]”

Naves, 3ª Turma, j. em 06.03.90) e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Ap. Cv. 1988.001.02415, rel. des. Thiago Ribas Filho, 2ª Câmara Cível, j. em 18.10.88).

Considerações semelhantes podem ser feitas, por exemplo, em relação à sentença estrangeira que, sem ter sido incorporada pelo nosso ordenamento, for rescindida no exterior. A sentença estrangeira rescindida não poderá vir a ser homologada, independentemente de ter sido a rescisória homologada ou não. É que a rescisória terá impactado diretamente no exterior, desconstituindo uma sentença estrangeira, e indiretamente produzirá no Brasil o efeito (colateral) de tornar insubsistente a sentença rescindida, que, de outra forma, seria título para a ação de homologação.

Mas a situação seria outra se a sentença estrangeira fosse rescindida no exterior após ter sido homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, pois, nesse caso, ter-se-ia um efeito próximo – e não meramente remoto – da rescisória em nosso país: a desconstituição de uma sentença já incorporada pelo nosso ordenamento, como título executivo judicial (art. 475N, VI, do CPC). Portanto, não se poderia dispensar a homologação da sentença rescisória.

Em síntese, a sentença estrangeira produz efeitos remotos (ou atípicos) no Brasil, sem a homologação. Caso, no entanto, os efeitos em questão sejam próximos (e típicos), deveremos verificar se o reconhecimento automático é autorizado por lei.

6. Reconhecimento com ou sem homologação

Acertado que os efeitos desejados são típicos e próximos, adentramos o terreno do reconhecimento. O reconhecimento é a aceitação pelo Brasil de que a sentença estrangeira é tão boa como seria uma nacional, para o fim de produzir efeitos sentenciais típicos e diretos no país. O reconhecimento não decorre de uma qualidade intrínseca da sentença, pois a jurisdição,

como expressão do poder soberano, é circunscrita ao território do país sentenciante. Qualquer eficácia extraterritorial da sentença é uma concessão do país reconhecedor, motivo por que os países podem optar por simplesmente não reconhecer as sentenças estrangeiras ou somente reconhecê-las se houver tratado, como fez o Brasil até 1878. Pela mesma razão, podem circunscrever o reconhecimento a certos temas ou fins. No Brasil, no âmbito cível, o reconhecimento é amplamente admitido, como determina o art. 15⁷ da Lei de Introdução ao Código Civil; no âmbito penal, é admitido para fins específicos, pontualmente indicados na lei ou tratado (*v.g.*, o art. 9⁸ do Código Penal identifica dois fins para os quais o reconhecimento é possível).

O reconhecimento pode dar-se por vários métodos, dos quais a homologação é apenas um. Sempre que houver a homologação, haverá o reconhecimento da sentença estrangeira, mas a recíproca é falsa; muitas vezes o reconhecimento tem lugar sem a homologação. Podemos identificar as seguintes espécies de reconhecimento:

1) *Legislativo ou automático*: decorrente exclusivamente da lei (*vide* o parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução).

⁷ “Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas.”

⁸ “A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II – sujeitá-lo à medida de segurança. Parágrafo único. A homologação depende: a – para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; b – para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.”

2) *Administrativo*: outorgado por ato administrativo. O reconhecimento administrativo foi adotado pelo Brasil enquanto vigeu o Decreto 7.777 de 1880, segundo o qual, na ausência de reciprocidade, o cumprimento das sentenças estrangeiras por juízes nacionais dependeria do “cumpra-se” do governo⁹. É, ainda hoje, adotado no Brasil – a nosso ver contra a Constituição – na hipótese de transferência de brasileiros condenados no exterior para o cumprimento de pena no Brasil (na prática, a delibação da condenação estrangeira a ser executada no Brasil é feita no bojo de um procedimento administrativo junto ao Ministério da Justiça¹⁰).

3) *Judicial*: consubstanciado em uma decisão de juiz. Essa forma de reconhecimento verifica-se no curso de um processo, a título incidental ou principal, sendo chamada de “homologação” no segundo caso (*vide* o art. 483 do Código de Processo Civil¹¹).

⁹ Dizia o art. 1^o do Decreto 7.777/1880: “Na falta da reciprocidade a que se refere o art. 1^o § 1^o do Decreto n. 6982 de 27 de Julho de 1878, a sentença estrangeira será exequível no Império si o Governo conceder – *exequatur*”. Legislação disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon>>. Acesso em: 1 ago. 2008.

¹⁰ Informação disponível no site do Ministério da Justiça: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJCD90C52DITEMID3712F8A8349F409488D92D9CE6A815D0PTBRIE.htm>>. Acesso em: 31 maio 2009. No mesmo site, registra-se: “O Ministério Público Federal já se manifestou a respeito da constitucionalidade dos Tratados de Transferência de Presos, assinalando que os mesmos podem ser formalizados, porque não se sujeitam, *a priori*, ao controle singular (homologação de sentença estrangeira).” Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJCD90C52DITEMIDFFE3BBFEE64A41A4BB414CF822BCA8ABPTBRIE.htm>>. Acesso em: 31 maio 2009. Todavia, em maio de 2009, solicitamos ao Ministério da Justiça e ao Ministério Público Federal cópia da manifestação aludida, tanto por e-mail quanto por telefone, sem obtermos êxito. Segundo Wiecko (2008, p. 241): “Este parecer [do Ministério Público Federal] não foi apresentado pelo Ministério da Justiça, nem localizado no sistema de informações do Ministério Público Federal. Ao contrário, foi localizado parecer, da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida (BRASIL, 2001), no sentido da indispensabilidade da prévia homologação.”

¹¹ “A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologa-

7. Limites constitucionais ao reconhecimento sem a homologação

Embora possível, o reconhecimento sem homologação sujeita-se a limites constitucionais no Brasil. A Constituição cuida das sentenças estrangeiras em dois dispositivos: no art. 105, I, ¹², confere ao Superior Tribunal de Justiça a competência para homologá-las; no art. 109, X¹³, confere aos juízes federais a competência para executá-las, “após a homologação”. Portanto, no Brasil, só os juízes federais podem executar as sentenças estrangeiras, e somente podem fazê-lo após a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. A Constituição não faz ressalvas.

Nem se alegue estarmos superestimando o critério literal. Não é verdade. Por um lado, o texto é o ponto de partida e a moldura da interpretação, e, ainda que o intérprete goze de liberdade para escolher, entre vários sentidos possíveis, o melhor, não goza de tamanha liberdade que lhe permita reputar não escrito o que está expresso no texto legal, especialmente se se trata do texto constitucional; por outro lado, há razões lógicas e de direito comparado que confirmam o parecer adotado. A opção constitucional alinha-se com a de muitos outros países, não constituindo nenhuma extravagância. Diversos ordenamentos exigem formalidades especiais para o reconhecimento prévio à execução da sentença estrangeira, dispensando-as nas demais situações. É o caso do direito interno na Itália e no Uruguai. A razão da distinção é a seguinte: uma coisa é reconhecer a sentença estrangeira, para que seja considerada na definição de direitos; outra coisa é reconhecer a sentença estrangeira,

da pelo Supremo Tribunal Federal [*rectius*: Superior Tribunal de Justiça]. [...]”

¹² “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] i) a homologação de sentenças estrangeiras [...]”

¹³ “Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] X - [...] a execução [...] de sentença estrangeira, após a homologação [...]”

para que seja coativamente imposta com o auxílio do aparato estatal brasileiro. Nessa última hipótese, o comprometimento do país com a sentença estrangeira é muito maior. São razoáveis, portanto, as cautelas adicionais, como a homologação.

Em todo caso, o Brasil vem celebrando diversos tratados que preveem o reconhecimento automático e seria conveniente a reforma do art. 109, X, da Constituição, para admitir a execução da sentença estrangeira sem a prévia homologação, com fundamento em tratados internacionais.

Com a ressalva de que a homologação é necessária para a execução da sentença estrangeira no Brasil, nenhuma outra restrição ao reconhecimento automático é posta pela Constituição. Tornou-se anacrônica a lição de Valladão (1978, p. 191), para quem todas as sentenças deveriam ser submetidas à homologação para que passassem a valer, como tais, no Brasil, sob pena de usurpar-se a competência de tribunal superior para deliberação da sentença estrangeira. As situações da vida real em que é preciso considerar as sentenças estrangeiras multiplicam-se, o que torna a posição de Valladão impraticável. Cada vez mais o Brasil celebra tratados admitindo o reconhecimento automático; cada vez mais o Brasil recebe sentenças estrangeiras, para valerem entre nós, servindo como evidência a estatística dos processos de homologação distribuídos em nossos tribunais superiores, a cada ano mais numerosos¹⁴.

Enquanto não advém a reforma desejada, é este o quadro constitucional: não existe, como já dizia Tenório (1955, p. 433), diante de normas constitucionais semelhantes às atuais, a regra “de que a sentença estrangeira, seja qual for a sua natureza,

¹⁴ A partir de 1990 até 2008, ano a ano, as ações de homologação de sentenças estrangeiras distribuídas no Supremo Tribunal Federal e, após a EC 45/2004, no Superior Tribunal de Justiça foram: 86, 146, 140, 180, 145, 171, 241, 248, 267, 353, 413, 462, 550, 647, 749, 1706 (efeito da mudança da competência para homologar), 892, 865 e 875. Dados disponíveis em: <www.stj.jus.br> e <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jul. 2009.

tenha de ser homologada”, mas existe sim, acrescentamos nós, a regra de que a sentença estrangeira deve ser homologada antes da execução (art. 109, X, da CR)¹⁵.

Por exemplo, contraria a regra constitucional da homologação para a execução o art. 13¹⁶ da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, promulgada pelo Decreto 2.428/97, que prevê a deliberação de certas sentenças estrangeiras de alimentos no curso do processo de execução, de forma incidental, confiando-a ao juiz federal competente para a execução. Essa disciplina conflita com a Constituição, pela qual o juiz federal somente poderá executar sentenças estrangeiras após a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, não a suprimindo a simples deliberação incidental a cargo dele próprio.

Por outro lado, é constitucional o parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil, de obscura redação: “Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado de pessoas”. Em nossa opinião, o parágrafo refere-se às sentenças de estado, declaratórias ou constitutivas, quando invocadas apenas

para acertar o estado das pessoas, sem repercutir diretamente na definição judicial de direitos patrimoniais e sem implicar a alteração do registro civil de alguém. Por não estar em jogo a execução da sentença estrangeira, a dispensa da homologação é constitucional. A propósito, o dispositivo, além de ser constitucional, vige, não tendo sido revogado pelo art. 483 do Código de Processo Civil: em regra, a lei geral posterior não revoga a anterior especial.

8. Palavras finais

Enfim, o regime jurídico das sentenças estrangeiras e, mais amplamente, da cooperação jurídica internacional passa por transformações profundas. Assim, nossas opiniões devem ser abertas e flexíveis, buscando conciliar: o ideal da cooperação entre os povos e o da proteção da soberania nacional; a necessidade de incorporarmos novos instrumentos de cooperação, para acompanharmos o passo do resto do mundo, e a de preservarmos nossas tradições jurídicas.

Referências

¹⁵ Assim, são compatíveis com a Constituição e vigem os seguintes dispositivos que exigem a sentença estrangeira da homologação: art. 15, par. ún., da Lei de Introdução; art. 63 do Código Penal; art. 435 do Código Bustamante; art. 23 da Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Dec. 3.087/99; art. 14 da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, promulgada pelo Dec. 2.428/97, e normas semelhantes. Ao contrário, colidem com o art. 109, X, da Constituição e são, portanto, inválidos os seguintes dispositivos que exigem a sentença da homologação: art. 13 da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, promulgada pelo Dec. 2.428/97; art. 19, *in fine*, do Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, promulgado pelo Dec. 2.626/98.

¹⁶ “A verificação dos requisitos acima indicados [relativos à eficácia extraterritorial da sentença de alimentos] caberá diretamente ao juiz a quem corresponda conhecer da execução, o qual atuará de forma sumária, com audiência da parte obrigada, mediante citação pessoal e com vista do Ministério Público, sem examinar o fundo da questão. Quando a decisão for apelável, o recurso não suspenderá as medidas cautelares, nem a cobrança e execução que estiverem em vigor.”

ANZILOTTI, Dionisio. Dei casi in cui è necessario il giudizio di delibazione di una sentenza straniera. *In: Studi di diritto processuale internazionale e di filosofia del diritto*. v. 4. Padova: CEDAM, 1963.

ARAGÃO, Paulo Cezar; ROSAS, Roberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 476 a 484. 2 ed. v. 5. São Paulo: Revista dos tribunais, 1988.

BARIATTI, Stefania. [Comentários ao] Articolo 67. *In: Fausto Pocar et al. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. Padova, ano 31, n. 4, p. 1.242-1.253, ott.-dic. 1995.

BATIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul. *Droit international privé*. tome 2. Paris: LGDJ, 1971.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e ideologie*. [Firenze]: Il Mulino, [1968].

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, a. 16, n. 71, p. 233-249, mar./abr. 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada* (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vincent. *Droit international privé*. Collection Domat (droit privé). 7 ed. Paris: Montchrestien, 2001.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Sentença estrangeira, eficácia e força probante, divórcio no estrangeiro, ausência de homologação, condição do cônjuge divorciado e estudo de sua legitimidade para intervir no inventário em que o outro seja parte, inventário, legitimação do credor da herança e do credor do herdeiro. *Revista de processo*. São Paulo, n. 44, p. 223-233, out./dez. 1986.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. As tendências atuais na circulação internacional de sentenças e o Brasil. *De jure*: revista jurídica do Ministério Público

do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 10, p. 338-367, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/extranet/portal/index.jsp#svgCVnx-A09MCP9gsH5gzSvMCUixzJvhCLjxyYjvzW92CPr3BYL2BOMxzJf2BeLMCLLgDHn0BTbhBLrxySidm2itnSugEPnhDLnvzJf2BOCYCLnwyVruAYvwA0fwr4rN-CH5wz0DskPSd>>. Acesso em: 13 jul. 2009.

_____. *Sentença estrangeira: efeitos independentes da homologação*. 263 f. Tese de doutorado em direito internacional. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil*: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. 2 ed. aumentada. [S.l.]: Borsoi, 1955.

VALLADÃO, Haroldo Teixeira. *Direito internacional privado: parte especial* (fim). v. 3. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1978.

VESCOVI, Eduardo. *Derecho procesal civil internacional: Uruguay, el Mercosur y América*. Montevideo: Idea, 2000.

A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães

Sumário

1. Introdução. 2. Da legitimação do *jus puniendi* estatal. 3. O Direito Penal apesar do Direito Penal. 4. Os fundamentos filosóficos e dogmáticos da culpabilidade compartilhada. 5. Da mitigação do poder de punir estatal. 6. Considerações finais.

Delinear o horrível quadro dos crimes, triste tarefa para minha pluma. À vista de tantas baixezas, covardias, maldades, traições, barbáries e atrocidades de que são capazes os homens, que alma honrada não se enche de indignação! Que alma sensível não se estremece de espanto! Entretanto, é mais horrendo o quadro de iniquidades cometidas ao amparo do sagrado nome das leis! Não falemos aqui da câmara ardente, da câmara estrelada, do conselho terrível (vingativo) e de tantos outros tribunais de sangue que fizeram em outras ocasiões estremececer a natureza.

(MARAT, 2000, p. 61)

1. Introdução

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães é Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Coordenador Estadual da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais – ABPCP. Especialista em Direito, Estado e Sociedade (Universidade Federal de Santa Catarina) e em Docência Superior (Centro Universitário do Maranhão – UNICEUMA). Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador do CNPq. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão.

Zaffaroni (2000, 2003) atribui a Jean Paul Marat, médico e jornalista nascido na Suíça, mais precisamente em Boudry no principado de Neuchâtel, em 24 de maio de 1743¹, e que foi um dos grandes artífices da Revolução Francesa, a gênese das ideias sobre a co-culpabilidade, aqui denominada culpabilidade compartilhada².

¹ Sobre a vida de Marat, cf. Coquard (1996).

² Segundo Rivacoba y Rivacoba (2000, p. 21), Marat, em suas obras, sempre tentou demonstrar a contradição existente nas ideias defendidas pelo des-

Passados mais de dois séculos, as ideias de Marat ganharam adesão e paulatinamente estão a se transformar em princípio informador da aplicação da dosimetria penal, assim como, ainda timidamente, em causa impeditiva da punibilidade.

Já é bastante considerável a moderna doutrina que está a aprofundar os estudos e discussões acerca do tema, tendo o presente texto a preocupação, mais que exaurir o assunto, de indicar ao leitor a farta bibliografia disponível sobre o mesmo.

Ademais, atentos a tais inovações, e objetivando uma expansão da aplicação do princípio, temos que o caminho para o alcance de tal objetivo passe pela investigação dos limites da lei no âmbito de sua efetividade, melhor explicando, necessário que se confronte o alcance das normas que deliberam sobre direitos e garantias fundamentais e o alcance das normas punitivas.

É fato inconteste que a lei não pode ser cumprida de maneira intermitente³, ao sabor de conveniências, sejam estas de qualquer natureza, vez que a legalidade – para que se concretize o Estado de Direito

potismo ilustrado, vez que pretendiam estas a obtenção do progresso social sem, entretanto, enfrentarem o grave problema das estruturas sociais fundadas na exploração de um campesinato miserável.

³ Importante transcrever a ementa do acórdão n. 70029175668, do TJRS: Roubo majorado. Condenação: mantida ante a solidez probatória. Atenuante: pode deixar a pena a quem do mínimo (o artigo 65, Código Penal, fala em sempre, e sempre é sempre, pena de sempre não o ser). Majorante do uso de arma: excluída por inexistência de prova da potencialidade ofensiva do aparato. Recolhimento prisional: o condenado *somente* será recolhido a estabelecimento prisional que atenda rigorosamente aos requisitos impostos pela legalidade – Lei de Execução Penal. Legalidade: *não se admite, no Estado Democrático de Direito, o cumprimento da lei apenas no momento em que prejudique o cidadão, sonogando-a quando lhe beneficie. Missão judicial: fazer cumprir, apesar de algum ranger de dentes, os direitos da pessoa – seja quem for, seja qual o crime cometido.*

À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo para reduzir a pena do acusado. Por maioria, determinaram que o apenado cumpra pena em domicílio enquanto não houver estabelecimento que atenda aos requisitos da LEP, venceu o Relator, que determinava a suspensão da expedição do mandado de prisão enquanto não houver estabelecimento que atenda a tais requisitos.

– deve ser total, não se podendo admitir que apenas parte do ordenamento seja cumprido.

Na esfera do Direito Penal, as intermitências acima referidas causam danos irreparáveis à configuração do Estado Democrático de Direito, devendo, tanto quanto possível, de imediato, serem reparadas, haja vista não ser razoável que o primeiro contato do cidadão com o Estado se dê na seara do Direito Penal, e não no amplo campo do Direito Constitucional, com a efetivação de seus direitos fundamentais, ali elencados e, portanto, reconhecidos.

É, pois, no amplo campo principiológico que a discussão trazida a lume deve ser travada.

Feitas tais considerações, é fácil perceber que se busca atrelar a culpabilidade compartilhada à ineficiência estatal em prover os cidadãos de seus direitos fundamentais básicos, ou seja, intenta-se desenvolver argumentos científicos que possibilitem dar maior concretude à aplicação do instituto como forma de observação e preservação dos referidos direitos e, por via de consequência, de resgatar o verdadeiro sentido da até agora controvertida expressão “Estado Democrático de Direito”.

É este o desafio do presente texto.

2. Da legitimação do jus puniendi estatal⁴

Partindo-se dos escritos contratualistas, assim como dos influxos destes, justifica-se a existência do Estado em razão da necessidade de manutenção de uma convivência harmônica entre as pessoas que compõem o corpo social, convivência essa que tem por ponto de referência o bem comum⁵.

Em síntese, cabe ao Estado a manutenção da paz e da harmonia social, que será

⁴ Sobre o assunto, em profundidade, Guimarães (2008).

⁵ Para entendimento do assunto, imprescindível a leitura de Hobbes (2006), Locke (1994) e Rousseau (2001).

alcançada pela via da disciplina ou controle social, cujo principal instrumento é o direito legislado⁶.

Isso posto, afirmam os estudiosos da teoria do Estado que todos os meios devem estar disponíveis para o alcance de tal fim, desde que legítimos – e neste ponto cria-se uma perigosa sinonímia entre legalidade e legitimidade –, credenciando-se, então, o Direito Penal como o meio mais extremo para tal desiderato (Cf. PASUKANIS, 1989).

A partir desse ponto do pensamento iluminista, iniciou-se, de forma sistematizada, a elaboração de teorias que legitimassem a aplicação das punições aos seres humanos, o que, para efeitos de facilitação pedagógica, pode ser sincronicamente traçado como o desenvolvimento das teorias de cunho retributivista, cujos maiores expoentes foram Kant e Hegel, até as teorias funcionalistas – prevenção geral positiva –, cujos mais conhecidos representantes no Brasil são Gunter Jakobs e Claus Roxin⁷, sendo desenvolvidos nesse ínterim, isolada ou concomitantemente, estudos teóricos sobre as teorias da intimidação, neutralização e ressocialização, com alguns autores tendo optado pelo sincretismo teórico, criando as teorias mistas.

Não obstante o esforço teórico despendido, entendemos que todas as teorias que tentam legitimar o *jus puniendi* estatal podem ser facilmente infirmadas em razão de um fato muito simples, qual seja: são apriorísticas, isto é, buscam legitimação a partir de um fato preconcebido e irrefutável, o delito cometido.

As teorias da pena jamais suscitaram qualquer discussão sobre as razões de escolha de determinados comportamentos para figurarem como tipo penal, assim como nunca discutiram, de forma séria, as relações entre violência criminal e violência estrutural, prevalecendo, isto sim, como teoria de base fundamental do direito de

punir a longeva – e absolutamente defasada – ideologia da defesa social⁸.

Existe, pois, de forma incontestada, um enorme déficit de legitimação no universo punitivo do Estado, aproximando-o, em pleno século XXI, muito mais do modelo Leviatã de Thomas Hobbes que do Estado Constitucional e Democrático de Direito, tão propalado em nível abstrato pela maioria da doutrina afeta ao tema.

Desta feita, tomando-se por referência a dicotomia existente entre ambos os tipos de violência – criminal e estrutural⁹ –, imperioso que sejam elaborados outros fundamentos para o exercício do poder punitivo, que lhe propiciem um mínimo de legitimação, devendo, para tanto, serem levadas em conta, de forma inexorável, as intermitências legislativas, ou seja, a aplicação de apenas parte do ordenamento jurídico pelo Estado.

Antecipando-se à prática do fato típico, que desencadeia, no espaço de seleção dos vulneráveis, o *jus persequendi* e o *jus puniendi* estatal, devem ser analisadas as possibilidades de igualdade dos pontos de partida¹⁰, melhor explicando: para que o Estado possa punir de forma justa

⁸ Sobre o assunto, imprescindível a leitura de Baratta (1999), Andrade (1997, 2003) e Guimarães (2007). Na visão de Muñoz Conde (2005, p. 31): “A tese do direito penal como direito igualitário e da pena como prevenção integradora do consenso é insustentável no modelo de sociedade baseada na desigualdade e na exploração do homem pelo homem”.

⁹ Até mesmo Bobbio (2006, p. 267), conhecido positivista, em carta escrita para Alessandro Baratta, reconhece: “Confesso que não consigo sequer entender bem o que significa “teoria materialista do desvio”. Se significa que no estudo dos comportamentos desviantes devem-se levar em conta as condições materiais, no interior das quais age o sujeito desviante, desafio a que se consiga encontrar um estudioso do desvio que não esteja de acordo com isso”.

¹⁰ Cf. Bobbio (2001, p. 22), para quem: “... afirma-se que não há programa político que não faça referência a alguma forma de igualdade, seja ela a igualdade dos pontos de partida, das oportunidades, dos rendimentos, dos resultados, e assim por diante. Mas não fui eu mesmo quem escrevi: ‘Qual é a doutrina política que não tem a ver, em maior ou menor medida, com a igualdade?’

⁶ Sobre Teoria do Estado, por todos, Heller (1968) e Chatelet e Pisier-Kouchner (1983).

⁷ Sobre as teorias da pena, Guimarães (2001, 2007).

e legítima, necessário se faz que todos os cidadãos tenham tido, no ponto de partida, as mesmas oportunidades. Ratificamos, o cidadão não pode ter como primeiro contato com o Estado o banco dos réus em um processo criminal.

A igualdade dos pontos de partida pode ser entendida como igualdade de oportunidades, ou seja, todos devem ter amplo acesso aos direitos fundamentais que se corporificam na concretização da dignidade da pessoa humana desde o início da vida.

É de fundamental importância que se reconheça que todos os cidadãos devem ter direito a uma família estruturada, na qual o acesso, desde o início da vida – ratificamos –, a um nascimento e desenvolvimento dignos e, posteriormente, ao ensino fundamental, ensino médio, ensino profissionalizante, ensino superior, todos de qualidade, devem ser disponibilizados pelo Estado, para que as escolhas possam ser feitas, principalmente, no que pertine ao pacto da legalidade, como cidadãos aptos a fazerem tal escolha¹¹.

Assim sendo, moradia, saúde, alimentação, educação e trabalho são direitos humanos fundamentais aos quais todos, sem exceção, devem ter alcance, em todas as fases da vida, para que a igualdade dos pontos de partida seja preservada e, desse modo, o Estado possa exigir os respectivos deveres de quem teve garantidos tais direitos.

¹¹ Importante ressaltar o necessário avanço do conceito de cidadania já delineado pela doutrina de vanguarda. Desse modo, a cidadania, por meio de tal superação, vai adquirindo paulatinamente uma nova dimensão, passando a incorporar em seu âmago outros direitos distintos dos eleitorais, como os direitos políticos, econômicos, culturais, sociais, difusos e coletivos, entre outros, assim como, e, principalmente, quando passa a adquirir uma dimensão coletiva de tal conceito, que ultrapassa a noção do indivíduo atomizado – resquício liberal – para se transformar em uma cidadania plural, com formas de expressão múltiplas e heterogêneas, trazendo consigo, pois, a possibilidade permanente de sua reinvenção. (ANDRADE, 1993, p. 126-134)

3. O direito penal apesar do Direito Penal

Com comprovação empírica reiterada ao longo de inúmeras pesquisas acadêmicas (Cf. CASTILHO, 2001; GUIMARÃES, 2009) nas mais variadas áreas de investigação científica, a seletividade, a estigmatização e o funcionamento quase que absolutamente simbólico do sistema penal, assim como e, conseqüentemente, a inalcançabilidade das funções declaradas creditadas às penas, acabam por demonstrar o total fracasso do Direito Penal como forma de controle social, ou, pelo menos, alertam para o fato de que tal tipo de controle social não é o mais apto para disciplinar as relações que permeiam a vida do e no planeta (Cf. ZAFFARONI, 2005, 2007).

Em razão do que acima exposto, chamando atenção para o fato de que o Direito Penal não pode ser considerado como o principal meio de controle social, os criminólogos críticos têm desenvolvido trabalhos no sentido de se reconhecer a utilização do direito punitivo apesar do direito punitivo, ou seja, a utilização do cárcere apesar do cárcere¹², enaltecendo o caráter subsidiário do *Jus Puniendi estatal*, assim como fortalecendo a ideia de um Direito Penal mínimo e garantista (Cf. FERRAJOLI, 2002).

Em primeiro lugar, na tabela das prioridades sociais, devem figurar os Direitos Humanos, preferentemente antes que o direito punitivo seja chamado a intervir, vez que, com os direitos fundamentais sociais¹³ sendo efetivamente reconhecidos e imple-

¹² Cf. Baratta (1987), Aniyar de Castro (2009). Para Muñoz Conde (2005, p. 33): “Enquanto existir direito penal, e nas atuais circunstâncias parece que haverá ‘direito penal por muito tempo’, é necessário que haja alguém que se encarregue de estudá-lo e analisá-lo racionalmente para convertê-lo em instrumento de mudança e progresso para uma sociedade mais justa e igualitária, denunciando, além de suas contradições, as do sistema econômico que o condicionam”.

¹³ Cf. Gonçalves (2006, p. 76-82), para quem: “Um fato, contudo, merece destaque a partir da normatividade constitucional. Ou seja, a garantia da igualdade, enquanto possibilidade material para o exercício das

mentados¹⁴, ao controle sócio-penal restariam apenas as condutas que efetivamente põem em risco a estabilidade do sistema republicano de governo, consubstanciando-se em um Direito Penal de intervenção mínima, cuja referência para intervenção seriam, finalmente, a magnitude do bem jurídico lesado, a gravidade da lesão e a necessidade de aplicação de uma sanção penal, mais precisamente de uma pena.

Tal preocupação deriva da incontestável relação existente entre Direitos Humanos e Direito Penal, posto que, onde há mais incidência do Direito Punitivo, com toda a certeza, há menos prevalência dos Direitos Humanos sociais básicos¹⁵.

Existe, pois, uma clara inversão de prioridades. Na verdade, ao Direito Penal hodiernamente é impingida a triste tarefa de conter as nefastas consequências advindas das políticas elaboradas e implementadas pelas teorias neoliberais (Cf. COUTINHO, 2001), ou seja, sua principal missão é o controle da miséria advinda da exclusão social gerada por tais políticas que estão paulatinamente, de maneira crescente, sendo executadas nas áreas social e econômica.

Em síntese, a proposta das vertentes criminológicas que se antepõem às teorias que insistem em buscar origens para a criminalidade nos critérios antro-po-bio-psicológicos (Cf. MANTOVANI, 2000) ou, ainda, que consideram tais critérios como preponderantes na gênese da criminalidade é minimizar a aplicação do direito punitivo, assim como, e principalmente, priorizar a

diferenças, passou a ser o grande escopo da Carta Política de 1988”.

¹⁴ Na visão de Freire Júnior (2005, p. 83): “Interessante observar que, da atuação parcial do Estado, há para o indivíduo um novo direito fundamental constitucional a amparar sua pretensão, que é exatamente o princípio da igualdade. Efetivamente, além do fundamento originário (por exemplo, direito à educação ou à saúde), há outro fundamento, também de estatura constitucional, que é o direito à igualdade de prestações. Se existem vagas na escola de 1º Grau para Tício, há de existir vagas para Mélvio”.

¹⁵ Cf. a extensa obra de Wacquant (2000, 2001a, 2001b, 2002a, 2002b, 2003a, 2003b).

efetivação dos direitos humanos sociais básicos, em uma perspectiva anterior à conflituosidade criminal, e garantir o respeito aos direitos e garantias fundamentais para aqueles selecionados pelo sistema penal.

É absolutamente relevante que fique claro que as teorias criminológicas críticas – como arduamente orquestrado por aqueles que não se filiam às suas ideias – não defendem a impunidade e muito menos a anarquia social; reconhecem, isto sim, a gravidade de determinadas situações conflituosas e, por via de consequência, admitem a utilização do Direito Penal como forma de controle em tais situações¹⁶.

Vão mais além! Chamam a atenção para o fato da quase total invulnerabilidade dos criminosos pertencentes aos estratos sociais mais privilegiados, na esfera dos “crimes de colarinho branco”, advertindo para a gravidade da lesão no tecido social que tais condutas conlevam, pugnando, assim, por um redirecionamento dos holofotes punitivos, inclusive midiáticos, e pela eleição de novas prioridades em sede de política criminal para que o sistema penal possa alcançar os até agora quase inalcançáveis crimes políticos e econômicos.

Ressalte-se, entretanto, que tanto para os delitos praticados com violência direta contra o ser humano – crimes contra a vida, o patrimônio e os costumes, entre outros menos costumeiros –, geralmente afetos as camadas sociais menos privilegiadas, quanto em relação aos delitos de colarinho branco – violência indireta –, praticados por aqueles que, em regra, detêm poder político e/ou econômico, inafastáveis os direitos e garantias duramente construídos pelo Direito Penal liberal, tributário dos ideais iluministas¹⁷.

Coerentemente, as teorias criminológicas críticas rejeitam, de forma veemente, todas as teorias de Direito Penal que visem a sua expansão ou o seu recrudescimento, como as teorias do direito penal do ini-

¹⁶ Por todos, Baratta (2004).

¹⁷ Cf., por todos, Beccaria (1993).

migo¹⁸, do direito penal de duas ou três velocidades, da tolerância zero, entre tantas outras teorias afetas aos movimentos de lei e ordem¹⁹.

Do exposto, como forma de contenção do poder punitivo, em razão mesmo do desigual funcionamento do sistema penal e das consequências punitivas dali oriundas, intenta-se, de maneira incansável, criar mecanismos – de preferência com repercussão dogmática –, arrimados em princípios de cunho constitucional, implícitos ou explícitos, que influenciem tanto em sede de configuração do delito como também em sede de dosimetria penal, ou seja, devem ser desenvolvidos teoricamente institutos que afastem a imputação – por exclusão do tipo, da antijuridicidade ou da culpabilidade (Cf. TAVARES, 1980; MUÑOZ CONDE, 1988; SANTOS, 2002) – ou arrefeçam a punibilidade.

4. Os fundamentos filosóficos e dogmáticos da culpabilidade compartilhada

Sabe-se que, em um país com tradição positivista como o Brasil, assim como em razão dos graves problemas políticos, sociais e econômicos que acarretam uma crescente violência estrutural e, por via de consequência, a escalada desenfreada da violência criminal, inovações que postulem

¹⁸ Em síntese, como eixo central, para Jakobs (2006, p. 96), o Direito Penal do inimigo propugna por uma revisão no âmbito de reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, vez que: “A vigorosa sentença, segundo a qual, nos dias de hoje, todos devem ser tratados como pessoas pelo Direito, portanto, como é de se supor, necessita de uma adição: sempre que aqueles “todos” cumpram com seus deveres, ou, em caso contrário, sempre que estejam controlados, é dizer, que não possam resultar perigosos... parece claro que há de se distinguir entre um direito postulado – com independência de que este postulado resulte mais ou menos convincente – um direito modelo, e a estrutura normativa real de uma sociedade. Aquele pode orientar no futuro, “no espírito”, entretanto, somente este está a orientar no respectivo ‘aqui e agora’”.

¹⁹ Sobre a expansão do Direito Penal, cf. Cancio Meliá e Jará Diez (2006).

mudanças na esfera do *jus puniendi*, principalmente no sentido de seu arrefecimento, e que não tenham expressa previsão legal, sempre serão alvo de intensa oposição.

No caso do princípio em estudo, cuja mudança proposta, na melhor das hipóteses, será conceituada de alteração vanguardista e, com toda a certeza, pelos mais conservadores, de mudança sediciosa, importante que concretos e seguros sejam os fundamentos para sua aplicação.

Além de toda a construção principiológica que já estrutura e, conseqüentemente, possibilita uma aplicação do Direito Penal mais humana e garantista, filosoficamente pode-se enveredar pela teoria da natureza das coisas, iniciada na antiguidade, desenvolvida por Tomás de Aquino, revisitada por Montesquieu no seu “Espírito das Leis”, assim como por Marat, no compêndio “Plano de legislação criminal”, e, mais modernamente, ampliada por autores como Savigny e Ihering, entre outros²⁰.

A teoria filosófica da natureza das coisas, em uma apertada síntese, defende o ponto de vista segundo o qual as punições não podem e não devem ser iguais para as pessoas, ainda que cometido o mesmo delito, devendo, isto sim, com o fim maior de alcance da justiça e da liberdade, ser aplicadas as penas, quando necessário, fundamentadas nas particularidades que cercam o caso concreto, nas circunstâncias específicas que o envolvem, ou seja, na natureza das coisas.

²⁰ Cf. Rivacoba y Rivacoba (2000, p. 41), para quem “este igualitarismo penal, basado en una concepción identitaria, no diferenciadora, de la condición humana, y, por ende, en una concepción homogénea, no estratificada de la sociedad, es un igualitarismo, pues, de principio, que no excluye, sino que admite y aun requiere la estimación de las circunstancias en que está situado el sujeto y que de consiguiente atenúan o agravan en los distintos casos su responsabilidad, y fue, más que deformado, desnaturalizado por el ingenuo radicalismo revolucionario, de los códigos franceses de 1791 y 1795, con su sistema de penas únicas e fijas para cada especie delictiva, sin tener en cuenta para nada las particulares realidades que graviten sobre el agente”.

Dogmaticamente, os estudos que se destacam nessa seara são os desenvolvidos por Claus Roxin, que pugnam pela inserção de institutos de política criminal no âmbito da dogmática penal, cujo paroxismo é o entendimento de que, ainda que o fato seja típico, antijurídico e culpável, a pena só deverá ser aplicada quando absolutamente necessária²¹.

Assim sendo, entendemos que toda doutrina – seja no âmbito da filosofia, seja no âmbito dogmático – que analisa criticamente os fins atribuídos às penas e que insere como primeiro pressuposto a necessidade de aplicação das mesmas pode servir de substrato para o desenvolvimento e aplicação do princípio da culpabilidade compartilhada.

5. Da mitigação do poder de punir estatal

Várias têm sido as criações doutrinárias, como dito acima, que, pelos mais variados motivos, propugnam por uma retração do poder punitivo.

Há farta doutrina e jurisprudência sedimentando a aplicação dos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade, insignificância, proporcionalidade, entre tantos outros²².

Entretanto, inobstante a existência, reconhecimento e relevante aplicação dos princípios acima nominados, necessário ainda que se expanda a gama de institutos que arrefeçam o direito punitivo, em razão mesmo da falta de legitimidade

²¹ Cf. Roxin (1981, 1997, 1998a, 1998b, 2000a, 2000b), para quem “a responsabilidade penal pressupõe sempre dois requisitos: a culpabilidade do autor e, além disso, a necessidade preventivo-geral ou especial de punição. Culpabilidade e prevenção limitam-se, portanto, reciprocamente: necessidades preventivas jamais podem levar a que se puna onde inexistia culpabilidade. Mas a culpabilidade de uma pessoa igualmente não basta para legitimar a pena, enquanto esta não seja indispensável do ponto de vista preventivo”.

²² Por todos, cf. Gomes e Pablos de Molina (2007) e Zaffaroni (2003).

que permeia a utilização do Direito Penal como forma de controle social – tanto na esfera de seus postulados básicos, como os inalcançáveis Princípios da Igualdade e da Legalidade, como também na esfera social –, na qual o primeiro contato do Estado com o cidadão é na esfera punitiva (cidadania negativa), vez que os direitos à educação, saúde, moradia, emprego, habitação, enfim, o direito a uma vida digna é açambarcado pelo próprio Estado, que nega a seus súditos o reconhecimento de seus direitos sociais fundamentais, ou seja, nega o acesso à cidadania positiva.

Em razão do entendimento acima expendido, está a se desenvolver em sede doutrinária, inclusive com ressonância na jurisprudência de vanguarda, o princípio da co-culpabilidade (Cf. HASSEMER, 1999; CARVALHO, 2002; RODRIGUES, 2004; CASTRO, 2005; MOURA, 2006).

Parte da doutrina entende tal princípio como aquele que autoriza o compartilhamento da culpabilidade entre o agente infrator, a sociedade²³ e o Estado, os dois últimos responsáveis pelas injustiças sociais, políticas e culturais que acarretam desigualdade econômica e, conseqüentemente, fulminam a possibilidade de igualdade na superação dos percalços cotidianos, não sendo, pois, razoável exigir de todos um comportamento adequado à lei e aos interesses gerais da sociedade em igual medida.

A culpabilidade, assim entendida, como reprovabilidade da conduta delituosa, seria diretamente proporcional às oportunidades materiais, sociais e culturais às quais o agente infrator tenha tido acesso para

²³ Segundo Houed (2009): “Toda persona actúa en una circunstancia dada y con un ámbito de autodeterminación dado. Por mejor organizada que este una sociedad, siempre habrá quien esté en peores condiciones que otros y no sería justo que al momento de reprocharle la culpabilidad también deba cargar con las causas sociales que de alguna manera determinaron su conducta. Se dice que hay una ‘co-culpabilidad’ de la sociedad misma, con la cual debe cargar al momento del reproche al sujeto que realizó la conducta”.

realizar-se como ser humano honrado e comportar-se de acordo com os mandatos e proibições afetos ao controle social formal, derivando desse entendimento a concretização de uma “*mea culpa*”, cujo principal objetivo é atenuar o direito de castigar que o Estado exerce em nome da sociedade²⁴.

Como forma de aumentar a objetividade na aplicação do princípio em estudo, propomos, na esfera dos crimes perpetrados sem efetiva violência contra a vítima, quando efetivamente detectada nos autos, após o devido processo legal, a vulnerabilidade extrema ou extremofilia²⁵ daquele que deverá ser apenado, assim como a primariedade, que a pena deixe de ser aplicada, não como “*mea culpa*” do Estado e da sociedade, mas como forma objetiva de compensação pela omissão estatal em cumprir as leis em sua integralidade.

A aplicação do princípio da culpabilidade compartilhada aqui proposta estaria adstrita, portanto, exclusivamente como uma mitigação da intermitência estatal no cumprimento dos dispositivos legais; é um acerto de contas entre o Estado e o cidadão, excluindo-se, na seara objetiva, a sociedade de tal ajuste.

Dessa forma, o Estado, representado pelo órgão jurisdicional e pelo Ministério Público, reconhecendo não ter tido o apenado acesso aos direitos sociais mínimos que garantiriam a sua dignidade como pessoa humana, deixará de aplicar a pena

²⁴ Carvalho (2002, p. 74) é taxativo: “... a precária situação econômica do imputado deve ser priorizada como circunstância atenuante obrigatória no momento da cominação da pena”.

²⁵ Sobre o assunto, em profundidade, Bomfim (2009, p. 69), para quem “os extremófilos são os seres nos quais o Estado não poderá utilizar o sistema penal, por serem fracos em demasia para a utilização da violência estatal como controle social. Os seres muito fracos, apenas sobrevivendo, vivendo em situações extremas, transformam-se em extremófilos e não podem ser alcançados pela violência estatal. Isso porque o mundo penal os alcançará certamente. Ou seja, serão punidos por instâncias não formalizadas – ou formalizadas – pela própria situação singular de vida incluídos em uma ambiência de extrema vulnerabilidade”.

e encaminhará o apenado para programas públicos de inclusão social, para que, assim, o primeiro contato entre o Estado e o cidadão se dê no âmbito da cidadania positiva, reconhedora de direitos, e não na esfera da punição, da cidadania negativa, cujo objetivo é uma restrição ainda maior dos poucos direitos usufruídos pelos extremófilos.

Não é de bom tom que se suprima ainda mais o que já não representa o mínimo existencial, e é isso o que ocorre diariamente em sede de direito punitivo, cujo alcance hoje está quase que totalmente adstrito ao controle da miséria e dos miseráveis, ou seja, perante as consequências da exclusão social, a melhor solução é a carcerização²⁶.

Assim sendo, funcionaria a culpabilidade compartilhada como verdadeiro princípio neutralizador da seletividade que permeia o funcionamento do sistema penal. Embora selecionados pelas instâncias iniciais do sistema, caracterizada a extremofilia no âmbito do devido processo legal, esta funcionaria como causa impeditiva da punibilidade.

6. Considerações finais

A inércia é a pior das atitudes, ou da falta delas, que pode se configurar nas relações entre o Estado e o cidadão quando está em jogo a efetivação de direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos.

Os cidadãos não podem ficar à mercê de contingências político-econômicas estatais

²⁶ Segundo Barroso (2009): “O sistema penitenciário no Brasil é degradante. É tão perverso mandar alguém para esse sistema que os juízes com sensibilidade social maior procuram os caminhos mais variados em termos de interpretação jurídica para não ter de condenar alguém à prisão. Mandar alguém para o sistema penitenciário é quase como que perder essa pessoa para a vida civilizada. A pessoa não é só condenada a dois anos de prisão, mas à imundície, à violência sexual, às doenças. Se esse sistema não melhorar, vamos ter a atitude quase moral do juiz de só mandar para o sistema quem não tem nenhuma possibilidade de salvação. A pessoa condenada a uma pena privativa de liberdade deve cumprir uma pena privativa de liberdade e não uma pena de violências físicas”.

para serem consolidado o mínimo existencial devido a cada um.

É claramente perceptível que a resposta do Estado, hodiernamente, a tal falta de efetivação do que previsto legalmente como direitos sociais básicos para uma considerável parcela da população, quiçá a maioria dela, é o incremento de medidas punitivas.

É fato inconteste o encolhimento do Estado social e o inchaço do Estado policial e penal, consequência direta de determinadas políticas adotadas em sede de neoliberalismo.

Assim sendo, e partindo-se do pressuposto segundo o qual o Direito Penal deve funcionar como dique de contenção do *jus puniendi* estatal, necessário que se dê efetividade a mecanismos que possam atingir a tal desiderato, ou seja, mecanismos que se constituam como real arrefecimento da sanha punitiva estatal.

Não temos dúvida que o desenvolvimento doutrinário acerca do princípio da co-culpabilidade, como atenuante genérica, ou, como aqui tratado por nós, da culpabilidade compartilhada, como causa impeditiva da punibilidade, é um caminho que vale a pena ser trilhado.

Em síntese, enquanto não forem efetivamente implementados os direitos sociais básicos que garantam aos cidadãos a igualdade dos pontos de partida dentro do âmbito da competitividade em sociedade, pelo menos na esfera dos crimes cometidos sem violência física real à pessoa, o Estado estaria impedido de exercer o *jus puniendi*, como forma de compensação pela omissão do mesmo em fazer valer toda a legislação afeta ao reconhecimento e supressão de direitos.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. La Criminología crítica em el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o las teorías criminológicas no son inocentes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, jan. / fev. 2009.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal. *Doctrina Penal*. Buenos Aires, ano 10, p. 623-650, 1987.

_____. *Criminología y sistema penal*. Compilación en memoria. Buenos Aires: Euros, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Entrevista concedida ao site Consultor Jurídico. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 25 maio 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Baurio: Edipro, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2001.

_____. *Nem com Marx, nem contra Marx*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2006.

BOMFIM, Urbano Félix Pugliesi do. *Uma correção ao sentido do princípio da intervenção mínima no direito penal*. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa da Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. 2009.

CANCIO MELIÁ, Manuel; JARA DIEZ, Carlos Gomes (Coord.). *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión. v. 1, 2. Buenos Aires: Edisofer, 2006, p. 1.111 e 1.173.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei n. 7492, de 1 de junho de 1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. Co-culpabilidade. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. n. 21, jan. / jun. 2005

CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. CHATELET, François; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *As concepções políticas do século XXI*. História do

- pensamento político. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1983.
- COQUARD, Olivier. *Marat*. Tradução de C. H. Silva. São Paulo: Scritta, 1996.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Atualizando o discurso sobre direito e neoliberalismo no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, n. 4, p. 23-35, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.
- GOMES, Luis Flávio, PABLOS DE MOLINA, Antonio García. *Direito Penal*: parte geral. v. 2. São Paulo: RT, 2007.
- GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais*. Releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.
- GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Das (dis)funções da pena privativa de liberdade no atual sistema repressivo penal brasileiro. *Lusiada*. Coimbra, n. 1 e 2, p. 27-44, 2001.
- _____. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- _____. A dogmática jurídico-penal em questão: possibilidades e limites no século XXI. *Espaço Jurídico*. v. 1, n. 1, jan. /jun. 2008.
- _____. *As variáveis socioeconômicas como pressupostos para a efetiva criminalização no sistema penal brasileiro*. Relatório de Pesquisa financiada pelo CNPq e FAPESP. 2009 (no prelo).
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- HOUED, Mario. A chamada co-culpabilidade. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/houed15.htm>>. Acesso em: 10 maio 2009.
- JAKOBS, Günther. Derecho penal del enemigo? un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión. v. 2. Buenos Aires: Edisofer, 2006.
- LOCKE, JOHN. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MANTOVANI, Fernando. *El siglo XIX y las ciencias criminales*. Santa Fé de Bogotá: THEMIS, 2000.
- MARAT, Jean Paul. *Plan de legislación criminal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.
- MOURA, Grégore Moreira de. *Do princípio da co-culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- _____. *Direito penal e controle social*. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PASUKANIS, Eugene B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.
- RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. Estudio preliminar: Marat o el pensamiento revolucionario em derecho penal. In: MARAT, Jean Paul. *Plan de legislación criminal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.
- RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social ou princípios de direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención em derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Réus, 1981.
- _____. *Derecho Penal*: parte general. Traducción por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Tomo 1. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3 ed. Lisboa: Vega, 1998a.
- _____. El proceso penal y los medios de comunicación en el derecho alemán. In: SIMÓN BELLO, Carlos; ROSALES, Elsie (Comp.). *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*. Caracas: Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1998b.
- _____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000a.
- _____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Ri-

vero y Maria del Carmen Garcia Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000b.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: RT, 1980.

WACQUANT, Loïc. Inimigos cômodos: estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 121-127, semestres 1 e 2, 2000.

_____. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001a.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2001b.

_____. A tentação penal na Europa. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 7-12, semestre 1, 2002a.

_____. A ascensão do Estado Penal nos EUA. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, ano 7, n. 11, p. 13-40, semestre 1, 2002b.

_____. Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal. *Archipiélago*. Cuadernos de crítica de la cultura. n. 55, mar. /abr. 2003a.

_____. De la esclavitud al encarcelamiento masivo. Disponible en: <http://www.newleftreview.Net/pdf/articles/spanish/nlr_24703.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2003b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

_____. et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *En torno de la cuestión penal*. Coleção Maestros Del Derecho Penal, v. 18, Montevideo-Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2005.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Pena de multa criminal, execução e legitimidade ativa do Ministério Público

Valter Foletto Santin

Sumário

Introdução. Fundamentação. Conclusão.

Introdução

A execução de multa criminal processava-se tradicionalmente no próprio Juízo de conhecimento ou no Juízo da Execução Criminal, na dependência de ser única sanção aplicada ou se cumulada com pena privativa de liberdade, com movimentação e participação ativa do Ministério Público.

Depois da alteração de redação do artigo 51, do Código Penal, pela Lei 9.268/1996, surgiu entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o Juízo criminal não possuiria mais competência jurisdicional para execução de pena de multa, passando o encargo para a Vara da Fazenda Pública, e que a legitimidade ativa para pleitear a cobrança deveria ser exercida pela Procuradoria da Fazenda, não mais de atribuição do Ministério Público.

Este trabalho procura analisar as questões pertinentes à multa penal, competência jurisdicional do Juízo Criminal e continuidade da atribuição do Ministério Público para promover a execução da multa criminal.

Valter Foletto Santin é professor do programa de mestrado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, em Jacarezinho - PR; Doutor em Processo e promotor de Justiça em São Paulo.

Fundamentação

O cometimento de delito sujeita o agente às penas privativas de liberdade, restritivas

de direito e de multa (art. 32, I a III, do Código Penal), estabelecidas e individualizadas pelo juiz na sentença, com base nos norteamientos da fase de aplicação da pena (art. 59, do Código Penal).

A multa pode ser modalidade autônoma de pena ou substitutiva.

A multa constante do tipo penal é modalidade autônoma de pena (arts. 32, III, e 58, do Código Penal) e não permitiria a conversão em prisão (Lei 9.268/1996), sendo caso de exigência por processo de execução de pena.

Porém, a despeito do mesmo nome “multa”, a multa substitutiva tem natureza jurídica diversa, tratando-se de modalidade secundária e dependente (arts. 44, § 2º, 58, parágrafo único, e 60, § 2º, do Código Penal), permitindo, em caso de descumprimento, a reversão em pena privativa de liberdade (art. 44, § 4º, do Código Penal).

A multa substitutiva pode ser usada como substituição da pena privativa de liberdade exclusiva, alternativa ou cumulativa. Na pena privativa de liberdade não superior a 6 meses (art. 60, § 2º, do mesmo *codex*), a substituição por multa é exclusiva; na sanção superior a 6 meses e até 1 ano, a substituição é alternativa, por concorrência da multa com pena restritiva de direito (art. 44 § 2º, 1ª parte, do Código Penal); e se superior a 1 ano até 4 anos, quando possível a substituição da pena privativa de liberdade por duas sanções, a multa pode ser cumulativa ou alternativa com pena restritiva de direito, em virtude de opção de aplicação de uma pena restritiva de direito e multa ou por duas restritivas de direito (art. 44 § 2º, 2ª parte, do Código Penal), porque possível a substituição de modalidade de pena privativa de liberdade até 4 anos (art. 44, I, do Código Penal).

Não há, no capítulo da aplicação da pena e da multa substitutiva (art. 60, § 2º, do Código Penal), solução legal sobre o descumprimento da sanção pecuniária substitutiva. Uma alternativa é a execução da multa (art. 51, do Código Penal). Outra

solução é a reversão da multa, tendo em vista que há previsão expressa de substituição da pena privativa de liberdade por multa ou restritiva de direito (art. 44, § 2º) e a sua conversão em caso de descumprimento (art. 44, § 4º).

A reversão é possível, porque a multa substitutiva tem ligação umbilical com a pena substituída (privativa de liberdade), é dela dependente, e, em caso de descumprimento, a solução lógica, normal, racional e proporcional é o retorno ao *status quo ante* e exigência da pena aplicada, no caso a privativa de liberdade. O E. STJ já decidiu ser possível a reconversão em prisão da pena pecuniária substitutiva, enfatizando que o “princípio constitucional que proíbe a prisão por dívidas incide sobre as penas de multa previstas no próprio tipo penal, a teor do que dispõe a Lei 9.268/96, contudo, não compreende a pena pecuniária advinda em substituição da prisão, conforme opinião lançada nos precedentes desta Casa” (HC 22568/MG, Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. em 20/02/2003, DJ 24.03.2003, p. 249, v.u.).

Em relação à multa prevista como pena autônoma no tipo penal (art. 32, III, CP), não há mais possibilidade de conversão em prisão (art. 51, do Código Penal com a nova redação fornecida pela Lei 9.268/1996), sendo a única alternativa a execução da multa (art. 51).

A execução da pena de multa criminal está regulada atualmente pelo artigo 164, da Lei de Execução Penal, e Lei 6.830/1980, observando que o artigo 51 fez referência à aplicação das normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública.

Prevê o artigo 164, da LEP (Lei 7.210/1984), que “extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora”. O dispositivo trata de questões processuais

da execução, cuidando da condição de título executivo judicial (certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado), legitimidade ativa (Ministério Público) e de procedimento (citação para pagar ou nomear bens em 10 dias).

Por seu turno, o artigo 51, do Código Penal, dispõe: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”. A disposição penal trata da caracterização da multa como dívida de valor e aplicação da legislação sobre a dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive interrupção e suspensão da prescrição.

O artigo 164, da LEP, e o art. 51, do CP, são perfeitamente conciliáveis, porque este confirma a condição de título executivo da sentença condenatória transitada em julgado e acresce a característica de dívida de valor. É regra básica de hermenêutica o aproveitamento das normas legais, retirando eventuais conflitos aparentes despropositados, para harmonia de todo o ordenamento jurídico nacional. Não há revogação e muito menos conflito entre as normas, não sendo permitido ao intérprete buscar interpretação desastrosa e contrária ao sistema.

Cabe destacar que o art. 51, do Código Penal, trata da condição de trânsito em julgado para a execução da multa e sua consideração como dívida de valor, além da submissão às normas da legislação da dívida ativa da Fazenda Pública. Mas nada trata de legitimidade de parte ativa para a execução. Não retira do Ministério Público a legitimação processual nem a transfere à Fazenda Pública.

E a Lei 6.830/1980? O diploma legal que regula o procedimento de execução de dívida ativa das Fazendas Públicas cuida da dívida definida como tributária ou não tributária na Lei 4.320/1964 e alterações, sobre normas de direito financeiro na elaboração e controle orçamentário da União,

Estado, Município e do Distrito Federal (art. 2º, *caput*, da Lei 6.830/1980). O valor em cobrança atribuído às referidas entidades é considerado dívida ativa (§ 1º). Estatui-se que a inscrição é controle administrativo da legalidade, para apurar a liquidez e certeza do crédito e efeito de suspensão da prescrição (§ 3º), contendo o § 5º os requisitos do termo de inscrição, cuja certidão deverá acompanhar a petição inicial (art. 6º, § 1º, da Lei 6.830/1980).

A Lei 6.830/1980 não trata especificamente da cobrança de multa criminal nem de legitimidade da Fazenda Pública para tanto. O direito de execução de natureza processual tem origem no direito material, para definição da modalidade da prestação, legitimidade e demais nortamentos para efetividade do direito.

A multa penal tem relação direta com o cometimento de crime (fato gerador) e a condenação criminal transitada em julgado (título executivo judicial), enquanto o crédito tributário tem ligação com a posse ou propriedade de bem ou direito, exercício de atividade ou prestação de serviço (fato gerador de imposto, taxa, contribuição de melhoria) ou atividade parafiscal (contribuição previdenciária ou outra similar). O processo administrativo é essencial para a constituição do título executivo tributário, com lançamento e inscrição na dívida ativa.

É visível que pena criminal e tributo são duas coisas totalmente diferentes, originárias de poderes estatais diversos, pertinentes à persecução penal estatal e ao poder de tributação. A pena relaciona-se ao poder de persecução penal e exercício da violência simbólica, objeto do sistema penal, delineado no art. 5º, principalmente nos incisos XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, XLI, XLII, XLIII, XLIV, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LI, LII, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LVIII, LIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVIII, LXXV, da Constituição Federal. Por outro lado, o tributo decorre do poder de tributação

e conteúdo do sistema tributário (arts. 145 a 162, da Constituição Federal) para a exigência e captação de recursos para o custeio da máquina administrativa e dos serviços públicos. A pena expressa o poder de coerção criminal; o tributo, a coerção tributária. São duas fontes diferentes de obrigação: uma (pena) decorre da relação jurídica criminal, cujo fato gerador é o ato ilícito penal, e a outra (tributo), nasce de relação jurídica tributária, com fato gerador de natureza patrimonial e econômica.

Anoto que o art. 51 do Código Penal não autoriza a grave confusão entre direito material e direito processual, com interpretação equivocada de que a norma processual (rito da execução) teria interferido no aspecto material (pena), para transformação da natureza jurídica de pena criminal (multa) em crédito tributário.

Observo que a consideração do débito decorrente de sanção penal como “dívida de valor” procurou pacificar o dissenso jurisprudencial sobre a característica da dívida originária de título executivo penal como “dívida de valor” ou “dívida de dinheiro”, pois os critérios para a correção monetária eram diversos, com o cômputo desde o fato (dívida de valor) ou da sentença (dívida de dinheiro) ou do trânsito em julgado ou execução.

No final da década de 1980 até meados de 1990, o assunto foi bastante discutido e a jurisprudência era oscilante, passando a ser majoritária na consideração como dívida de valor e a correção monetária desde a data dos fatos.

Para amostragem, no extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, incorporado ao Tribunal de Justiça de São Paulo, eram três critérios diferentes de correção, o que tornava verdadeira loteria judiciária a definição do marco inicial da atualização: correção monetária a partir da data do fato ou do trânsito em julgado da sentença ou da citação para execução penal. Os critérios de correção monetária a partir da data do fato foram adotados nos seguintes julga-

mentos: Agravo em Execução nº 500.373/8, j. em 05/05/1988, 7ª Câmara, Relator Hélio de Freitas, RJDTACRIM 1/38; AE nº 619.555/6, j. em 30/08/1990, 1ª Câmara, Relator Eduardo Goulart, RJDTACRIM 7/33; AE nº 632.231/1, j. em 14/11/1990, 10ª Câmara, Relator, Jo Tatsumi, RJDTACRIM 8/58; AE nº 611.031/9, j. em 10/10/1990, 10ª Câmara, Relator José Santana, RJDTACRIM 8/59; AE nº 636.151/1, j. em 06/02/1991, 9ª Câmara, Relator Barbosa de Almeida, RJDTACRIM 9/35; AE nº 635.263/7, j. em 28/11/1990, 6ª Câmara, Relator Almeida Braga, RJDTACRIM 10/32; AE nº 709.441/3, j. em 27/02/1992, 7ª Câmara, Relator Luiz Ambra, RJDTACRIM 13/25; AE nº 693.901/6, j. em 22/04/1992, 6ª Câmara, Relator Aguiar Vallim, RJDTACRIM 14/24; Apelação nº 720.233/7, j. em 24/08/1992, 12ª Câmara, Relator Oliveira Santos, RJDTACRIM 15/132; Apelação nº 732.541/1, j. em 22/09/1993, 9ª Câmara, Relator Canellas de Godoy, RJDTACRIM 20/136. O critério do trânsito em julgado da sentença foi prestigiado nos seguintes recursos: AE nº 501.397/5, j. em 25/02/1988, 2ª Câmara, Relator Haroldo Luz, RJDTACRIM 3/53; AE nº 611.057/5, j. em 10/05/1990, 2ª Câmara, Relator designado Ribeiro Machado, Declaração de voto vencido Pedro Gagliardi, Declaração de voto vencido em parte Haroldo Luz, RJDTACRIM 8/59; AE nº 626.275/2, j. em 06/09/1990, 7ª Câmara, Relator Walter Tintori, RJDTACRIM 9/36; AE nº 702.271/2, j. em 23/03/1992, 11ª Câmara, Relator designado Gonçalves Nogueira, Declaração de voto vencido Sidnei Beneti, RJDTACRIM 14/25. E a contagem partir da citação da execução: AE nº 534.761/1, j. em 18/01/1989, 5ª Câmara, Relator Heitor Prado, RJDTACRIM 2/30; AE nº 546.869/3, j. em 02/02/1989, 3ª Câmara, Relator designado Gomes de Amorim, RJDTACRIM 3/54; AE nº 548.107/7, j. em 22/03/1989, 5ª Câmara, Relator Paulo Franco, Declaração de voto vencedor Ribeiro dos Santos, RJDTACRIM 3/55; AE nº 914.261/7, j. em 07/12/1994, 5ª Câmara, Relator designado

Edgard Coelho, Declaração de voto vencido Geraldo Lucena, RJDTACRIM 24/26.¹

O E. STJ pacificou a situação, definindo o critério de correção monetária a partir da data do fato delituoso, conforme se percebe dos seguintes recursos: EREsp 91003/RS, Relator(a) Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, j. em 13/12/1999, DJ 21/02/2000 p. 84, LEXSTJ v. 129 p. 279, v.u.; REsp 83846/RS, Relator(a) Ministro JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, j. em 16/12/1997, DJ 02/03/1998 p. 127, v.u.; REsp 120678/SP, Relator(a) Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. em 09/06/1997, DJ 04/08/1997 p. 34839, v.u.; REsp 81578/SP, Relator(a) Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, j. 08/04/1996, DJ 13/05/1996 p. 15568, v.u.; REsp 39429/SP, Relator(a) Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, j. em 02/04/1996, DJ 06/05/1996 p. 14436, v.u.; REsp 67747/MG, Relator(a) Ministro JOSÉ DANTAS, QUINTA TURMA, j. em 06/02/1996, DJ 04/03/1996 p. 5415, v.u.; REsp 41438/SP, Relator(a) Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, j. 28/09/1994, DJ 17/10/1994 p. 27906.

É pertinente a análise das dívidas de valor e de dinheiro.

Orlando Gomes (1990, p. 56-58) anota que a dívida pecuniária é “obrigação de valor nominal”. As obrigações pecuniárias determinam-se por “uma quantia fixa”, e as dívidas de valor variam no *quantum* em função do “valor da moeda”, por alteração do poder aquisitivo da moeda, com uso de cláusula de indexação, contra a deterioração da moeda, “fixando o valor da dívida em função da variação de determinado índice econômico”.

A propósito, Arnaldo Wald (1995, p. 52) conceitua dívida de valor como aquela em que “o débito não é de certo número de unidades monetárias, mas do pagamento de uma soma correspondente a certo valor”, em que a moeda “não constitui o objeto da

dívida, mas uma simples medida de valor”, pois a dívida é de “um quid” e não de “um quantum”, por representar um valor correspondente a um bem determinado e não a certo número de unidades monetárias.

Leib Soibelman (1983, p.134) também entende a dívida de valor como a obrigação em que “o objeto não é o dinheiro como dinheiro, mas o dinheiro como meio de medida de um valor patrimonial que ele representa no momento da conclusão do contrato”, sendo que, em caso de desvalorização do dinheiro no decorrer do contrato, “o credor já não receberá o valor que ele pretendeu ao contratar”, motivo para a “aplicação da correção monetária, correção do valor do objeto do contrato”. Entende que é o oposto da dívida pecuniária. Anota que nesta “o dinheiro é o meio de pagamento, pouco importando sua desvalorização”.

As dívidas em dinheiro são aquelas em que o dinheiro em si é “objeto da prestação”, como no mútuo, enquanto nas dívidas de valor o dinheiro serve para “medir ou valorar o objeto na prestação” (DINIZ et al., 2009).

A propósito, a dívida de dinheiro tem referência com a unidade monetária, o chamado valor de face da moeda, em que há correspondência exata para a utilização como troca por bem ou serviço. Uma tradução de dívida de dinheiro é a obrigação originária de mútuo ou de título de crédito. Por outro lado, a dívida de valor representa algo, um bem ou serviço, e a sua estimação em moeda é o mecanismo para a sua exigibilidade e certeza. São exemplos as obrigações alimentares, indenizações decorrentes de atos ilícitos ou de responsabilidade extracontratual e as provenientes de desapropriação. Na dívida de dinheiro, a moeda é objeto; na dívida de valor, a moeda é instrumento de estimação de algum bem.

O Código Civil estabelece o objeto do pagamento, a prestação estabelecida, sem obrigação de recebimento de prestação diversa, mesmo que mais valiosa (art. 313,

¹ Disponível em: <<http://www.tacrim.sp.gov.br>>

do Código Civil), com a previsão de que a obrigação de pagamento das dívidas em dinheiro deverá ocorrer no vencimento, “em moeda corrente e pelo valor nominal” (art. 315). A dívida de dinheiro está definida no art. 314 (moeda corrente pelo valor nominal), enquanto as demais dívidas são de valor, pois o seu descumprimento importa em obrigação de responder “pelo equivalente” (arts. 234 e 239, do Código Civil) ou exigir “o equivalente” (art. 236, CC), denotando-se que a expressão equivalente indica dívida de valor.

Note-se que o inadimplemento de qualquer obrigação gera a obrigação de pagamento de atualização monetária, além de juros e perdas e danos (art. 389, do Código Civil), de modo que a análise econômica de nominalismo ou valorismo é irrelevante. A própria diferenciação entre dívida de valor e dívida de dinheiro perdeu importância, tendo em vista que as duas dívidas são corrigidas monetariamente.

No campo penal, antes da alteração legislativa de 1984, a pena de multa era prevista em réis e depois em cruzeiro, moedas anteriores ao atual real. Para lembrança, ao delito de receptação (art. 180, *caput*, do Código Penal) era imposta, além da pena de reclusão, a multa de quinhentos mil réis a dez contos de réis (Decreto-lei 2.848/1940), depois de Cr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), pela redação dada pela Lei nº 2.505, de 1955. A redação atual prevê pena cumulativa de reclusão (1 a 4 anos) e multa; não há indicação de valor em moeda corrente; o sistema vigente é de dias-multa, entre o mínimo de 10 e o máximo de 360, fixando-se cada unidade de dia-multa com base no salário mínimo (art. 49, do Código Penal), sem especificação no tipo penal do valor em moeda. A pena de multa com fixação da sanção em moeda corrente era inegavelmente dívida de dinheiro, enquanto o sistema de dias-multa tem característica de dívida de valor, por necessidade da sua estimação monetária, com transformação

em quantia certa, além da expressa previsão legal no art. 51, do Código Penal.

A visão de transformação da dívida por condenação por crime em dívida tributária é distorcida. A referência à legislação processual tributária para a execução não é apta a transformar a natureza jurídica da dívida decorrente de condenação criminal em dívida de natureza tributária, porque as origens são diversas e inconciliáveis. A deformação de origem seria a mesma se o legislador resolvesse alterar novamente o art. 51 do Código Penal e o sistema de execução de pena criminal e adotasse hipoteticamente o procedimento de execução de alimentos (art. 733, do Código de Processo Civil): o título executivo judicial de origem criminal também não seria crédito alimentar. O rito procedimental da execução não pode alterar a origem e natureza jurídica do débito de condenação criminal.

A competência jurisdicional para a execução de multa criminal é do juízo criminal de conhecimento ou de execução criminal e não do juízo fazendário, a despeito de utilização de rito procedimental de dívida ativa da fazenda pública. O rito da execução não altera o direito material nem a competência jurisdicional.

A atribuição de movimentação da execução de multa penal é do Ministério Público e não da Procuradoria da Fazenda, por se tratar de atividade relacionada à promoção da ação penal e não cobrança de crédito tributário.

A legitimidade ativa do Ministério Público para a execução de pena criminal, especialmente a multa criminal, decorre do artigo 164, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984). Ademais, o órgão de acusação é legitimado para a execução penal de qualquer de suas modalidades, seja a execução de pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos ou multa, por ser um dos órgãos da execução penal (art. 61, III, LEP), incumbido da fiscalização da execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes de

execução (art. 67, LEP), e de requerer “todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo” (art. 68, II, “a”, da LEP), além de outras funções, como requerimento da execução de pena restritiva de direitos (art. 147, LEP) ou de requerimento para iniciação do procedimento judicial de execução (art. 195, LEP).

Como se vê, todo o sistema do ordenamento jurídico infraconstitucional prestigia e confirma a legitimidade do Ministério Público no campo penal e processual penal, no processo de conhecimento e de execução.

E não poderia ser diferente! Deve ser lembrado que o artigo 129, I, da Constituição Federal, estabelece o princípio da privatividade da ação penal pública pelo Ministério Público, que deve ser interpretado como poder de interferência e atuação em todas as fases relacionadas ao crime, desde a fase de política de segurança pública, investigação criminal, passando pela ação penal, até a execução da pena, fase final da persecução penal estatal, além de outras atividades pertinentes. Trata-se de legitimidade constitucional do Ministério Público, de cunho político e processual (SANTIN, 2000, p. 13-26; 2007, p. 218-219). A execução da pena de multa integra a persecução penal do Estado e o Ministério Público tem incumbência para buscar a efetivação do conteúdo decisório da sentença penal condenatória (BITTENCOURT, 2008, p. 584).

No direito comparado, a atribuição de movimentação da execução de pena pecuniária é função do Ministério Público. Na Itália, o Ministério Público faz os pedidos e participa de todos os incidentes de execução (art. 655, CPP), inclusive na execução de multa (art. 660, CPP). Em Portugal, findo o prazo sem pagamento da execução, o Ministério Público promove logo a execução (art. 491, 2, CPP, Decreto Lei 78/1987, atualizado pela Lei 48/2007). Na Alemanha, o Ministério Público é responsável pela execução de sentenças penais (art. 451, CPP), com supervisão da aplicação das sanções, incluindo-se a conversão da multa não paga em prisão

(459e).² Na Argentina, o Ministério Público atua em todos os incidentes de execução penal (MOM, 2004, p. 43 e 442-443).

A execução da pena é judicializada no sistema do Código Processual Penal Modelo para Íbero-América (art. 389/seguintes), com intervenção do Ministério Público nos incidentes de execução (art. 391) e previsão expressa de atuação na conversão da multa não paga em prisão (art. 395). O Código de Processo Penal do Paraguai (Ley 1.286/1998) adotou a sistemática (Código Tipo), conforme se verifica dos arts. 493, 495 e 498. No Chile, as normas sobre execução de sentença constam dos arts. 467-472, CPP, a cargo do Juízo, com intervenção do Ministério Público e da defesa (art. 466, CPP, Ley 19.696/2000). Na Bolívia, o art. 430 e seguintes tratam da execução judicial da pena, com atuação do Ministério Público e da defesa nos incidentes (art. 432, CPP, Ley 1970, de 25.02.1999).

Frise-se que a retirada da legitimidade do Ministério Público e da competência jurisdicional da Vara Criminal ou das Execuções Criminais seria um ataque fatal à multa criminal, que se não cumprida espontaneamente pelo condenado, teria pouca condição de exigência e coerção penal-patrimonial. A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo não movimenta a execução por pequeno valor do débito, possuindo patamar mínimo para execução fiscal. A situação caracteriza-se como corramento da impunidade, velório e enterro da pena de multa.

Não se desconhece o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido da perda da legitimidade do Ministério Público e a atribuição de representante da Fazenda Pública para a execução de multa.

O E. STJ tem se apegado à condição de dívida de valor da multa penal ou de dívida ativa para afastamento da legitimidade do Ministério Público, consideração

²Sobre a atuação do Ministério Público na Europa, ver: <<http://www.euro-justice.com/sitemap/>>.

de atribuição da Procuradoria da Fazenda Pública e existência de juízo especializado para a cobrança da dívida, não das Execuções Penais. A consideração como dívida de valor consta do REsp 1042887/MG, Relator(a) Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. em 18/09/2008, DJe 20/10/2008, LEXSTJ v. 231, p. 346; AgRg no REsp 1027204, Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, j. em 19/06/2008, DJe 18/08/2008, v.u.; REsp 832267/RS, Relator(a) Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, j. em 20/03/2007, DJ 14/05/2007 p. 385; CAT 92/SP, Relator(a) Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, j. em 26/10/2005, DJe 07/05/2008; REsp 286889/SP, Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, j. em 06/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 475). O tratamento como dívida ativa foi feito nos REsp 286889/SP, Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; CAT 92/SP, Relator(a) Ministro GILSON DIPP; REsp 169586/SP, Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, j. em 22/02/2005, DJ 04/04/2005 p. 236), inclusive necessidade de inscrição na dívida ativa (CAT 92/SP, Relator(a) Ministro GILSON DIPP; REsp 286889/SP, Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA). Sobre a característica da multa penal, tem-se entendido como sanção penal (REsp 832267/RS, Relator(a) Ministra LAURITA VAZ) ou extrapenal (REsp 286889/SP, Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA).

Tal postura restritiva de atuação do Ministério Público e da execução da multa criminal não merece continuar, aguardando que o E. Superior Tribunal de Justiça reveja o seu posicionamento e altere o rumo da jurisprudência, para colocar as coisas nos seus devidos lugares. Nem sempre a posição majoritária dos tribunais prevalece, até porque o movimento jurisprudencial é dinâmico e mutável, diante de interpretação e hermenêutica mais adequada ao assunto em debate.

Cabe anotar que o E. STJ já se posicionou favoravelmente à legitimidade da execução penal de multa pelo Ministério Público, em interpretação do art. 51, do Código Penal, pois, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, cabe ao Ministério Público, como titular da ação penal, promover a execução da pena de multa, perante o Juízo das Execuções Penais (REsp 699286/SP, Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. em 08/11/2005, DJ 05.12.2005, p. 369, RT, v. 846, p. 556, v.u.), entendimento mais adequado à espécie.

A E. Procuradoria Geral da República ingressou, em 2004, com ação direta de inconstitucionalidade do art. 51, do Código Penal, para que, em interpretação conforme, seja reconhecida a legitimidade do Ministério Público para ingressar com execução da pena de multa e a competência do Juízo das Execuções Criminais. A ação constitucional ainda está em andamento.³ Os principais argumentos constantes da petição inicial são de que o caráter polissêmico do dispositivo provocou dissensão doutrinária e jurisprudencial, por entendimentos de que teria sido retirado o caráter penal da multa ou de modificação meramente procedimental. A consideração tributária de punição criminal não se compatibiliza com a Carta Política. A única interpretação viável é a limitação dos efeitos da Lei 9.268/1996 à modificação do rito da Lei 7.210/1984 (art. 164, § 2º), sem resvalar na competência da Vara de Execuções Penais, a finalidade da norma é a melhor atuação na persecução criminal e no cumprimento da pena, de tratamento processual; a privatividade da ação penal (art. 129, I, CF) abriga a execução da sentença condenatória, por compreensão instrumental, tanto da fase cognitiva como da executória. A legitimidade processual da Fazenda Pública viola frontalmente a atribuição constitucional privativa do Ministério Público e confere

³ ADI 3150, Rel. Marco Aurélio, disponível em: <www.stf.jus.br>.

à Vara das Execuções Fiscais a implementação de sanção penal; o crédito tributário poderia ser exigido dos herdeiros do apenado, em afronta à responsabilidade penal pessoal, por intranscendência da sanção penal, lesionando o art. 5º, XLV, da CF/88; a menção a dívida de valor não tem o condão de alterar a natureza da multa, que é uma sanção penal, nem desviar a sua finalidade de recurso de Fundo Penitenciário; injustificável o entendimento de inscrição de multas em dívida ativa da Fazenda, pela providência absolutamente despicienda e ilegítima de transformar um título judicial em título extrajudicial; a norma jurídica é o resultado de sua interpretação, dentro do contexto da ordem legislativa como um todo, sendo que a Constituição se projeta sobre o sistema jurídico, impregnando-o de seus valores e revestindo-o dos fundamentos de validade e autoridade; alguns significados da lei podem ser compatíveis e outros inconciliáveis com o Texto Fundamental, incumbindo ao Judiciário superar o impasse, elegendo a interpretação harmônica com a Constituição, para conservar a validade da lei e prestigiar a presunção de constitucionalidade; a interpretação conforme a Constituição configura mecanismo de controle de constitucionalidade; na eleição da alternativa hermenêutica é reconhecido que a norma impugnada é constitucional quando imbuída do significado que a concilia e afirma a inconstitucionalidade do dispositivo se aplicado segundo o critério antagônico; a eliminação das hipóteses interpretativas e a aplicação de mecanismo da interpretação conforme a Constituição visa salvar a lei impugnada.

Cezar Roberto Bittencourt (2008, p. 582-585) entende que a Lei 9.268/1996 não alterou a competência para a execução da pena de multa, ainda do Juízo das Execuções Criminais, o procedimento permanece regulado pelos arts. 164 a 169 da LEP e a legitimidade continua do Ministério Público. A pena de multa mantém a natureza de sanção criminal e considera impossível

juridicamente a inscrição em dívida ativa de sentença penal condenatória, verdadeira heresia jurídica, porque a lei não prevê a necessidade de inscrição. A eventual previsão transformaria um título judicial (sentença condenatória) em título extrajudicial (dívida ativa) e deslocaria o crédito do Fundo Penitenciário para o orçamento da União. O fundamento político-legislativo da definição como dívida de valor seria para justificar a inconversibilidade da multa não paga em prisão e possibilitar a atualização monetária.

Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 429-430; 2006, p. 346) posiciona-se pela possibilidade de correção monetária da multa, por se tratar de simples atualização do valor da moeda. A Lei 9.268/1996 pretendeu evitar a conversão da multa em prisão, a multa continua com a natureza jurídica de sanção penal, e não civil, a competência seria da Vara das Execuções Criminais, executada pelo Ministério Público e seguido o rito da Lei 6.830/1980.

Vladimir Brega Filho (2009) considera a expressão dívida de valor como esclarecimento para a incidência da correção monetária, sem transformação da natureza penal da multa, e a execução da multa deve ser promovida pelo Ministério Público, perante o Juízo das Execuções Criminais.

Em sentido contrário, Damásio Evangelista de Jesus (1997, p. 533), com base na Lei 9.268/1996, pensa que o valor da pena de multa de sentença penal condenatória transitada em julgado deva ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública, não se procede mais nos termos dos arts. 164 e seguintes da LEP, a execução deve ser promovida pela Fazenda Pública, não mais de atribuição do Ministério Público. Anota o caráter extrapenal da execução, mas a multa permanece com sua natureza penal, subsistindo os efeitos penais da sentença. Sem acréscimos, Fernando Capez (2004, p. 395-397) adota a mesma posição.

A decisão de indeferimento da inicial de execução de multa criminal viola e nega

vigência aos artigos 164, 61, III, 67, 68, II, a, 147, 195, da Lei de Execução Penal, Lei 7.210/1984, sob argumento de ilegitimidade de parte ativa do Ministério Público e incompetência do Juízo criminal.

A posição excludente da atuação do Ministério Público padece de inconstitucionalidade por ferimento ao artigo 129, I, da Constituição Federal, que prevê o princípio da privatividade da ação penal pelo Ministério Público e o sistema acusatório. A inviabilização da execução da sanção criminal também se configura como violação ao direito constitucional do Ministério Público de acesso à Justiça para reparação de dano integral provocado pelo crime, lesão a direito da sociedade, em afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. E mais: um ataque à pessoalidade e intranscendentalidade da pena (art. 5º, XLV), à individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF) e ao juiz natural (art. 5º, LIII, CF).

Conclusão

Tendo em vista tais fatos, concluo:

1) A pena de multa criminal é de natureza criminal, aplicada em relação processual penal por lesão provocada pelo crime, no exercício da persecução penal estatal, sanção bem diversa do crédito tributário, que é originário de relação tributária e exercício do poder tributário;

2) O uso do rito de execução de dívida ativa da Fazenda Pública não afeta a condição essencial de multa criminal nem a transforma em crédito tributário, constituindo-se em mera forma procedimental de cobrança de dívida de natureza penal;

3) O Ministério Público tem legitimidade constitucional e infraconstitucional para a movimentação da ação penal pública e da ação de execução de multa criminal, com evidente invasão de atribuição e ilegitimidade a atuação da Procuradoria da Fazenda na execução de multa penal.

4) A competência para o processo de execução de multa é do Juízo Criminal ou

da Execução Penal, não da Vara da Fazenda Pública, por constituir matéria relativa à pena criminal, sem ligação a crédito tributário.

Referências

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

BREGA FILHO, Vladimir. *A execução da pena de multa: alterações da Lei 9.268/96*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/4675/4245>>. Acesso em: 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 7 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena et al. *Novo código civil comentado*. Disponível em: <<http://www.netlegis.com.br/componentes/upload/CCCOMENTADO.pdf>>. Acesso em: 2009.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 20 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

MASSA, Michele; SCHIPANI, Sandro. *Un codice tipo di procedura penale per l'America Latina*. Padova: Cedam, 1994.

MOM, Jorge R. Moras. *Manual de derecho procesal penal*. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 3 ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Código penal comentado*. 6 ed. São Paulo: RT, 2006.

SANTIN, Valter Foletto Santin. *Legitimidade do Ministério Público no processo penal*. *Justitia*, v. 189-192, São Paulo: PGJ-APMP, 2000.

_____. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2 ed. Bauru: Edipro, 2007.

SARRÁS, Sabas Chahuán. *Manual del nuevo procedimiento penal*. 3 ed. Santiago: LexisNexis, 2007.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 4 ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 12 ed. São Paulo: RT, 1995.

Da solidariedade à contingência

Diferentes visões do moderno Estado de Bem-Estar

Leany Barreiro Lemos

Sumário

1. Introdução. 2. O Estado-Providência como “horizonte natural do progresso social”. 3. O Estado de Bem-Estar condicionado pela ordem econômica. 4. O Estado de Bem-Estar como resposta às necessidades de acumulação e legitimação do sistema capitalista. 5. O Estado de Bem-Estar como resultado do embate político. 6. O Estado de Bem-Estar como decorrência da capacidade estatal. 7. O Estado de Bem-Estar em crise. 8. Considerações finais.

1. Introdução

O que significa o Estado-Providência – *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar? Qual suas bases de legitimidade e como se realiza contemporaneamente? O objetivo deste trabalho é confrontar distintas visões do conceito, de relevada importância acadêmica e para as políticas públicas. Em primeiro lugar, serão expostos os argumentos da base solidária, formulados especialmente por Rosanvallon (1996), numa tradição aberta por Marshall (1967); em segundo lugar, serão trazidos vários autores que trabalham com pressupostos diferenciados, que a) veem o Estado de Bem-Estar social como fruto de um determinado momento do desenvolvimento econômico, possível somente graças ao desenvolvimento industrial e aos excedentes fiscais gerados; b) veem no Estado de Bem-Estar e em suas políticas a legitimação do sistema capitalis-

Leany Barreiro Lemos é Doutora em Ciências Sociais, Professora Associada da Universidade de Brasília e servidora de carreira do Senado Federal.

ta, representados pelos marxistas; c) enxergam na variável política a possibilidade de explicação para o surgimento desse novo tipo de Estado; d) por último, autores que veem na anterioridade e estabilidade das burocracias uma variável fundamental.

A política social exerceu, ao longo do tempo, importante papel na manutenção da ordem e da estabilidade política, além de simplesmente atender às novas necessidades criadas pela Revolução Industrial. Historicamente, houve expansão das atividades durante crises de desordem civil resultantes de desemprego em massa e retração quando a estabilidade foi restaurada (PIVEN; CLOWARD, 1972).

Assim, a própria estabilidade política das democracias do capitalismo avançado e a legitimidade de seus Estados estiveram vinculadas, em boa parte, aos serviços e garantias por eles prestados. Da mesma forma, mas vinculadas a regimes não-democráticos, as políticas sociais foram usadas para conter distensões (REIS, 1994). Não é certamente gratuito o fato de que, na Alemanha e no Brasil autoritários, em momentos de conflito intenso, elas tenham sido usadas com esse objetivo.

Mas, apesar da existência anterior de programas de seguro social, é a partir do pós-guerra que as políticas sociais se generalizam, chegando quase a se universalizar nas sociedades avançadas. Assim, o Estado de Bem-Estar – a partir de agora EBE –, entendido como o *Estado que provê serviços sociais cobrindo riscos coletivos e individuais de forma ampla a camadas expressivas da população*, data do século XX e é um fenômeno institucionalizado do pós-guerra nos países capitalistas desenvolvidos.

Uma nota importante e esclarecedora é em relação aos termos utilizados no trabalho. Muitos cientistas sociais trabalham intercambiavelmente com os termos Estado-Providência e *Welfare State* (ou Estado de Bem-Estar), embora eles difiram na origem e no significado. Segundo Rosavallon (1997, p. 121-122), a expressão “Estado-

Providência” surge na língua francesa no segundo Império, criada por pensadores liberais hostis ao aumento das atribuições do Estado, mas igualmente críticos em relação a uma filosofia individualista muito radical. Foi, portanto, gestada antes da vigência de ideias keynesianas, que inauguram a intervenção social mais planejada do Estado. Como antecipações preventivas aos movimentos trabalhistas, houve o programa de proteção social de Bismarck, no séc. XIX, e, no início do mesmo período, as concepções liberais-reformistas de Lloyd George (WINKLER; MOURA NETO, 1992).

A expressão inglesa *Welfare State*, por sua vez, é muito mais recente e foi criada na década de 40 – embora se falasse de *welfare policy* (política de bem-estar) desde o início do século XX – para designar um conjunto de procedimentos e garantias institucionalizados aos afastados temporariamente do processo produtivo. Embora a Grã-Bretanha tenha sido o primeiro país cuja assistência social tenha sido organizada de forma sistemática, com uma série de *poor laws* a partir do séc. XVII, foi em 1942, com base no Plano Beveridge, que se construiu o sistema britânico de seguros. Essa experiência foi a inspiradora de todas as que se realizaram nos principais países depois da Segunda Guerra Mundial. O Plano Beveridge foi o primeiro documento a exprimir os grandes princípios de constituição do Estado de Bem-Estar moderno, com um regime de previdência social que rompe com a concepção restritiva de seguros sociais anteriores, na Europa e nos EUA. Repousa sobre uma nova concepção do risco social e do papel do Estado, era baseado no sistema centralizado, uniforme, generalizado, unificado e simples (ROSAVALLON, 1997, p. 126-127).

Como os problemas em tela são exatamente os que dizem respeito a essa nova institucionalidade que é o Estado-securitário, será usado o termo “Estado de Bem-Estar” para simplificar, embora se sabendo que essa escolha ignora *nuances*

que, de toda forma, não serão abordadas no presente artigo.

Existem dois problemas básicos ao se tentar confrontar diferentes argumentações sobre o Estado de Bem-Estar. O primeiro é a grande produção existente sobre o assunto, que requer um esforço de organização e seleção de textos e autores, impossibilitando uma análise exaustiva em pouco espaço. Nesse caso, optamos por descrever primeiramente uma visão – do EBE como evolução do progresso social – e, a partir daí, indicar as visões de outros autores que tratam o mesmo fenômeno, entretanto a partir de pressupostos diferentes.

O segundo problema presente é a constante mudança das variáveis analíticas usadas ao longo do tempo¹. Essa mudança dos indicadores, ao mesmo tempo em que provocou uma sofisticação da análise e um acúmulo de conhecimento, levou alguns autores a reverem suas posições (ARRETCHE, 1995), o que se poderá verificar ao longo do texto.

2. O Estado-Providência como “horizonte natural do progresso social”

Um grupo de teóricos baseia-se em conceitos de cidadania e solidariedade para fundamentar o surgimento do EBE e seu posterior desenvolvimento. Esses teóricos defendem que o Estado de Bem-Estar foi construído graças aos seus próprios benefícios, e não por causa de sua funcionalidade em relação ao sistema capitalista. Sua linha de caracterização do EBE tem como precursora a argumentação de Marshall (1967). Os autores consideram o nascimento do Estado-providência um movimento natural que supõe a evolução progressiva do campo dos direitos, ou da concepção de democracia. Embora destaquem o fenômeno da industrialização, o centro de

seus argumentos é a solidariedade, ou a percepção e ampliação de direitos graças a uma positividade própria do EBE.

Marshall (1967), precursor dessa linha teórica, apesar de crer que o EBE tenha surgido num contexto específico de industrialização e que tal contexto tenha tido um papel preponderante para o seu surgimento, encaixa-se nessa visão solidarista. Ele casa o determinismo econômico com o evolucionismo, ao propor que os direitos sociais nascem da ampliação progressiva e natural dos direitos políticos. Seu raciocínio parte do princípio de que uma crescente igualdade política teria levado à construção de políticas sociais minimizadoras das desigualdades econômicas. Note-se que, apesar do destaque dado à industrialização no processo de conformação do EBE, o ponto nevrálgico de seu argumento não é econômico, mas social: a origem e o posterior desenvolvimento do EBE se deram por uma evolução lógica e natural da *ordem social em si mesma* (Marshall, 1967, p. 25). Marshall não nega igualmente que haja certa participação da ação política, mas o que destaca em seu argumento é que a ação política apenas implementa a política social, obedecendo a uma lógica que é própria do sistema social.

Sua conhecida teorização desenvolve um conceito de cidadania que englobaria a esfera dos direitos civis, relacionados à liberdade individual; de direitos políticos, que englobariam o direito de participação no exercício do poder político; e de direitos sociais, que corresponderiam à participação na riqueza socialmente produzida. Fundidos no feudalismo medieval, esses campos distintos da noção de direitos teriam sido separados na sociedade industrial e nela teriam evoluído de maneira diversa. A ampliação progressiva do conceito – que primeiramente incluía direitos exclusivamente civis, para incorporar em seguida os direitos políticos e os sociais – ter-se-ia realizado graças à maior democratização da sociedade e à industrialização. As esfe-

¹ Nas décadas de 50 e 60 as análises baseavam-se no indicador “volume do gasto social”. Na década de 80, passaram a discutir indicadores de “forma e natureza do gasto”. (ARRETCHE, 1995)

ras teriam evoluído provocadas por uma progressiva incorporação de camadas sociais antes privadas de direitos, e essa incorporação ter-se-ia dado via aumento da participação popular. Assim, a origem das “políticas igualitárias do século XX” (MARSHALL, 1967, p. 84) encontra-se, para o autor, na evolução histórica e na progressiva incorporação de atores, sociedade e Estado, “sobretudo pela ação das classes altas” (ARRETCHE, 1995).

Três pontos sobressaem nos argumentos de Marshall: o primeiro é a importância de instituições para o provimento de serviços sociais. Esse argumento é retomado hoje mais fortemente pelos neo-institucionalistas, cujas ideias serão expostas mais adiante no artigo. O segundo ponto é o “evolucionismo” de que está impregnado seu argumento, a adaptação “lógica e natural” da ordem. Outro ponto de destaque é que, em sua *rationale*, a política social não tem como fim a promoção da igualdade, mas a minimização das consequências do desenvolvimento do sistema capitalista de acumulação do capital (caráter compensatório).

Também Rosavallon (1996) vê o Estado de Bem-Estar com positividade própria, nascida do movimento do Estado-nação moderno. Segundo ele, a forma política específica do Estado moderno seria exatamente a do Estado protetor, porque o contrato social que o instituiu está fundado na produção da segurança e na redução da incerteza. O Estado de Bem-Estar seria, assim, um prolongamento do Estado protetor clássico. “Os direitos econômicos e sociais aparecem naturalmente como um prolongamento dos direitos civis” (ROSA-VALLON, 1997, p. 20-23).

De fato, para Rosavallon (1996; 1998), o surgimento do Estado-Providência se dá na correção de princípios postos pelo Estado protetor, ampliação do Estado moderno. Ou seja, para além da segurança física ou da propriedade, o Estado-Providência, muito mais complexo, reencaixa o social, ao substituir as incertezas geradas pelo

sistema pela certeza securitária, realizável pelo aumento do *expertise* e pela evolução tecnológica, bem como pelo novo aparato técnico estatal.

Num primeiro momento, esse Estado-Providência – que ele chama de “Estado-Providência da tradição” (ROSAVALLON, 1998, p. 25) – fará diminuir as diferenças de riqueza, especialmente por promover indenizações. Seus mecanismos baseiam-se nas compensações trazidas por um sistema de seguro social, e a solidariedade se fundamenta na mutualização crescente dos riscos sociais.

Na verdade, o seguro social vem, para o autor, substituir o contrato social: tem os mesmos efeitos de aglomeração e proteção, com a vantagem de passar da noção *subjetiva* da conduta e da responsabilidade individual à noção *objetiva* do risco. Portanto, seguro social e solidariedade andam *pari passu*, embora tenham trazido o problema da “opacidade” das relações sociais: os indivíduos não veem uns aos outros como agentes dessa solidariedade, mas o Estado. É como se existisse uma “mão invisível” do seguro (Idem), o que, segundo Rosavallon, numa fase posterior, gerará impasses e levará a uma crise filosófica do Estado-Providência.

A esse aspecto o autor dá especial ênfase: o da substituição da interface entre pessoas pela interface com o Estado, o que gera uma perda de percepção da solidariedade. Essa falta de visibilidade das ações sociais, intermediadas pelo Estado, seria um dos problemas centrais do Estado-Providência tradicional.

Nessa fase primeira, o Estado-Providência é portador de um caráter compensatório, repousando no princípio da separação entre o econômico e o social: os direitos sociais são simplesmente os de concorrer, e o sistema é concebido assim para tratar situações apreendidas pelos riscos conjunturais. É um “Estado-Providência passivo”: para indenizar a exclusão do mercado de trabalho de uma parte da população, au-

menta cada vez mais os descontos sobre o rendimento do trabalho, o que, por sua vez, gera uma diminuição desse último. Entretanto, gera-se um benefício seguinte, com o aumento da inserção social. Rosanvallon propõe, contemporaneamente, a criação de um “Estado-Providência ativo” que enriqueça a noção de direito social, capaz de gerar novas formas de inserção. Sua teoria aproxima-se muito da de Marshall não só por causa de seu “evolucionismo”, mas também pela ideia da anterioridade dos direitos civis em relação aos direitos sociais. Sob o signo da laicização da sociedade, o EBE exprimiria a ideia de substituir a incerteza da proteção religiosa pela certeza da proteção estatal e ter-se-ia originado da ampliação dos direitos democráticos.

O Estado-providência seria “produto da cultura democrática e igualitária moderna” (ROSAVALLON, 1997, p. 35), na medida em que se movimenta em torno da ideia de liberar os indivíduos das necessidades vitais. Entretanto, o EBE progrediu do séc. XIX ao séc. XX de forma descontínua em face das grandes crises sociais e econômicas. As guerras nesse contexto têm um papel fundamental, uma vez que, após cada uma delas, reforçaram-se os aparatos de proteção social e geraram-se benefícios econômicos. Segundo ele, a ideia implícita no estado keynesiano é a do compromisso social. Esse compromisso social entra em crise na atualidade econômica contemporânea dos países europeus quando a equação keynesiana da redistribuição de renda não funciona mais. Tem-se então, como resultado, a crise do *Welfare* e das social-democracias (Idem), que será tratada com mais detalhe na seção 7.

Para finalizar, o fundamental na tese do autor são as relações sociais e os elos que elas estabelecem: não há uma visão do “indivíduo” ou do “Estado” isoladamente tomados. Mesmo o argumento econômico da viabilidade do sistema – tomado como pressuposto, por outros autores, como veremos adiante – ou da sua própria inviabilidade fiscal, em fins do século XX, não

são centrais. O problema é cultural-social, ainda que as finanças sejam uma variável fundamental – seja na origem desse Estado, seja na crise –, mas não uma suficiente. A crise é, de fato, filosófica.

3. O Estado de Bem-Estar condicionado pela ordem econômica

Uma segunda categorização quanto ao Estado de Bem-Estar sustenta que seus condicionantes seriam predominantemente de ordem econômica. Nesse caso, o EBE seria resultado necessário do processo de industrialização das sociedades. A essa corrente filiam-se, por exemplo, Wilensky, Lebeaux e Titmuss.

Para Wilensky (1975), os programas sociais surgem de forma generalizada nos países de alto nível de desenvolvimento por causa do crescimento econômico e de seus resultados demográficos e burocráticos. Assim, o surgimento de padrões mínimos de atendimento das necessidades sociais pelo Estado estaria associado aos problemas e às possibilidades colocadas pelo desenvolvimento industrial, e sua viabilidade garantida pela alta arrecadação fiscal. Em outras palavras, o argumento se baseia na ideia de que o EBE só foi possível, de um lado, graças ao excedente de riquezas gerado pela industrialização, e, de outro, porque a industrialização, ao provocar mudanças sociais tão significativas (vida familiar, crianças que passam de fonte de renda a fonte de gastos, envelhecimento populacional etc.), pressiona a estrutura estatal para que ela atenda às novas necessidades:

“As mudanças sociais são os determinantes principais dos problemas sociais, os quais, por sua vez, criam a demanda por serviços de *welfare*” (WILENSKY; LEBEAUX, 1965, p. 17).

Em trabalho posterior, entretanto, Wilensky (1975, p. 28-30) afirma que os fatores de diferenciação não são de ordem cultural, mas *estrutural*, mostrando a fraca correlação

entre sistema político e desenvolvimento do EBE e uma alta correlação entre “nível de desenvolvimento econômico” e “esforço de seguridade” (gasto estatal).

Titmuss (1963) também entende a industrialização como motor dos programas sociais, mas sob outro ângulo. Coloca que a origem dos programas de BE está na complexidade da divisão social do trabalho, consequência da industrialização, e na dinâmica social que transforma expectativas individuais e/ou sociais em necessidades. Esse é um processo artificial, mas que tem do outro lado o surgimento de serviços sociais para atender a essas expectativas, que, por força cultural, transformaram-se em necessidades e que procuram garantir a sobrevivência da sociedade. A ampliação dos serviços prestados pelo Estado, assim, corresponde à ampliação progressiva das necessidades culturalmente construídas.

4. O Estado de Bem-Estar como resposta às necessidades de acumulação e legitimação do sistema capitalista

Uma outra vertente explicativa para o surgimento do EBE é a marxista, que o explica por sua funcionalidade e como sendo intrínseco ao modo de produção capitalista, portanto, um problema “estrutural”, na sua tradição teórica. Apesar de não abordar especificamente a origem e o desenvolvimento do EBE, O’Connor (1977), em trabalho voltado para a compreensão da dinâmica das finanças governamentais norte-americanas, teoriza sobre tais temas no período pós-Guerra. Além dele, podem ser colocados como representantes dessa linha Gough, Faleiros, Offe e Lendhart.

O’Connor (1977, p. 19) explica a origem do EBE como resultado do processo de acumulação de capital no interior do setor monopolista:

“O Estado capitalista tem de tentar desempenhar duas funções básicas e muitas vezes contraditórias: acumulação e legitimação (...). Isto

quer dizer que o Estado deve tentar manter, ou criar, as condições em que se faça possível uma lucrativa acumulação de capital. Entretanto, o Estado deve também manter ou criar condições de harmonia social. Um Estado capitalista que empregue abertamente sua força de coação para ajudar uma classe a acumular capital à custa de outras classes perde sua legitimidade e, portanto, abala a base de suas lealdades e apoios. Porém, um Estado que ignore a necessidade de assistir o processo de acumulação de capital arrisca-se a secar a fonte de seu próprio poder, a capacidade de produção deste excedente (e de outras formas de capital)”.

Assim, às necessidades societais corresponderiam duas funções estatais: acumulação e legitimação, que implicam diferentes tipos de gastos estatais: a) *capital social*, destinado a garantir a acumulação de capital, subdividido em investimento social (para aumentar a produtividade dos trabalhadores) e em consumo social (para rebaixar os custos de produção e da força de trabalho); e b) *despesas sociais*, ou gastos destinados a lidar com os efeitos do processo de acumulação e, portanto, garantir a harmonia social e a legitimação.

Na teoria de O’Connor (1977), todas as despesas do Estado são efetuadas para responder às necessidades do capital, seja para garantir diretamente a acumulação, via capital social, seja para corrigir os efeitos sociais da acumulação de capital, via despesas sociais. Mesmo a função de gastos com despesas sociais é vista como uma das condições necessárias à acumulação.

O autor afirma que o setor privado impulsiona o crescimento da economia, principalmente do setor monopolista. Entretanto, ele não se responsabiliza pelo investimento social necessário à sua expansão. Esse custo recai no Estado, que vai arrecadar junto à população. Ou seja, os investimentos sociais necessários à expansão

do setor monopolista não são pagos por ele, mas são pela própria sociedade, via impostos (O'CONNOR, 1977). Há uma relação direta "necessidades postas pelo processo de acumulação capitalista" - "funções desempenhadas pelo Estado".

Na mesma linha, Gough (1979) diz estar de acordo com O'Connor, mas desenvolve uma explicação alternativa para a origem e o desenvolvimento das políticas sociais, utilizando variáveis analíticas não consideradas na abordagem da "teoria da crise fiscal" de O'Connor. Aceita a ideia de que o Estado capitalista contemporâneo tem um lado social restrito, que diz respeito à reprodução do conjunto da população, mas chama atenção para o fato de que esse lado social foi fruto da luta da classe operária no aparelho de Estado, dando, pois, relevância ao fator político. Além disso, chama atenção para a autonomia relativa do Estado. Essa autonomia significa que nem todas as demandas postas pelo sistema capitalista serão atendidas.

Gough rejeita as teorias de cunho funcionalista, segundo as quais o fenômeno é produzido pelas causas que o geraram, mas reafirma que o EBE é fenômeno do capitalismo em um estágio particular de seu desenvolvimento e, mais especificamente, das sociedades capitalistas avançadas. É o processo de acumulação capitalista que gera incessantemente as demandas para a política social. A resposta do Estado sob a forma de políticas sociais representa uma resposta a necessidades geradas *no e pelo* modo de produção capitalista. Assim, ainda que o aparato estatal seja relativamente autônomo nas sociedades capitalistas, ele deve agir para responder aos imperativos do processo de acumulação de capital. A economia capitalista tem uma racionalidade à qual o Estado deve submeter-se.

Sua teoria rejeita uma visão marxista estreita, segundo a qual o Estado seria essencialmente uma criatura do capitalismo e inteiramente submisso à classe dominante e à sua dinâmica de acumulação. Haveria

uma classe dominante com o objetivo de maximizar lucros, e isso significa que o processo de acumulação capitalista estabelece um limite para a expansão das políticas sociais, barradas pelas possibilidades postas pela acumulação e pela própria capacidade de financiamento dos programas sociais. Mas as "exigências funcionais", ou constrangimentos postos pelo processo de acumulação de capital, não são suficientes para explicar a origem dos programas sociais.

Para esse autor, não se segue que, havendo demandas, o Estado irá necessariamente atendê-las. A relativa autonomia do Estado permite a existência de uma margem de manobra nas decisões estatais. O Estado não age de maneira nenhuma como um instrumento passivo de uma classe, ainda que não seja neutro. O que fez surgir o EBE no pós-Guerra teria sido o forte movimento em direção à organização da classe operária e à reestruturação do aparelho estatal, com uma crescente concentração decisória no Executivo. A luta de classes dentro do aparelho do Estado resultou em melhoria das condições de vida dos trabalhadores. Diferentes formas e graus de intensidade dessa capacidade de pressão implicariam distintas modalidades de prestação de serviços sociais, gerando um Estado capitalista com face social.

Em suma: Gough mantém a perspectiva marxista de que o Estado age no interesse da classe capitalista. Mas a ameaça de um movimento social forte faz com que a classe capitalista pense e aja de forma coesa e estratégica e reestruture o aparato estatal para essa finalidade:

"(...) os fatores que influenciam o desenvolvimento de políticas sociais são: 1. a luta e influência da classe trabalhadora; 2. a centralização do Estado; 3. a influência dos primeiros sobre esse último (...). Esses fatores não são de modo algum exaustivos, mas constituem (...) os principais determinantes do EBE". (GOUGH, 1979, p. 68)

Outro importante autor, Claus Offe muda suas percepções sobre o EBE ao longo do tempo. Uma parte de seu trabalho filia-se no mesmo campo que O'Connor. Em alguns trabalhos, Offe (1972, 1979, 1984a) argumenta que o EBE é funcional às exigências de reprodução do capital; a política ou a ideologia não têm papel a exercer e há drástico determinismo econômico. Em outro estudo, e já alterando sua visão anterior, Offe e Lendhart (1984) fazem uma abordagem político-institucional do problema, afirmando que a dinâmica das políticas sociais está ligada às instituições e depende do processo de acumulação num grau muito menor do que o anteriormente acreditado. Portanto, em sua revisão de diagnóstico, a variável política, antes menosprezada, passa a ser fundamental para o surgimento do Estado de Bem-Estar.

Na fase inicial, Offe classifica o EBE como fenômeno das sociedades capitalistas avançadas. Segundo ele, essas sociedades criariam estruturalmente problemas endêmicos e necessidades não atendidas, e o EBE seria apenas uma tentativa de tratar desses novos problemas. Assim, sua origem estaria nas mudanças estruturais da sociedade capitalista e também como uma resposta funcional ao seu desenvolvimento. Além disso, o EBE não representaria nenhum progresso nem uma “revolução” social, porque não muda a situação dos indivíduos diante do sistema de produção capitalista nem lida diretamente com as necessidades humanas fundamentais. Lida somente com os problemas criados pelo crescimento industrial (OFFE, 1972).

Em seu desenvolvimento, o capitalismo destruiria formas anteriores de vida social, gerando disfuncionalidades que se expressariam sob a forma de problemas sociais. O EBE apresentaria, portanto, formas de compensação às perdas percebidas pela sociedade. Mas o *Welfare* seria desdobramento necessário, e não escolha. As condições econômicas e sociais determinariam a emergência do EBE e não haveria lugar para opções no campo político:

“(…) padrões ideológicos não são apenas ausentes, mas seriam inaplicáveis mesmo se existissem (...). Plataformas dos partidos e resultados eleitorais parecem não ter influência na porcentagem do orçamento estatal que é gasto para fins do WS ou em novos programas de *welfare* que são criados. Muito mais importantes como determinantes das políticas (*policies*) são as variáveis econômicas (...)” (OFFE, 1972, p. 484).

Nega, assim, qualquer determinante de ordem política na emergência de programas sociais ao afirmar que “a decisão política no *Welfare State* está fadada a ser bastante reduzida” (OFFE, 1972, p. 484). O EBE é um processo contínuo de adaptação aos problemas sociais postos pelo desenvolvimento do capitalismo.

“A lógica do WS não é a realização de algum objetivo humano intrinsecamente válido, mas antes a prevenção de um problema social potencialmente desastroso (...). Essa maneira tecnocrática e absolutamente apolítica de reagir a pressões sociais emergentes condena o WS a um infundável e errático processo de auto-adaptação”. (OFFE, 1972, p. 485)

O argumento da política social como compensação das disfuncionalidades da operação do sistema capitalista se repete posteriormente, quando Offe (1979) trata da natureza do Estado intervencionista. Com o argumento de que o Estado se adapta às novas condições postas pelo sistema de produção capitalista, Offe afasta-se da corrente ortodoxa marxista, em que o Estado capitalista permanece o mesmo em suas funções essenciais, e da corrente social-democrata, na qual a novidade do pós-Guerra seria uma substancial alteração da essência do Estado capitalista.

Na década de 80, Offe e Lenhardt (1984) reafirmam a funcionalidade do EBE ao modo de produção capitalista e descaracterizam a política social como compensação

das perdas. Agora, as políticas sociais são centrais ao processo produtivo capitalista, proletarizando os trabalhadores e transformando-os em trabalhadores assalariados: ela passa a ser responsável pela constituição da própria classe trabalhadora².

A política estatal surge então a partir de uma estrutura econômica de classes, baseada na valorização privada do capital e no trabalho assalariado livre. Explicar a origem das políticas sociais significa definir quais são as funções que lhe competem, considerando essas estruturas.

“A política social é a forma pela qual o Estado tenta resolver o problema da transformação duradoura de trabalho não-assalariado em trabalho assalariado”. (LENDHART; OFFE, 1984, p. 15)

Os autores distinguem dois conceitos: o da proletarização passiva, processo pelo qual o indivíduo é destituído dos meios próprios de subsistência, e o da proletarização ativa, disposição para que o indivíduo venda sua força de trabalho no mercado, sendo que a passagem de um para outro não é automática ou natural. A política social entraria para criar as condições de existência da classe operária: “A função mais importante da política social consiste em regulamentar o processo de proletarização”. (LENDHART; OFFE, 1984, p. 22)

Essa função só pode ser exercida pelo Estado porque o processo de integração daquela classe supõe a existência de uma associação política de dominação: o poder estatal. Seguindo essa lógica, o desenvolvimento das políticas sociais representaria um processo em que se tenta compatibilizar duas exigências que se contrapõem: as exigências da classe trabalhadora e as necessidades de acumulação de capital.

A dinâmica de desenvolvimento das políticas sociais responderia a uma estratégia estatal que buscava realizar ao mesmo tempo a integração social e a integração

sistêmica. Alterando sua visão expressa em 1972, quando dizia que o Estado respondia automaticamente às necessidades de produção capitalista, Offe afirma agora que o Estado tem uma dinâmica própria. Essa dinâmica diz respeito a um processo de elaboração interno, a um processo de mediação de necessidades e a exigências no seu interior que o torna sujeito a uma dinâmica muito mais institucional que econômica, ligada ao processo de acumulação. Sua problemática é político-institucional (instituições alteram o resultado final das *policies*), preservada a necessidade de acumulação de capital (OFFE, 1984a).

Para Offe, uma das razões para que o Estado garanta as condições de reprodução ampliada do capital é sua dependência estrutural dessa reprodução, principalmente porque a saúde financeira do Estado depende da saúde da economia. Essa dependência é um princípio seletivo no processo de decisão interno ao Estado, para a definição de políticas estatais.

5. O Estado de Bem-Estar como resultado do embate político

Uma quarta abordagem bastante significativa é a de Esping-Andersen. Sua interpretação dá grande importância aos recursos de poder disponíveis e à mudança na configuração de forças dentro da arena decisória. Segundo ele, foi graças à ascensão da social-democracia que se construiu o EBE.

Sua pesquisa, baseada em 18 países capitalistas desenvolvidos, articula a existência de três distintos regimes de distribuição de serviços sociais às condições de sua emergência. Sua hipótese central é a de que “(...) a reforma social foi uma questão vital desde o início do processo de organização da classe trabalhadora, quer esta tenha ocorrido sob lideranças reformistas ou revolucionárias”. (ESPING-ANDERSEN, 1985a, p. 146)

A defesa das políticas sociais fez parte do próprio processo de constituição da classe trabalhadora enquanto classe “para si”

² Ver também Offe, 1984a.

(a classe tem objetivos históricos de emancipação). A concepção social-democrata de que a reforma social contribuiria para o fortalecimento da capacidade de pressão da classe trabalhadora viabilizou-se como uma alternativa real de política. Historicamente, a implementação de políticas sociais teria sido a expressão de conflitos distributivos, que opuseram direita e esquerda em cada país analisado. A implementação é, na verdade, reveladora da forma pela qual se resolveu em cada país o conflito distributivo, ou como a *politics* traduziu-se em *policies*.

Seriam três os regimes de EBE identificados pelo autor:

a. regime social-democrata (países escandinavos): o movimento operário expressou-se politicamente por meio dos partidos social-democratas, que ficaram algum tempo no poder. O EBE é um sistema de proteção abrangente, cobertura universal, benefícios desvinculados do montante de contribuição efetuado pelo beneficiário;

b. regime ou modelo conservador (Europa continental: Alemanha, Áustria, França, Japão, Bélgica e Itália). A Igreja tem importante papel nas reformas sociais e, em alguns desses países, houve forte absolutismo. Marcado pela iniciativa estatal, favoreceu um ativo intervencionismo estatal destinado a promover lealdade e subordinação ao Estado e deter a marcha do socialismo e do capitalismo. Os sistemas de proteção eram marcados pelo corporativismo, e esse regime consolidou divisões no interior da classe trabalhadora. O legado conservador, em alguns países, representou obstáculo às reformas de orientação social-democrata quando esse partido assumiu o poder;

c. regime ou modelo liberal (tradição anglo-saxônica). Movimentos operários são eleitoralmente fracos e o impulso burguês teria sido especialmente forte na constituição da sociedade. Diferentemente do modelo social-democrata, no modelo

liberal as políticas são desenhadas de modo a maximizar o *status* de mercadoria do trabalhador individual e a distinção dos beneficiários é por mérito. Financiado pela contribuição individual, vincula contribuição a benefício, permite pouca intervenção estatal e oferece máximo escopo para o mercado na distribuição dos serviços. A universalização é das oportunidades, e não dos resultados, de modo a estimular o indivíduo a se autoprotger.

Em trabalho posterior, Esping-Anderesen reconceitualiza o EBE. Nessa nova visão, *ex post*, o EBE se desenha como um sistema de estratificação, em que não é só um mecanismo que intervém e corrige a estrutura da desigualdade, mas cria novas. É ele próprio um sistema de estratificação: “é uma força ativa no ordenamento das relações sociais” (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 23). A assistência social estratifica, estigmatizando os indivíduos e dividindo-os entre capazes e não-capazes: o sistema universalista preconizado pelo EBE só seria possível se reduzidamente aplicado. Em outras palavras, só se fossem oferecidos benefícios modestos em populações reduzidas e homogêneas.

Para o autor, o surgimento de novas classes médias introduz uma nova hierarquia: os setores com mais poder aquisitivo voltam-se para uma proteção social além do mínimo, buscando negociar benefícios extras (ESPING-ANDERSEN, 1990, 1991). Numa situação de crise econômica, com menos recursos, o que resta às classes com mais capacidade de influir no jogo decisório é apropriar-se de uma fatia que poderia ser destinada a outros segmentos, tirando do EBE seu caráter universalista, redistribuidor de renda e solidário.

6. O Estado de Bem-Estar como decorrência da capacidade estatal

Uma corrente mais contemporânea de explicação para a origem e o desenvolvimento do EBE afirma que ele é resultado

de configurações históricas particulares, de estruturas estatais e instituições políticas. É representada pelos neo-institucionalistas, entre eles Theda Skocpol, Ann Shola Orloff e Margareth Weir.

O pressuposto da análise é o de que o Estado é autônomo em relação à sociedade civil, levando-se a considerar o papel das burocracias públicas como uma variável independente. As burocracias podem formular e perseguir objetivos próprios, que não são um reflexo nem um subproduto dos interesses presentes e organizados na sociedade civil.

Os neo-institucionalistas opõem-se a todas as correntes que veem a ação do Estado como resultado de fatores exógenos à esfera estritamente estatal:

“(...) os institucionalistas argumentam que a capacidade estatal (*state capacity*) para planejar, administrar e extrair recursos é uma pré-condição para a emergência de modernos programas sociais (...) e que o contexto institucional (...) afeta as orientações, a capacidade de organização política popular e das elites e, portanto, a formação de coalizões políticas entre classes”. (ORLOFF, 1993, p. 83)

Seu primeiro pressuposto é o de que as burocracias públicas têm interesses próprios, consolidam-se dentro de condições históricas particulares e são uma pré-condição para o surgimento dos sistemas modernos de provisão de serviços sociais. “O ponto central é que as políticas propostas serão diferentes daquelas demandadas pelos atores societais”. (EVANS; RUESCHEMEYER; SKOCPOL, 1985, p. 15)

O segundo pressuposto defende que as estruturas institucionais do Estado influenciam a formação e o desenvolvimento dos interesses e das modalidades de ação dos grupos da sociedade civil. Mais que autônoma, a ação do Estado tem influência sobre a cultura política, sobre a ação política coletiva e sobre a formação de questões políticas (SKOCPOL, 1992).

No primeiro trabalho, *Bringing the state back in* (EVANS; RUESCHEMEYER; SKOCPOL, 1985), os autores rejeitam os argumentos *society-centered*. A variável explicativa central é o papel das burocracias estatais e dos reformadores sociais na formulação de políticas de bem-estar. Os desdobramentos da teoria são os seguintes:

- a. burocracias públicas têm papel de liderança;
- b. capacidades estatais são medidas pelo insulamento burocrático;
- c. recursos de poder das burocracias são derivados do processo de formação do Estado.

A sequência histórica democratização-burocratização é fundamental na análise proposta pelos neo-institucionalistas. Em seus trabalhos mais recentes, ampliam o escopo para a estrutura político-institucional, deslocando-se de uma perspectiva *state-centred* para uma *polity-centred*. Enquanto na primeira os “órgãos administrativos do Estado” constituem foco central da análise, na segunda os autores indicam alterações importantes nas variáveis analíticas adotadas: burocracias passam a ser tanto as indicadas quanto as eleitas; passa-se a uma análise da formação histórica do Estado nacional; as formas históricas de interação entre a estrutura estatal e instituições políticas são consideradas; e estuda-se como as estruturas condicionam o comportamento dos grupos envolvidos na formulação de políticas (WEIR; ORLOFF; SKOCPOL, 1988; SKOCPOL, 1992; ORLOFF, 1993).

Nessa análise *polity-centered*, mesmo regras eleitorais, entendidas como instituições políticas, podem condicionar as formas de organização de interesses na sociedade (SKOCPOL, 1992). Assim, a formação do Estado nacional e das estruturas políticas de cada país constitui variável central na análise. É, pois, na história particular de cada país que podem ser encontradas as variáveis específicas de explicação de uma determinada forma de desenvolvimento dos sistemas de proteção social.

Para Orloff (1993), são três os elementos centrais da análise: a. formação do Estado nacional; b. contexto institucional, que pode alavancar ou barrar as possibilidades de ação política dos grupos politicamente organizados, que são historicamente mutantes; c. processos de *policy feedback*: ideologias e valores culturais influenciam o discurso político, mas esse também é influenciado pelas características das políticas existentes. As políticas sociais previamente estabelecidas afetam a ação política subsequente (SKOCPOL, 1992).

Essa corrente, mais recente e em plena produção, tem influenciado bastante os novos estudos, e sua utilidade é bastante significativa em estudos de caso.

7. O Estado de Bem-Estar em crise

Na década de setenta, começou-se a desenvolver o argumento da deterioração do EBE. Várias são as causas apontadas para a crise. Em primeiro lugar, foi formulada a hipótese da crise fiscal (O'CONNOR, 1977; OFFE, 1984). A inflação das demandas e das proteções aos trabalhadores, bem como a rigidez no processo de trabalho, levariam a um menor investimento e à crise de acumulação:

“O Estado-Providência está doente. O diagnóstico é simples: as despesas com a saúde pública e com o setor social crescem muito mais depressa que as receitas. Daí um lancinante problema de financiamento, que se apresenta nos últimos vinte anos, em todos os países industrializados (...)”. (ROSAVALLON, 1997, p. 7)

Entretanto, como dito anteriormente, para ele a crise central é de civilização e filosófica, não de financiamento, e estaria visível nos índices mais altos de violência, novos riscos tecnológicos e ambientais, mais greves e no “mal-estar francês”, com desemprego em massa, perda de identidade e incerteza quanto ao futuro. Da mesma maneira que sua análise do EBE se dá a

partir de categorias e progressos na arena social, dando sempre uma importância secundária a imperativos estruturais e burocráticos, a resolução da crise partiria da refundação do contrato social: não sendo uma crise só econômica, mas do sistema de relações sociais, não se poderia descuidar da última em benefício da primeira.

Para o autor, a nova sociedade, o novo Estado-Providência será um que torne visível novamente as relações sociais e a própria solidariedade, recuperando a “solidariedade curta”: mais possibilidade de troca direta entre os indivíduos. Isso será feito com uma nova pactuação, com a transferência de serviços públicos às coletividades e/ou organizações não-estatais. Embora traga a redução da demanda por Estado, pode provocar o reencaixe da solidariedade e uma maior visibilidade, posto que os conflitos tornam-se mais prementes. Entretanto, segundo Rosanvallon, isso faz parte dos processos democráticos e não é de forma alguma indesejável.

Ainda para Rosavallon (1997), é preciso ultrapassar a dicotomia Estado-mercado, superando as tensões e desmistificando papéis institucionais consagrados, especialmente no caso das social-democracias europeias, que enfrentam a crise contemporânea e sentem dificuldade para encontrar novos modelos exatamente pelo apego a uma concepção excessivamente estatal da solidariedade.

Portanto, é fundamental furar o bloqueio de ordem cultural e sociológica que emperra o funcionamento dos sistemas de proteção dos países industrializados, e também, ao mesmo tempo, reavaliar o papel desse EBE – deverá permanecer ele como o único suporte dos progressos sociais e agente único da solidariedade social?

Algumas limitações se impõem nas análises de Rosanvallon. Em primeiro lugar, seu viés europeu e, mais que isso, francês. Seus conceitos, soluções apresentadas e mesmo sua *rationale* estão fundados na tradição de seu país. Embora compreensível, reduz seu

valor explicativo e a capacidade de generalização de seus argumentos para outras realidades, mesmo a de outros países social-democratas europeus. Outra limitação, a do militante político ativo, embora traga a vantagem do pragmatismo, pode pelo mesmo motivo pecar profundamente.

Como contraponto, existem ainda autores que acreditam que a retração do EBE, saindo da abstração e partindo-se para dados empíricos, de fato deu-se muito modestamente. Conforme demonstra Pierson (1996), em estudo que trata da retração do EBE em quatro países – EUA, Inglaterra, Alemanha e Suécia –, apesar da crise fiscal das décadas de 80 e 90, e a despeito de ter havido de fato mudanças dos partidos no poder nesses países, passando-se de social-democracias a governos de direita ou centro-direita, o EBE, que se encontrava em estado avançado, resistiu bem e os cortes foram insignificantes. Sobressai em seu estudo a continuidade dos programas de EBE, e não a ruptura, como a literatura até então colocava. Ele chama a atenção para a relativa estabilidade do EBE.

A inexistência de mudanças radicais nos programas se deu, segundo o autor, porque a criação do EBE fez surgir novas e poderosas forças políticas que estabilizam o EBE, mudando a forma política dos processos de tomada de decisões, possibilitando não mais que alterações incrementais nos programas existentes. Além disso, Pierson atribui a estabilidade do EBE a dois motivos básicos: o primeiro seria o conservadorismo das instituições democráticas. O EBE representa agora o *status quo*, com todas as vantagens políticas que esse *status* confere. Assim, como mudar pode ter um custo maior do que não mudar, permanece-se na mesma condição.

A segunda razão da força política do EBE seriam os custos eleitorais geralmente associados às iniciativas restritivas. O padrão nas pesquisas de opinião tem sido, naqueles países, uma leve oposição ao EBE quando há fraco desempenho econômico

do país, seguida por amplo apoio quando se iniciam programas de corte. Ele salienta que mesmo os políticos eleitos sobre uma plataforma de cortes em benefícios sociais e diminuição dos impostos (Thatcher, Kohl, Reagan, por exemplo) têm suas políticas rejeitadas pela população, ressurgindo o apoio à manutenção daqueles benefícios logo após as tentativas de corte:

“expectativas de grandes mudanças apoiaram-se em parte na aplicação implícita de modelos da expansão do WS, que podem ser lidos de forma a sugerir que as mudanças econômicas, o declínio do poder dos sindicatos ou a presença de Estados vigorosos são uma pré-condição para uma retração radical. Encontrei poucas evidências para essas afirmações (...)”. (PIERSON, 1996, p. 176)

8. Considerações finais

Neste trabalho, foram apresentadas algumas versões sobre como surgiu e evoluiu o Estado de Bem-Estar no capitalismo avançado. A cada ponto de partida, surge um diagnóstico diferente – desde o evolucionismo de Marshall e a ênfase de Rosavallon nas relações sociais e na solidariedade, passando pelos autores que adotam pressupostos de ordem econômica, até os que enxergam a gênese do EBE nas lutas políticas ou nos fatores internos à própria dinâmica do Estado.

Em todos eles, fica visível a tensão Estado-mercado-sociedade, havendo em cada um a preponderância de um dos elementos sobre os demais. No caso de Rosanvallon, da sociedade; dos marxistas, do mercado e da busca de legitimação do Estado diante das necessidades capitalistas; de Esping-Andersen e neo-institucionalistas, a preponderância do Estado e seus processos sobre as exigências do mercado ou da sociedade.

Portanto, mais que avaliar qual das linhas mais se aproxima de um diagnóstico

preciso, este trabalho propôs-se a resumir os pontos de vista e explicitar o encadeamento das teses, a partir dos pressupostos assumidos, com o intuito de explicitar a variedade de interpretações para um mesmo fenômeno, ainda que não de forma exaustiva ou profunda.

É de igual importância chamar a atenção para o fato de que nem todos os autores veem uma positividade intrínseca no EBE e em suas políticas compensatórias. Embora alguns vejam avanços na realização de suas pautas, outros enxergam, mais do que a desobrigação das necessidades básicas que pode levar os indivíduos à autonomia e à liberdade, a legitimação das desigualdades, por meio de instrumentos que atendem não aos indivíduos, mas ao processo de acumulação capitalista, ou a grupos privilegiados. Daí que não só não libera os indivíduos, mas os escraviza, reduzindo suas necessidades ao consumo e a aspirações dadas; ou os condena, ao reproduzir assimetrias ou, pior, aprofundar privilégios de grupos articulados.

Outro dado importante a se considerar nas análises aqui referidas diz respeito aos países de capitalismo avançado. Mais especificamente Europa e Estados Unidos, embora mais centradas no primeiro, dado o caráter mais restritivo dos segundos. Muitas dessas políticas alcançadas nos países europeus de capitalismo avançado, e que hoje estão em crise, não se conformam como parâmetro para os países de capitalismo periférico.

Na verdade, e o caso da América Latina é típico, tais políticas – lá superadas e em fase de reforma – representam ainda fortes demandas. Esse sistema construído no pós-Guerra e “centralizado, uniforme, generalizado, unificado e simples” não se concretizou na região e encontra diversos tipos de óbices para concretizar-se, especialmente no que diz respeito à uniformidade e universalidade, e em vista do ritmo de desenvolvimento e da capacidade de financiamento dos países.

Assim, mesmo o objetivo apenas parcial – muito longe do ideal libertário do indivíduo autônomo – de vincular o êxito econômico a uma agenda social não é um fenômeno generalizável do ponto de vista global, nem mesmo nos países mais prósperos, haja vista o efeito, por exemplo, das imigrações nesses países.

Referências

- ARRETCHE, Marta T. S. (1995). Emergência e desenvolvimento do welfare state: teorias explicativas. *BIB*, n. 39, p. 3-40. Rio de Janeiro, 1995.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Politics against markets: the social democratic Road to power*. Princeton University Press, 1985.
- _____. *The three worlds of welfare capitalism*. Princeton University Press, 1990.
- _____. As três economias políticas do welfare State. *Lua Nova*, v. 24. São Paulo: CEDEC, 1991.
- EVANS, P.B.; RUESCHMEYER, D.; SKOCPOL, Theda. *Bringing the state back in*. Cambridge University Press, 1985.
- GOUGH, Ian. *The political economy of the welfare state*. Londres: MacMillan Press, 1979.
- LENDHARDT, Gero; OFFE, Claus. Teoria do estado e política social: tentativas de explicação político-sociológica para as funções e os processos inovadores da política social. In: OFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- O CONNOR, James. *EUA: a crise fiscal do Estado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- OFFE, Claus. Advanced capitalism and the welfare state. *Politics & Society*, v. 4. 1972.
- _____. The theory of the capitalism state and the problem of policy formation. In: LINDBERG, Leon et al. *Stress and contradiction in modern capitalism*. Londres: Lexington, 1979.
- _____. *Contradictions of the welfare state*. Londres: Hutchinson, 1984.
- ORLOFF, Ann Shola. *The politics of pensions*. University of Wisconsin Press, 1993.

PIERSON, C. The new politics of welfare state. *World Politics*, v. 48, n. 2. 1996.

PIVEN, Frances Fox; CLOWARD, Richard A. *Regulating the poor: the functions of public Welfare*. New York: Vintage Books Edition, 1972.

REIS, Fábio Wanderley. Notas sobre a reforma do estado. *Revista do Serviço Público*, ano 45, v. 118, n. 3. Brasília: ENAP, 1994.

ROSAVALLON, Pierre. *Le nouvel âge des inégalités*. Paris: Editions Du Seuil, 1996.

_____. *A crise do estado-providência*. Goiânia: Editora UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997.

_____. *A nova questão social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

SKOCPOL, Theda. *Protecting soldiers and mothers*. Cambridge, Londres: Harvard University Press, 1992.

TITMUSS, Richard M. *Essays on the welfare state*. Surrey: Unwin Brothers, 1963.

WEIR, Margaret; ORLOFF, Ann S.; SKOCPOL, Theda. *The politics of social policy in the United States*. Princeton University Press, 1988.

WILENSKY, Harold. *The welfare state and equality. structural and ideological roots of public expenditures*. Berkeley: University of California, 1975.

_____; LEBEAUX, Charles. *Industry society and social welfare*. New York: The Free Press, 1965.

Evolução do controle da atividade administrativa pelos Tribunais

José de Ribamar Barreiros Soares

Sumário

1. Aspectos gerais. 2. O controle da discricionariedade administrativa. 3. O controle da administração pública no Brasil-Colônia. 4. O controle da administração pública no Brasil-Império. 5. O controle da administração pública no Brasil-República. 6. Definição da matéria na Constituição de 88. 7. A visão da doutrina clássica. 8. O conceito moderno de controle da atividade administrativa. 9. Sistemas de controle da atividade administrativa. 10. Conclusão.

1. Aspectos gerais

Desde o século XIX, aparece na França o que se chamaria de recurso por excesso de poder, momento esse em que se começa a limitar a discricionariedade administrativa do agente público, independentemente de sua hierarquia administrativa.

O primeiro passo é o controle do ato administrativo a partir do vício de incompetência, que diz respeito à prática do ato por quem não tem autoridade legal para tanto. Sendo o órgão que dita o ato incompetente, anula-se tal ato. Este, o primeiro avanço no controle do ato administrativo.

O segundo passo atine com a forma do ato administrativo. Não se encontrando dentro dos parâmetros legais quanto à forma de que se deve revestir o ato, faz-se presente a possibilidade de sua anulação.

O terceiro passo é o controle do ato por meio da técnica do desvio de poder. Assim,

José de Ribamar Barreiros Soares, doutorando em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro IUPERJ e Diplôme d'Études Politiques Générales pela Université Paris I - Panthéon Sorbonne, é Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados, Advogado, ex-Professor Assistente de Direito da Universidade de Brasília, ex-Assessor Jurídico da Procuradoria-Geral da República e do Tribunal Superior do Trabalho.

a discricionariedade é controlada, perdendo sua característica de insindicabilidade. O poder discricionário passa a ser visto como liberdade conferida à administração para atingir o fim desejado pelo legislador. Se o administrador se descia dessa finalidade, seu ato é anulado por desvio de poder.

Ao final do século, o recurso passa a ser utilizado para coibir qualquer violação de lei, direta ou indireta. A violação de lei vem a ser entendida no sentido de violação não apenas da lei, mas também dos princípios dessa finalidade, seu ato é anulado por desvio de poder. Assim, um verdadeiro arsenal técnico foi colocado à disposição no combate à arbitrariedade administrativa, tornando-se marcante o papel desempenhado nesse sentido pelo Conselho de Estado francês.

2. O controle da discricionariedade administrativa

No que tange ao tema da discricionariedade, há de se mencionar, ainda, no Direito francês, a análise dos conceitos indeterminados, em que a administração dispõe de liberdade para adotar os critérios de interpretação na prática dos atos administrativos. Em relação a esses temas, o Conselho de Estado francês efetua o controle máximo, a saber, o da adequação da decisão aos fatos. Assim, examina não apenas a questão da legalidade, mas também se a decisão tomada pela administração é a mais adequada.

Quando falamos em administração pública, logo pensamos em gestão de interesses coletivos, interesses públicos. De fato, o atendimento ao interesse público é o objetivo maior, a razão de ser da administração pública. Nesse sentido, vale citar o argumento de Gisele Cittadino (2002, p. 25-26), que transcrevo, *in verbis*:

“Parece não haver dúvida alguma de que o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento, constitucional brasilei-

ro. Ao estabelecer, no Título I – Dos princípios constitucionais –, os fundamentos (art. 1^o) e os objetivos (art. 3^o) do Estado Democrático de Direito, privilegiando, tanto em um como em outro, a dignidade da pessoa humana, determinados princípios foram positivamente incorporados à Constituição. Como os princípios são considerados ‘mandamentos nucleares de um sistema’ (cf. Mello, 1980:230) ou ‘ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas’ (f. Silva, 1989:82), e neles se expressam os ‘valores constitucionais’, os nossos constituintes criaram as chamadas ‘normas-princípios’, que formam os preceitos básicos da organização constitucional. Pela primeira vez na história brasileira uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo, orientou a compreensão do sistema de direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal. Espera-se, conseqüentemente, que o sistema de direitos constitucionais, visto como expressão de uma ordem de valores, oriente a interpretação do ordenamento constitucional em seu conjunto.

A atuação da administração pública está limitada por preceitos jurídicos e morais, visando-se, desse modo, ao bem comum. Os princípios constitucionais, os direitos e garantias fundamentais e o Estado Democrático de Direito são bases inafastáveis na formulação de políticas públicas e no exercício da atividade administrativa no Brasil.

Essa nova visão do Direito Constitucional e do Direito Administrativo leva à necessidade de uma reformulação da prática administrativa e a uma nova conceituação de discricionariedade administrativa, não

mais se admitindo a existência de um campo de atuação administrativa insindicável e isenta de apreciação judicial. Não é, pois, de se estranhar que a atividade judicial tenha sofrido uma evolução considerável, ao longo dos anos, e que a ingerência do juiz na atuação do administrador público tenha-se expandido, ao ponto de abranger a conveniência e oportunidade do ato administrativo, o chamado mérito administrativo.

Enquanto, no passado, se defendia, com tanta veemência, o isolamento do mérito administrativo da apreciação e do controle judicial, na modernidade, não mais se sustenta essa solução, uma vez que a soberania do povo deve sobrepor-se à liberdade do príncipe, do administrador, pois, de outro modo, o poder não emanaria do povo, mas do soberano. O interesse privado deve-se submeter ao interesse da coletividade e o interesse privado do soberano nem mesmo pode ser admitido, uma vez que a sua função precípua é a satisfação do interesse coletivo, como lhe impõe o regime democrático.

3. O controle da administração pública no Brasil-Colônia

Nessa época, encontram-se todos os poderes concentrados no monarca, a magistratura revela-se submissa às decisões do governo, acatando aquilo que o onipotente rei decidisse como sendo o interesse público, já que este era, em última análise, fruto da reflexão do próprio rei e, assim, suas decisões eram sempre consoantes ao interesse público.

4. O controle da administração pública no Brasil-Império

Nessa época, funcionava o Conselho de Estado como órgão superior do contencioso administrativo, criado pelo Decreto de 18 de fevereiro de 1821, do Rei Dom João VI. A seguir, instituiu-se o Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, por

meio do Decreto de 16 de fevereiro de 1822, de Dom Pedro I, sendo esse órgão extinto em 20 de outubro de 1823. Após isso, criou-se o Conselho de Estado, pelo Decreto de 13 de novembro de 1823. A Constituição do Império, de 1824, do Capítulo VII, disciplinava a estrutura e funcionamento do Conselho de Estado.

5. O controle da administração pública no Brasil-República

Com a Constituição de 1891, ficou abolido o pretense contencioso administrativo do Brasil-Império. Em seu art. 60, instituiu a competência dos Juízos ou Tribunais Federais para processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes funda a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;

b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo governo;

c) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenização de prejuízos ou quaisquer outras propostas pelo Governo da União contra particulares, ou vice-versa.

Assim, as causas envolvendo a administração pública passarem à competência da Justiça Federal, confirmando-se a unidade de jurisdição, em que o Judiciário é o único Poder competente para julgar os conflitos, tanto os comuns como os de natureza administrativa. Esse sistema foi preservado pelas Constituições posteriores, cabendo ao Poder Judiciário examinar todas as causas em que se alegue lesão ou ameaça a direitos.

6. Definição da matéria na Constituição de 88

O princípio do controle da administração pública pelo Judiciário encontra-se

explicitado no art. 5º, XXX, da Constituição de 1988, que reza: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dessa forma, observa-se que o sistema de controle da administração pública, no Brasil, é o de uma jurisdição, em que os litígios envolvendo a administração são de competência dos tribunais comuns, e não de um Conselho de Estado. Todavia, com a expansão do controle dos atos administrativos, atingindo-se o mérito do ato administrativo, com a análise da moralidade e da eficiência administrativa pelo Poder Judiciário, o sistema brasileiro aproximou-se da justiça administrativa, com uma abrangência característica daquele, o que representa um avanço do Estado Democrático de Direito.

7. *A visão da doutrina clássica*

De acordo com a doutrina clássica, o controle judicial do ato administrativo está limitado, nos casos concretos, à questão da legalidade, não podendo o Poder Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo. Desse modo, não aceita a doutrina clássica a interferência do Poder Judiciário no que diz respeito à conveniência e oportunidade do ato administrativo, não podendo o mérito do ato administrativo ser objeto de controle judicial.

Quanto à questão da legitimidade, entendem alguns autores que ela não abrange apenas a conformação do ato com a lei, mas, também, sua adequação com a moralidade administrativa e o interesse público, elementos estes que devem permear todos os atos do administrador público. Assim, aqueles atos que vão de encontro à moral administrativa ou não satisfazem ao interesse coletivo, atendendo a interesses privados de indivíduos, grupos ou partidos, devem ser considerados ilegais ou ilegítimos, sendo passíveis de anulação. É incumbência do Poder Judiciário examinar os aspectos relacionados à legitimidade do

ato administrativo, a fim de decidir quanto a sua nulidade ou não.

A legalidade do ato administrativo sub exame pelo Judiciário abrange não apenas a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, mas ainda os requisitos substanciais do ato, bem como os pressupostos de fato e de direito, quando esses aspectos estejam previstos em lei como vinculados ao ato administrativo. As restrições impostas ao controle jurisdicional do ato administrativo teriam por objetivo subtrair a administração pública à predominância do Judiciário, ameaçadora da atuação da administração e de sua atividade peculiar. Assim, controle judicial do ato administrativo estaria restrito ao aspecto da legalidade, sendo vedado ao Poder Judiciário apreciar o mérito administrativo, isto é, sua conveniência e oportunidade.

A Constituição de 1934 dispunha, no art. 68: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. A Carta de 1937, em seu art. 94, trazia a mesma vedação. A respeito de tais atos e sua origem histórica, assim nos relata Garcia de Enterría (1990, p. 497-498):

“Historicamente, a doutrina dos atos políticos foi introduzida pelo Conselho de Estado francês (talvez uma das escassas máculas de sua história exemplar) no momento crítico da Restauração borbônica, quando estava em risco, como criação napoleônica, a subsistência da grande instituição e de suas funções. O Conselho se negou sistematicamente a conhecer aquelas reclamações que tinham relação com os problemas políticos derivados da extinção do regime napoleônico (por exemplo, arrêt Laffite, 1822) e mais adiante com os que se referiam às distintas mudanças e conflitos políticos que se sucederam. Chegou-se assim à teoria do móbil político, segundo o qual, fosse qual fosse o objeto material do ato, sempre que os governantes o ordenassem em função de

um fim político, tornava-se com isso isento do contencioso administrativo. O sistema funcionou com todos os regimes até 1875. Nesta última data, já estabelecido o sistema de jurisdição delegada (desde 1872), que reconheceu ao Conselho de Estado toda a sua independência, pela primeira vez tomando conhecimento da reclamação do príncipe Jerônimo Napoleão contra sua suspensão como general de divisão. O critério se mantém em 1880, a propósito de assuntos relacionados com a expulsão dos jesuítas, e em 1887, *arrêt* PRINCE D'Orléans e Prince Murat. Desde então se mantém ainda a tese dos atos políticos ou de governo unicamente enquanto se referiram a um lista concreta de matérias, que a jurisprudência posterior foi reduzindo. Esta lista, já desvinculada por completo da origem da doutrina, compreende hoje as relações internacionais, as relações interconstitucionais do Executivo com os demais poderes e as questões de perdão e anistia. A isenção jurisdicional destas hipóteses é explicável por razões próprias, pelo que a arcaica doutrina dos atos de governo se declara hoje *introuvable* (Virally)".

De acordo com a doutrina clássica, tais questões políticas não poderiam ser objeto de exame pelo Poder Judiciário. No direito francês, surgem com fundamento na doutrina do móvel ou do fim; o ato político, desse modo, teria finalidade móvel, de natureza política. Vistos por esse aspecto, os móveis políticos poderiam ser aplicados a qualquer ato administrativo e, consequentemente, dada a dificuldade de averiguar, no caso concreto, o motivo último do ato, poder-se-ia chegar à subtração da maior parte dos atos administrativos do controle pelo Judiciário.

Essa possibilidade levou o Conselho de Estado francês a substituir essa teoria pela dos atos de governo, considerando-se sua

natureza. Os atos de governo são aqueles assim designados pela jurisprudência, sendo esta complementada pela enumeração contida em lei, como: defesa do território nacional, relações internacionais, segurança interna do Estado, mando e organização militar.

Entretanto, não há como se pretender a insindicabilidade desses atos políticos, sob pena de se admitir que o administrador detenha um poder arbitrário no que tange a essas matérias, passando por cima dos direitos fundamentais dos cidadãos, sem que estes possam ingressar perante o Judiciário para exigir o respeito à lei. A doutrina dos atos de governo foi superada no direito francês. Restaram como limitações ao controle judicial as relações governo-parlamento e as relações internacionais, ficando os demais atos chamados políticos ou de governo sujeitos à sindicância pelo Judiciário.

Como bem lembra Cristina M. M. Queiroz (1990, p. 199), em sua obra *Os actos políticos no Estado de Direito*,

“essa mudança funcional observada nos direitos fundamentais não é de tipo meramente nominal. Indica, pelo contrário, que a relação que intercede entre o Estado e a sociedade, regulada pelos direitos fundamentais, não pode já ser descrita adequadamente recorrendo-se às categorias abstractas e formais da ‘autoridade do Estado’, de um lado, e da ‘submissão’ dos cidadãos, do outro. Como observa, com grande penetração intelectual, Peter Häberle, há que se colocar a cabeça do absolutismo tardio sob pés democráticos, ou seja, que os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana não podem ser unilateralmente reduzidos a uma dimensão supratemporal de validade absoluta, antes se ordenam em função de esfera de vida social que se manifestam como especialmente necessitadas de protecção. Daí que as formas e

os conceitos jurídicos transmitidos nem sempre sejam suficientes para caracterizar de forma mais adequada a situação actual. É o que se passa, por exemplo, com a cláusula do Estado de direito democrático da Constituição da República”.

O aperfeiçoamento do Estado de Direito implica a diminuição da esfera de atos políticos juridicamente insindicáveis. É verdade que há conflitos de natureza puramente política, alheios ao controle jurídico do Judiciário. Outros, entretanto, escapam a essa abrangência, transcendem o âmbito meramente político, para sujeitar-se ao controle judicial.

É necessário, contudo, que, no controle jurídico dos atos políticos que a ele se sujeitarem, o magistrado aja com certa dose de autocontenção, a fim de não incidir em uma usurpação de poderes. Nesse sentido, citamos mais uma vez os comentários de Cristina M. M. Queiroz (1990, p. 218), nos seguintes termos:

“O jogo recíproco entre a direção normativa do processo político e as reações das idéias e força políticas que constituem a ordem normativa real ou constituição efectiva não podem ser suprimidos nem para um lado nem para o outro. No conflito entre o princípio do Estado de direito e o direito de governar, a máxima montagem de controles ‘inter-orgânicos’ não significa sempre um resultado ótimo. A institucionalização de mecanismos de controle jurídico do poder apresenta-se como um elemento necessário e indefectível do Estado de Direito. Mas seria puro engano pressupor que o manejo de todo esse instrumentário jurídico pudesse alguma vez resolver todos os problemas concernentes à justiciabilidade do político. Numa ordem constitucional livre e democrática, o controle jurídico não é tudo. Controles ‘sociais’ e ‘políticos’ também se desenvolvem

como desde há muito foi notado. Defensores da Constituição são todos os órgãos constitucionais e todos os cidadãos com ‘vontade de Constituição’”.

Não mais se pode conceber que o mérito do ato administrativo fique completamente fora de controle judicial, diante dos princípios da moralidade e eficiência insculpidos no art. 37 da Constituição. A Constituição de 1988 instituiu a moralidade e a eficiência como princípios autônomos. O ato administrativo, para que seja tomado como válido e eficaz, deve também se sujeitar aos princípios da boa administração. A fim de garantir o atendimento ao interesse e aos anseios da coletividade, bem como a obediências à lei por parte do administrador público e ao bem comum, os atos administrativos se subordinam ao controle do Poder Judiciário.

8. O conceito moderno de controle da atividade administrativa

Modernamente, existem diversos direitos e garantias fundamentais que têm condicionado a construção e consolidação da democracia atual. Em face desses direitos e garantias fundamentais, o Judiciário passa a ter novo papel na ordem democrática, tendo em vista a necessidade de propiciar aos cidadãos o respeito a esses direitos constitucionalmente estabelecidos, diante do que a discricionariedade administrativa sofre mais um golpe, diminuindo-se seu campo de incidência.

Não há qualquer discricionariedade em benefício do administrador ou do Poder Público. A discricionariedade deve sempre ser pautada pelo interesse público, pela soberania popular, pela democracia, de modo que toda ação administrativa respeite integralmente a vontade do povo que elegeu seus representantes para exercer os atos da vida pública em seu nome e proveito.

É por isso que a Constituição estabelece um quadro extenso de princípios, quer

explícitos quer implícitos, de modo que toda atividade administrativa seja por eles regulada, daí poder-se falar em ato vinculado e elementos discricionários do ato. Não existe a rigor nenhum ato discricionário, no campo da atividade administrativa pública. Os atos administrativos são, por sua vez, todos vinculados. Todavia, na prática desses atos, verificam-se alguns procedimentos, algumas particularidades de cunho discricionário, que, entretanto, ao final, se transformarão em elementos vinculados, pois farão parte de um todo que será sempre vinculado, e nunca discricionário. O ato é a totalidade, o elemento discricionário é uma fração, uma parte desse todo. Por isso, ao final com o todo se confundirá e a ele estará estreitamente ligado, assumindo suas feições legais e normativas, ou seja, de ato vinculado.

O mérito do ato administrativo diz respeito à valoração intrínseca do ato com vistas à delimitação da conveniência e oportunidade, podendo o administrador optar, inclusive, entre ação ou abstenção, tendo em vista o atendimento ao interesse público. Nesse sentido, a lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (1992, p. 82), para quem

“o mérito do ato administrativo não pode mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo”.

Na apreciação da conveniência e oportunidade, o agente pondera sobre a hora, o lugar, justiça, economicidade, razoabilidade, moralidade, utilidade, eficiência, probidade, obediência aos princípios da boa administração e, sobretudo, o atendimento ao interesse público. O estudo do mérito do ato administrativo não se restringe apenas ao aspecto jurídico: vai além deste, invadindo o campo da Filosofia, da Sociologia e da Moral. Isso acontece porque, no âmbito do mérito administrativo, o agente administra-

tivo procede a um juízo de valor. O exame do mérito do ato administrativo envolve uma abordagem axiológica da realidade social e administrativa, envolvendo uma noção não do ser, mas do dever ser.

O mérito administrativo diz respeito a elementos não vinculados do ato administrativo, situando-se, assim, no campo dos atos administrativos discricionários, em que a lei confere à administração pública a escolha e valoração dos motivos e do objeto do ato. Refere-se o mérito à conveniência e à oportunidade do ato, elementos estes submetidos à apreciação do administrador público. Ao decidir sobre o mérito, o administrador público aprecia o critério de conveniência, oportunidade, razoabilidade, justiça, economia, acerto, utilidade, boa administração e moralidade. Trata-se de valoração, de juízo de valor.

A oportunidade do ato administrativo atina ao momento, ao melhor tempo para sua prática, dadas as circunstâncias que o envolvem. Neste ponto, cabe a apreciação subjetiva do administrador para determinar qual o momento mais adequado, mais oportuno, para a prática do ato. Desse modo, resulta que um ato tido por oportuno, em dado momento e em certa circunstância, pode revelar-se inócuo e inoportuno em época e situações distintas.

No que tange à conveniência, esta resulta da apreciação quanto àquilo que é adequado, justo, razoável, eficaz, eficiente, apropriado e moral. O vício de mérito diz respeito à inoportunidade e à inconveniência do ato, resultantes da apreciação equivocada dos fatos, em face dos fins visados pelo legislador. Assim, mesmo que tais atos se ajustem ao campo estrito da legalidade, não serão hábeis ao atendimento do interesse público tutelado pelo ordenamento jurídico.

Segundo ensinamento de Vitta (apud DIEZ, 1961, p. 246), o vício de mérito abrange o procedimento administrativo que se revela em oposição aos preceitos de equidade, havendo injustiça manifesta

no ato administrativo. A inconveniência e inoportunidade do ato, neste aspecto, revela-se por meio da má valoração, da análise equivocada dos fatos, tendo como parâmetro os fins objetivados pela lei.

Há de se notar, ainda, a estreita relação existente entre o mérito administrativo e os princípios de boa administração. Estes impõem ao administrador público o dever de alcançar o máximo de vantagens e benefícios com o mínimo de sacrifício dos direitos e interesses dos administrados. Encontra-se, implícito no conceito de mérito administrativo, um sentido teleológico, finalístico, ligado à satisfação do fim perseguido pelo legislador, o que se perfaz com a eleição, pelo administrador, dos meios idôneos mais eficientes para atender ao interesse público.

O administrador está obrigado, portanto, à obediência, à observância ao princípio da boa administração, procedendo a uma apreciação adequada dos fatos, para concretizar o atendimento ao interesse público, dentro das diretrizes que lhe foram traçadas pelo legislador, relacionadas aos poderes discricionários da administração pública. Quando o administrador decide se deve ou não praticar o ato, qual o momento oportuno e como deve ser realizado, deve avaliar os fatos e as circunstâncias que o envolvem, com vistas ao conteúdo do ato, tendo sempre como parâmetro o interesse público. Nesse sentido a lição de Manuel Maria Diez (1961, p. 414-415), que assim se pronuncia sobre a questão:

“Frente al vicio de legitimidad está el vicio de mérito que implica la inoportunidad del acto. La inoportunidad o inconveniencia significa una apreciación errónea de los hechos en relación com los fines que la ley se há propuesto, excluidos los casos considerados como de desciación de poder. El acto no es entonces idóneo para cumplir los fines señalados por el legislaro aun quando no pueda ser considerado como *contratio* e ellos.

Se trata de la apreciación que debe hacer el bueno administrador sobre la eficacia del acto. Señala Fiorini que los vicios em mérito se refieren a los actos que realiza la administración em el ejercicio de sus facultades discrecionales, ya que no pueden incidir sobre las normas de la actividad legislativa, porque ello implicaría valorar condicionamientos jurídicos em los que la administración há intervenido em su creación.

La administración, em ejercicio de sus facultades discrecionales, puede resolver que debe hacerse, como debe hacerse. Los resultados de esta apreciación se valoran teniendo n cuenta el el contenido del acto.

El acto ineficaz, vale decir com vicios de mérito, puede ser también ilegítimo, sin que ello implique una identificación entre el mérito y la legitimidad. Entiende Ranelletti que el acto administrativo com vicio de mérito es inválido.”

A doutrina italiana aborda os vícios dos atos administrativos, indicando aqueles de mérito como espécie distinta dos vícios de legitimidade, entendendo-se como mérito o campo da conveniência e utilidade do ato administrativo, bem como aspectos relacionados com sua adaptação à obtenção dos fins genéricos e específicos a serem alcançados pelo administrador, no uso de suas facultades discricionárias. Na concepção de Fiorini (1969, p. 213),

“el juicio de mérito fluye del acto administrativo como una consecuencia necesaria del mismo, e no surge del proceso de lavoluntad formadora. El acto es meritorio cuando satisface pleenamente los valores de oportunidad, conveniencia, utilidad y justicia em la realización de los fines públicos. Puede econtecer que nasciendo meritorio deja de serlo al correr del tiempo. Los valores sobre el mérito del acto deben siempre jugarse em

congruencia com los fines públicos que satisfice. El ámbito donde se cotejan los valores de méritos circunscribe en los intereses públicos; los intereses particulares no concurren para fijar el criterio de apreciación del mérito. Éste siempre se regula em función del interés público”.

A administração pública, no âmbito completo de sua atuação, está vinculada à lei. O administrador público não pode fazer aquilo que a lei permite, mas apenas o que ela determina, na forma, tempo e moldes por ela traçados. Nisso reside um ponto essencial de distinção entre o agente público e o sujeito privado. Mesmo nos atos discricionários, a legitimidade deve permear a conduta do administrador público, de forma que as normas pertinentes à sua atuação, bem como a finalidade e o interesse público, sejam plenamente atendidos na realização do ato administrativo, alcançando-se as exigências do bem comum.

Caso a administração pública desprezite as normas legais, agrida o ordenamento jurídico, desconsidere os preceitos básicos da administração, desborde da sua competência, desvie-se da finalidade, o ato administrativo estará inquinado e, consequentemente, sujeito à anulação pela própria administração ou pelo Poder Judiciário, por meio da ação adequada. O Estado de Direito pressupõe a fixação da competência de seus órgãos e agentes e a determinação dos tipos e formas de controle dos atos, em prol da defesa da administração e dos direitos e garantias individuais.

O Estado possui deveres e direitos em relação aos indivíduos, os quais, por sua vez, desfrutam de direitos e possuem obrigações em face da atuação do Estado. No desenrolar dessas relações, podem surgir violações de direitos, por ação ou omissão, ocupando os indivíduos e o Estado posições antagônicas.

Todos os atos da administração, no Estado de direito, encontram-se subordinados ao império da ordem jurídica, ao

princípio da reserva legal, bem como aos princípios da soberania do interesse popular e da sua indisponibilidade. O controle do ato administrativo impõe-se por força dos princípios da soberania do interesse popular sobre o interesse dos particulares e da indisponibilidade de tais interesses pela administração pública.

A soberania do interesse popular sobre o dos particulares e sua indisponibilidade por parte da administração pública têm-se revelado como pilares básicos da relação jurídica da administração pública com os administrados. Tal soberania do interesse popular é postulado inarredável e necessário à construção do sistema do Direito Administrativo, por meio do qual se garantem e resguardam as necessidades públicas tuteladas, os direitos e interesses da coletividade administrada. Disso decorre que todo e qualquer privilégio concedido pelo ordenamento jurídico à administração pública não é em prol do administrador, como se fora um privilégio pessoal, mas dos administradores.

A situação de autoridade e de comando em que se encontram a administração perante o particular tem como objetivo, tão-somente, proporcionar-lhe os meios adequados para gerir os interesses públicos da melhor forma. O administrador público, no exercício de suas funções administrativas, está obrigado a se valer dos instrumentos colocados ao seu alcance, com a finalidade única de realizar os interesses públicos, de se desincumbir, da melhor forma possível, de suas responsabilidades como agente de um poder cujo titular é o povo, do qual emana e em cujo nome é exercido, na forma do que dispõe a Constituição Federal.

O interesse administrado, gerido, não é o do administrador público, mas o da coletividade, do povo, do titular do poder: o interesse público. Todas as prerrogativas que decorrem do princípio da soberania do interesse popular sobre o do particular só se explicam e justificam, na medida em que postas a serviço, única e exclusivamente,

dos interesses populares, e não para atingir fins diversos, como, por exemplo, a satisfação de interesses e conveniências da administração ou do próprio administrador público.

Aqui se apresenta a eficiência da atividade administrativa como vetor fundamental, no sentido de eliminar os modelos ultrapassados, as fórmulas arcaicas, que se perpetuam como tradição administrativa, sem qualquer benefício aos jurisdicionados. Em relação a esse aspecto da ação administrativa, o pronunciamento de Dromi (1998, p. 35) se mostra bem apropriado para a compreensão do princípio da eficiência administrativa, conforme passamos a transcrever:

“Otra señal que orienta la Constitución de lo que llamamos la ‘concepción eficientista’, es que ella abandona y elimina aquellos modelos de gobierno y modelos de control que respondían a fórmulas arcaicas del manejo de la administración, del funcionamiento de la justicia, de las tareas parlamentarias. A su vez evita convertir al control em uma simple pieza de museo como alguna vez se dijo. El control, como elemento esencial de la organización política, no puede quedar em lo meramente formal, sino que la Constitución lo instaura d tal modo que lo transforma em uma herramienta real y efectiva, diseñando um sistema eficaz, integrado y confiable (...) La eficiencia es um requisito vital, pues va implícitamente ligada a las cláusulas del progreso tradicional de la sociedad (...) y a las cláusulas del nuevo progreso educativo, cultural, tecnológico, personal, científico y humano que debe procurar la comunidad(...) Va íntimamente vinculada a la prontitud, a la transparencia del hacer gubernativo...”

Quanto à indisponibilidade desses interesses populares pela administração pública, é princípio que protege os bens,

direitos e interesses públicos da livre disposição da vontade do administrador. A administração pública não dispõe dos interesses públicos tutelados, antes revela-se verdadeiro instrumento utilizado pelo Estado, para a realização da vontade popular, para o atendimento às necessidades públicas da coletividade.

9. Sistemas de controle da atividade administrativa

O controle judicial pode evidenciar-se de duas maneiras: por intermédio da jurisdição comum e por meio de jurisdição especial. Na primeira hipótese, o controle dos atos administrativos é feito pelo Poder Judiciário. Trata-se de um controle exercido pelos tribunais. O sistema de jurisdição especial pressupõe a existência de tribunais especialmente instituídos com a finalidade de examinar as contendas surgidas entre a administração pública e os indivíduos. É o chamado contencioso administrativo. Nesse caso, conta o Estado com uma justiça própria, a qual não faz parte do Poder Judiciário.

Esse sistema é originário da França e adotado atualmente em outros países, como a Itália, o Uruguai e a Alemanha. O avanço do controle judicial sobre o mérito administrativo permite uma aproximação do sistema brasileiro com o sistema de justiça administrativa, diante do que faremos algumas considerações a seguir a respeito dessa modalidade de controle da administração pública.

10. Conclusão

Todos os poderes conferidos à administração pública esgotam-se no atendimento do interesse público, em conformidade com os princípios da soberania dos interesses populares e da indisponibilidade de tais interesses pela administração pública. O ato administrativo tem por base a lei e é dentro de sua orientação, diretrizes, limites e prin-

cípios que se deve exercer, para que possa ser considerado legítimo. Qualquer atitude tomada pelo administrador público que não seja conforme à lei ou aos seus princípios será injurídica e passível de anulação.

O princípio da legalidade, regente de todos os atos da administração à lei. Para que essa submissão se torne efetiva, uma realidade concreta, e não apenas um princípio em abstrato, torna-se necessário que a ordem jurídica estabeleça mecanismos hábeis de controle das atividades da administração pública. O controle judicial é realizado pelo Judiciário, exclusivamente, competindo a este o exame dos atos administrativos dos Poderes Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário, nos casos em que este realiza atividade administrativa.

Os atos discricionários não estão isentos do controle pelo Judiciário, cabendo a este o seu exame, a fim de constatar se tais atos, em vez de discricionários, desbordam para o campo da arbitrariedade. Assim, haverá controle judicial do ato administrativo sempre que o Judiciário for provocado a apreciar as lides entre a administração pública e os administrados. Visa-se, com isso, a proteger os direitos e garantias dos indivíduos diante da atuação do Estado.

Referências

- CITADINI, Antônio Roque. *Controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995.
- CITTADINO, Gisele. WERNNECK VIANNA (Org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- DIEZ, Manuel Maria. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1961.
- FIORINI, Bartolome A. *Teoria jurídica del acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 7 ed. actual. Buenos Aires, 1998.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Thomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, 1994.
- _____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.
- TATE, C. N. Why the expansion of judicial power? In: VALLINDER; TATE, Torbjorn; C. Neal. *The global expansion of judicial Power: the judicialization of politics*. New York University Press, 1995.
- VALLINDER; TATE, Torbjorn; C. Neal. *The global expansion of judicial Power: the judicialization of politics*. New York University Press, 1995.
- WERNECK VIANNA, Luiz (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

Tópicos em direitos morais de autor

Sávio de Aguiar Soares

Sumário

1. Introdução. 2. Direitos morais de autor e direitos da personalidade. 3. Posição dos direitos morais de autor na Teoria Geral do Direito autoral. 3.1 Características dos direitos morais de autor. 4. Violações aos direitos morais de autor. 5. Conclusão.

1. Introdução

Os Direitos intelectuais compreendem os direitos de autor e os direitos industriais ambos incluídos na classificação genérica da propriedade imaterial. Entende-se propriedade intelectual como o direito do ser humano sobre suas criações intelectuais, suas invenções, textos, desenhos, expressão criativa, como direito do indivíduo sobre as criações do intelecto. (LEITE, 2004, p. 22)

Nesse passo, Bittar (2004, p. 5) assevera que os direitos intelectuais cumprem finalidades estéticas (de deleite, beleza, de sensibilização, de aperfeiçoamento intelectual, como nas obras de literatura, de arte e de ciência), bem como atende a objetivos práticos (de uso econômico, ou doméstico, de bens finais resultantes da criação como móveis, automóveis, máquinas etc), ascendendo ao mundo do Direito em razão da diferenciação em dois sistemas jurídicos especiais quanto ao Direito de Autor e ao Direito de Propriedade Industrial.

Por conseguinte, o Direito de Autor regula as relações jurídicas decorrentes da

Sávio de Aguiar Soares é Mestre e Doutorando em Direito Privado pela PUC Minas. Graduando em Filosofia pela UFMG. Procurador do Estado de Minas Gerais.

criação intelectual e a utilização das obras intelectuais pertencentes ao campo de atuação da literatura, das artes e das ciências. Por sua vez, o Direito Industrial aplica-se à regulação das criações estéticas de cunho utilitário voltadas para a satisfação das necessidades humanas imediatas, sendo dotadas de uso empresarial, afigurando-se nas chamadas patentes (invenção, modelo de utilidade, modelo industrial e desenho industrial) e marcas (de indústria, de comércio, ou de serviço e de expressão, ou sinal de propaganda).

Em consonância com o apregoado no Decreto nº 75.541/1975, que criou a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), vislumbra-se do seu art. 2º que a propriedade intelectual compreende os direitos de autor e os que lhe são conexos, marcas, patentes e a concorrência desleal.

A razão de ser dos Direitos do Intelecto situa-se na proteção autoral que se exige por meio dos tratados e convenções internacionais, assim como pelas legislações internas da maioria dos países componentes da Organização Mundial do Comércio (OMC) em sua quase totalidade signatários da Convenção de Berna relativa aos Direitos Autorais e da Convenção de Paris alusiva aos direitos industriais.

Desta feita, cumpre observar que o presente estudo busca deslindar a temática acerca dos aspectos gerais relativos aos direitos de autor a partir do exame do caráter extrapatrimonial do direito de autor sob a perspectiva da tutela dos direitos personalíssimos, bem como a pertinência de identificar as alterações substanciais nos paradigmas privatísticos da contemporaneidade.

2. Direitos morais de autor e direitos da personalidade

No que concerne aos direitos morais (pessoais) de autor, impende frisar as conceituações formuladas no curso do desenvolvimento teórico da matéria auto-

ral, principiando pela noção negativa da qual se infere que os direitos morais de autor compreendem os poderes relativos à utilização não-econômica da obra criada que, por sua vez, não compõem o direito patrimonial de autor.

Adriano de Cupis (2004, p. 336) preleciona que os poderes insertos no direito moral de autor são considerados no aspecto geral da tutela da paternidade intelectual, sendo esta representada “pelo vínculo espiritual indissolúvel entre o autor e a sua obra e constitui um modo de ser moral da pessoa do próprio autor.”

Destarte, segundo Adriano de Cupis, a paternidade intelectual afigura-se como um bem interior inseparável da pessoa com existência permanente na sua órbita jurídica, aproximando-se dos atributos necessários para a caracterização dos direitos da personalidade. Destaca, outrossim, que a estrutura do direito moral de autor tem um cunho de essencialidade que permite sua defesa como um verdadeiro direito da personalidade, sendo considerado um direito essencial sem ser inato já que tal condição de direito inato não se coaduna com a necessidade de criação intelectual e sua correspondente exteriorização como fato gerador da tutela autoral. (Idem)

Inclusive, o ato da criação intelectual é reputado por Cupis como uma manifestação particular do direito à liberdade (de dar vida ou forma sensível à obra de engenho) que se perfaz por intermédio de diversos instrumentos jurídicos, exemplificando seu argumento no problema entre poder de publicação e o de não-publicação (poder de inédito). O primeiro seria parte do direito patrimonial de autor, haja vista a utilidade econômica do mesmo, enquanto o segundo seria uma manifestação negativa do referido direito patrimonial.

Ou seja, o jurista italiano entende que o poder de publicação e de inédito são duas faces do mesmo direito (direito patrimonial) cujo surgimento se faz com a criação da obra de engenho, não obstante o poder de inédito

ser usado pelo autor para a defesa da própria reputação ou por aversão à publicidade do seu pensamento, de sorte que isso não alteraria a conclusão de que se trata de um direito de ordem patrimonial.¹

Nessa linha de raciocínio, Pontes de Miranda afirmava que o direito autoral de personalidade seria o conceito mais apropriado para designar o chamado direito moral de autor ou direito pessoal de autor, posto que o que se tutela no direito autoral de personalidade seria a identificação pessoal da obra, a sua autenticidade e sua autoria.

Com efeito, seria o direito à ligação da obra feita à pessoa que a fez, constituindo direito inseparável da pessoa com supedâneo nos direitos à vontade, direito à honra, direito à identidade pessoal e pelo direito ao nome em vista do exercício da liberdade de descoberta e invenção ou de produção literária, artística ou científica. (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 139-155)

O saudoso jurista alagoano indagava se a possibilidade do direito de ligar o nome à obra como direito da personalidade seria idôneo de transmissibilidade, pois haveria a hipótese de um terceiro adquirir licitamente o direito de ligar o seu nome à obra de outrem no plano dos negócios jurídicos. Isto é, seria possível a cessão do direito ao nome de autor desde que convencionado entre as partes como uma terceira categoria qualificada pelo direito a ligar o nome à obra, conforme a legislação de outrora, nos termos do art. 667 do Código Civil de 1916.

Cabe ressaltar que o citado dispositivo foi revogado tacitamente com a promulgação da Lei nº 5.988 de 1973 e de modo explícito pela atual Lei de Direitos Autorais (LDA) que sucedeu a dita lei especial, uma

¹ A LDA (Lei de Direitos Autorais) em vigor disciplina que o direito de inédito que corresponde ao aludido poder de publicação constitui espécie de direito moral de autor o que destoa do contexto em exame da obra do referido jurista italiano, tendo sido ressaltado para fins de análise da evolução histórica do instituto jurídico em comento.

vez que se tratava de uma hipótese inteiramente desarrazoada na órbita de proteção da personalidade intelectual do autor.

Os direitos morais de autor são disciplinados na legislação de regência em vigor (BRASIL, 1998), conforme assentado nos arts. 24 a 27 da LDA, além do disposto nos tratados internacionais aplicáveis, especialmente a Convenção Internacional de Berna de 1886 que dispõe no art. 6º *bis* abaixo transcrito:

“Independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo após a cessão desses direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra, e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra ou a qualquer atentado à mesma obra, que possam prejudicar a sua honra ou sua reputação”. (BRASIL, 1975 apud SOUZA, 2003, p. 181-229)

Por sua vez, entende-se o direito moral de autor como o vínculo permanente que une autor e a criação espiritual de forma indissociável como emanção da sua personalidade, sendo tutelado pelo ordenamento jurídico em razão dos elementos psíquicos e essenciais do sujeito de direitos no exercício de sua atividade criadora.

O direito de autor na sua concepção é direito personalíssimo, configurado por ser inerente ao indivíduo, como pressuposto da sua própria condição humana com fulcro nos seus caracteres identificadores.

Quais sejam, a oponibilidade *erga omnes* (eficazes contra todos), da indisponibilidade (de valor inestimável) ou irrenunciabilidade (insuscetíveis de alienação), a originariedade, perpetuidade, intransmissibilidade, impenhorabilidade (não admitem constrição judicial) e imprescritibilidade (não há prazo para o seu exercício), extrapatrimoniais (não avaliáveis em dinheiro), além dos aspectos protegidos da paternidade (de ligar o nome à obra), integridade (de introduzir alteração na obra), direito de uso, inédito, retirada de circulação, entre outros.

Quanto ao aspecto da intransmissibilidade, apresenta-se um caráter relativo, em razão do preceituado no art. 24, I a IV, e §1º da LDA, que excetuou essa regra, ao admitir como transmissível aos herdeiros pela morte do autor as seguintes espécies de direito moral: o direito de reivindicar a autoria da obra; o direito do autor de ter o seu nome (direito de nomeação à autoria), pseudônimo ou sinal convencional ligado à obra, isto é, o direito ao crédito de ver a qualidade de autor publicizada na obra; o direito de assegurar a integridade da obra (direito de integridade) e de opor-se a modificações que atinjam ou prejudiquem sua honra, assim como o direito de conservar a obra inédita, quanto ao poder de publicação ou não (direito de inédito).

Os direitos supracitados admitem o exercício dos chamados direitos morais *post mortem auctoris* por configurar hipóteses de legitimação *causa mortis*.

Em contrapartida, há aqueles direitos morais que pertencem exclusivamente à pessoa do autor, logo, insuscetíveis de transmissão, conforme aludido por Eliane Y. Abrão (2002, p. 75):

“Esses direitos que só o autor detém são: o direito de modificar a obra (§2º do art. 79), que não se confunde com o de assegurar-lhe a integridade. Este é o direito que assegura a exata correlação entre idéia e resultado da criação, entre o pensamento e obra criada, a ponto de liberar ao autor, e somente a ele, a possibilidade de modificar a obra, até mesmo depois de publicamente utilizada (ressalvado o eventual prejuízo a terceiro); o direito de tirar a obra de circulação e o de suspender-lhe a utilização mesmo que previamente autorizada, desde que a circulação ou utilização lhe sejam ofensivas, quer à honra, quer à imagem (ressalvados igualmente o prejuízo a terceiros); o direito de ter acesso (não o de posse ou de propriedade para cujo efeito dispõe

o autor de outras medidas de caráter judicial) a exemplar único e raro da obra em mãos de detentor legal, para o fim exclusivo de preservar sua memória, através de fotografia ou filmagem; o direito de repudiar a autoria de projeto arquitetônico, alterado sem o seu consentimento e diverso do projeto original [...] e o direito de destruí-la.”

Em razão da normativa de regência dos direitos morais de autor, convém reproduzir a posição de Victor Drummond pela impossibilidade de transmissão aos sucessores, quanto ao direito de acesso a exemplar único e raro da obra intelectual, como gerador de situações perniciosas e obstativas para que a sociedade tenha acesso a obras de autores célebres por leviandade de determinadas pessoas. O exemplo que se segue foi trazido à baila em sua tradução à obra espanhola de Carlos Rogel Vide sobre propriedade intelectual:

“Imagine-se que determinado pintor, representativo da arte brasileira, tenha falecido e seus sucessores tenham interesse em promover uma catalogação de suas obras, por meio fotográfico com o intuito de divulgar ao público. Estando determinadas obras sob o poder de terceiros que desejem, deliberadamente ou não, impedir o acesso a tais obras, a LDA não apresenta solução favorável aos referidos sucessores, senão ao proprietário dos suportes físicos. A solução, portanto, somente poderia se dar, em linhas gerais, pela análise do acesso constitucional à cultura, mas não pelo direito de autor.” (DRUMMOND; VIDE, 2005, p. 61)

Nessa linha, Carboni (2006, p. 70) defende que o direito de acesso a exemplar único e raro da obra seja incluído no §2º do art. 24 da LDA, por razões de interesse público, não havendo por que negá-lo aos sucessores do autor ou até mesmo ao Estado.

No magistério de Carlos Alberto Bittar (2004a), extrai-se que esses direitos sob

exame consistem em faculdades positivas (de exercício pelo autor) e negativas (de respeito pela coletividade, inclusive pelo Estado). Assim, compreendendo desde o direito de inédito (de publicar ou não a obra) ao direito de arrependimento (de retirar a obra de circulação jurídica, de fazer correções ou emendas ou acabar com a obra – direito de destruição).

Acrescenta, por oportuno, o comentário de que o espírito dos direitos morais de autor impõe a não taxatividade da relação legal insculpida na lei de regência, em conformidade com os ditames da Convenção de Berna e do próprio microsistema dos direitos autorais em vigor (arts. 24 e 49, I, LDA).

Demais disso, tem relevância jurídica a compreensão do direito moral de autor inserido na tutela dos direitos da personalidade, com arrimo na vertente relativa à denominada integridade intelectual, que corresponde a um dos aspectos do complexo de bens que integra o patrimônio jurídico do sujeito de direitos autorais.

De maneira especial, a inviolabilidade da pessoa humana tem este viés relativo a um setor peculiar do direito autoral que atine ao bem jurídico imaterial, fruto da atividade de criação, o qual se materializa com a exteriorização da obra intelectual (literária, artística, científica ou assemelhada).

Por conseguinte, os direitos da personalidade constituem construção teórica recente não havendo uniformidade na doutrina no que diz respeito à sua existência, conceituação, natureza e seu âmbito de incidência. Ademais, apresenta-se no dizer de Francisco Amaral (2006, p. 249) como “terreno de encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional, haja vista a posição superior conferida pelo ordenamento jurídico nacional.”

Os direitos da personalidade são pluridisciplinares o que permite rica abordagem da matéria a depender do ângulo da análise. Donde, da nova codificação civil tem

destaque a colocação da pessoa humana como fundamento das relações civis na perspectiva do direito civil constitucional.

A propósito, a tipicidade aberta ou exemplificativa é o ponto marcante dos direitos da personalidade. Os tipos de direitos da personalidade são os tipos previstos na Constituição Federal e na legislação civil, os tipos reconhecidos socialmente e de acordo com a cláusula geral da dignidade humana.

Assim, os direitos da personalidade são direitos subjetivos não patrimoniais e essenciais à realização da pessoa, de modo que estão previstos no texto constitucional os seguintes direitos da personalidade: direito à vida, liberdade, privacidade (intimidade), honra, imagem, direito moral de autor, direito ao sigilo (privacidade), à identificação pessoal, integridade física e psíquica.

Para a teoria do direito geral da personalidade, esta (a personalidade) é reputada como bem objeto da tutela jurídica geral pela qual se defende a inviolabilidade da pessoa humana, nos seus aspectos supracitados e direitos especiais correspondentes a esses aspectos parciais da personalidade.

Conforme Menezes Cordeiro, citado por José Jairo Gomes (2006, p. 181), a ideia de um direito geral de personalidade remonta aos juristas alemães *Regelsberger* e *Otto Von Gierke*, de sorte que essa concepção ganhou força no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, pois a doutrina estava sensibilizada pela necessidade de defender mais vigorosamente a pessoa humana.

O direito geral da personalidade seria uma estrutura lógico-abstrata ou um modelo geral, a partir do qual se deduziriam manifestações concretas de proteção. A partir de uma estrutura geral abstrata, seria obtida a solução reclamada para o caso concreto. Donde, o princípio da dignidade da pessoa humana exerce o papel de um direito geral ou cláusula geral de tutela da personalidade.

Os direitos especiais de personalidade pressupõem a existência específica dos bens

a que se reportam. O direito da personalidade surge ligado ao bem que se pretende proteger, porquanto devem ser criados tipos normativos específicos para cada bem da personalidade. Assim, segundo essa corrente do pensamento jurídico, o rol de direitos é *numerus clausus*, ou seja, taxativo o que não comporta a inserção de novos tipos.

É imperioso adotar a sistemática de classificação que mais se coaduna com a dinâmica dos direitos da personalidade. Nesse sentido, vale aludir àquela elaborada pelo douto Francisco Amaral (2006), nestes termos:

- direito à integridade física (compreende proteção jurídica à vida, ao próprio corpo, quer na sua totalidade, quer em relação aos tecidos, órgãos e partes do corpo humano suscetíveis de separação e individualização, assim como no corpo sem vida, isto é, quanto ao cadáver humano, liberdade de alguém submeter-se ou não a exame ou tratamento médico);

- direito à integridade moral (proteção conferida no tocante à honra, liberdade, intimidade, imagem e nome, conforme disposto nos arts. 16 a 21 do Código Civil em vigor);

- direito à integridade intelectual (protege o direito moral de autor, direito de reivindicar a paternidade da obra e o direito patrimonial que é o direito de explorá-la e dela dispor).

Essa classificação, por outro lado, não é unânime; a título de exemplo, José Jairo Gomes (2006, p. 183) menciona nessa perspectiva a teoria dos círculos a qual divide os direitos da personalidade em: círculo biológico que diz respeito à existência biológica (vida, integridade física, saúde); círculo moral (intocabilidade espiritual do indivíduo, integridade moral, ao bom nome, à reputação); círculo social (relações do sujeito com seus semelhantes, intimidade, vida privada, nome e imagem).

Para Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 142), não cabe mais a discussão

sobre a enumeração taxativa ou exemplificativa desses direitos “porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana”. Assim, nessa posição afirma-se que a pessoa hoje figura como um dos valores mais resplandecentes do sistema jurídico.

Induvidosamente, deve haver cautela ao centralizar os direitos da personalidade na cláusula geral de dignidade da pessoa humana, pois há situações de lesão a direito de personalidade que não implicam ferimento à dignidade humana.

Além disso, é pertinente comentar a crítica à visão jusnaturalista que entende os direitos da personalidade como dado pré-jurídico (anterior ao ordenamento estatal), não sendo necessário que a proteção de seu núcleo fundamental conste de previsão normativa específica. Segundo a corrente positivista, a personalidade só pode ser concebida dentro de um sistema jurídico que a negue a certos entes.

Quanto às fontes, pode-se dizer que os direitos da personalidade seriam direitos naturais, independentemente do próprio ordenamento positivo, ou seriam oriundos exclusivamente do próprio ordenamento positivo.

Nos países democráticos constitucionalizados, o Direito Positivo é a única fonte dos direitos da personalidade, dos direitos humanos fundamentais, tendo como princípio ou valor basilar a dignidade da pessoa humana.

No respeitante à terminologia adotada, direitos humanos, fundamentais e da personalidade, apresentam-se nuances quanto à generalidade, não obstante *prima facie* tenham o mesmo conteúdo. Direitos humanos envolvem direitos da personalidade, direitos sociais, econômicos e políticos. Direitos fundamentais são aqueles englobados nos textos constitucionais.

Orlando Gomes citado por José Jairo Gomes (2006, p. 186-187) entende que “direitos humanos são direitos públicos no sentido

de proteger o indivíduo contra atos do Estado e direitos da personalidade seriam aqueles direitos da pessoa encarados na possibilidade de serem atentados por parte de outros homens”.

Haveria também a necessidade de comentar sobre a designada tipificação dos direitos da personalidade. Noutras palavras, o exame do embate entre a teoria monista e pluralista dos direitos da personalidade. Na ordem jurídica pátria, adota-se a teoria monista segundo a qual existe um direito geral da personalidade, conferindo proteção genérica à personalidade e seus desdobramentos.

A ordem jurídica outorga a tutela jurídica geral da personalidade, com esteio na cláusula da dignidade da pessoa humana, a fim de proteger o homem nas suas relações existenciais e patrimoniais. Nessa esteira, o ponto de vista do Prof. César Fiuza (2006, p. 179-180) expõe com clareza solar que a razão de ser dos direitos da personalidade é “promover o homem pessoal e socialmente em sua dignidade e cidadania a fim de abranger a tutela tanto das situações patológicas em que o sujeito sofre danos a sua personalidade quanto todas as demais, definindo o alcance da chamada cláusula geral de tutela da personalidade”.

A professora mineira Maria de Fátima Freire de Sá (2002) aduz que a dignidade deve ser entendida não apenas como qualidade do ser humano ou como “condição do espírito”, mas sim é necessário vislumbrar a busca do respeito social em meio às relações sociais na comunhão dos indivíduos, postulando esse reconhecimento social como proposta para soluções legítimas às questões intrincadas surgidas no contexto de proteção e defesa da dignidade humana em face dos avanços científicos e tecnológicos que trazem vários benefícios e, concomitantemente, potencializam riscos e danos a que se submetem os indivíduos.

Carlos Alberto Bittar (2002, p. 20) frisa que a dignidade humana é nota central da tutela conferida aos direitos da perso-

nalidade e aos direitos autorais que deve sempre ser preservada de todos os ataques da ilicitude, posto que se trata de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, com ênfase para o processo de “constitucionalização” do Direito Civil que considera a personalidade como valor fundamental do ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, o citado autoralista propugna que a tutela sob exame desdobre-se por três esferas: administrativa, civil e penal. As três órbitas seriam fundadas no princípio da independência, sem obstar a possibilidade de uso simultâneo, por exemplo, na hipótese de uma prática civilmente ilícita e tipificada como crime ser capaz de propiciar a ação do lesado nos juízos cível e criminal, além de eventuais providências administrativas condizentes com o regime em tela.

Daí, revelando-se o desafio jurídico da prevenção de lesões o que engloba, entre outros enfoques, a questão da reparabilidade do dano moral, haja vista a responsabilidade civil por dano à personalidade relacionada com a obtenção de reparações pecuniárias.

Na ordem de valores, que consta no tecido normativo insculpido pelo legislador constituinte originário, introduziu-se a titularidade do direito subjetivo público de invocar a prestação jurisdicional do Estado com o intuito de prevenir, reparar ou reprimir lesões aos bens jurídicos da personalidade.

Nesses termos, tal previsão no plano infraconstitucional encontra-se no art. 12 do Código Civil de 2002 em perfeita consonância com os preceitos constitucionais que irradiam a máxima salvaguarda à dignidade humana. (RIBEIRO apud FIUZA, 2004)

Portanto, é inquestionável a natureza jurídica da relação autor-obra como substrato para a tutela de diversos aspectos da personalidade intelectual no respeitante a intimidade, a honra, a reputação (boa fama), justificando-se o resguardo desses bens inerentes à pessoa do autor.

3. Posição dos direitos morais de autor na Teoria Geral do Direito autoral

Sobrevém do estudo do conteúdo do direito de autor o aspecto moral como exteriorização da personalidade do criador da obra intelectual, sendo genuína emanção do espírito criador da pessoa do autor. O direito moral de autor define sua natureza de direito da personalidade na tutela específica das prerrogativas morais, de caráter pessoal, relativamente ao vínculo moral do autor com sua obra, vale dizer, consistindo no liame criativo entre o autor e sua produção intelectual.

Notadamente, o direito de autor é apresentado na sua unidade e estrutura conceitual, a partir da integração orgânica (dualidade) dos direitos morais e patrimoniais, sendo considerados por Bittar (2004b, p. 144-145) como facetas da mesma realidade já que os aludidos direitos, por natureza, “são incidíveis, combinando-se num sistema binário, de correlação e de interferência recíproca que lhe imprime caráter especial”.

O direito moral, pessoal ou espiritual como direito autônomo e emancipado está na base do direito de autor e se afigura como fator determinante da tutela do aspecto patrimonial. Entende-se que a afirmação do direito patrimonial é devida à concepção e ao reconhecimento do direito moral cuja expressão foi notabilizada por Morillot na França, embasando o direito positivo a partir da sua construção pretoriana francesa no século XIX. (BITTAR, 1992, p. 34)

Um caso célebre da jurisprudência francesa foi o *arrêt* Rosa Bonheur de 04/07/1865 em que foi reconhecida como legítima a recusa de um pintor em entregar obra encomendada e paga (retrato de dama), decidindo-se pela prevalência do direito da personalidade (direito moral de autor). Ou seja, no caso concreto, o direito do encomendante deveria ceder à defesa do direito pessoal do artista com a conversão

da obrigação em perdas e danos. (BITTAR, 2004a)

A partir do aparecimento do direito moral, em diversas decisões judiciais, foi propiciada a sua incorporação ao texto da Convenção de Berna em 1928, na revisão promovida em Conferência Diplomática na cidade de Roma, sendo atribuída a Piola Caselli (famoso autoralista italiano) a introdução do direito moral na revisão ao texto da aludida Convenção, incluindo, além das prerrogativas de ordem pecuniária, aquelas de ordem moral. (OLIVER, 2004)

No século XIX, houve o advento de duas teorias sobre o direito moral: a teoria unitária e a teoria dualista. A teoria unitária entende que o direito de autor é o direito moral e que, de sua exclusividade, decorre o exercício de um direito pecuniário ou patrimonial. A teoria dualista afirma que o direito de autor apresenta duas características simultâneas: direito moral e patrimonial.

Da essência do direito de autor, compreende-se a interpenetração dos dois direitos supracitados, sendo o direito moral o pressuposto ou fundamento ético para o direito patrimonial. A importância do direito moral de autor é tamanha que Henri Desbois e Alain Le Tarnec, citados por Bittar (1992, p. 36), defendiam a proeminência deste em face do direito patrimonial.

José de Oliveira Ascensão (2006, p. 3-24) entende que a ordem jurídica francesa que alicerça o sistema romanístico ou europeu continental enseja uma deturpação dos fins do direito moral, tornando-o uma espécie de segundo direito patrimonial de autor. Para o jurista português, a solução francesa representa um perigo para o aproveitamento normal dos direitos por terceiros, haja vista o exagero da perpetuidade capaz de gerar uma exacerbação do direito que permitiria o controle de inúmeras utilizações, para além das relações jurídicas entabuladas. Além do que, não seria necessário autonomizar (conferir autonomia) o direito moral de autor, considerando que há um

único direito de autor dotado de faculdades pessoais e patrimoniais simultaneamente.

Na evolução recente do Direito intelectual, revela-se a preocupação com a mercantilização dos mesmos, constatando-se a transformação do direito de autor em mercadoria. Donde, Ascensão (2006, p. 3-24) evidencia que o Direito intelectual passa a apresentar-se como um subproduto do direito do comércio internacional e assim o fomento da cultura é entendido como o fomento das indústrias culturais (*copyright*).

Nesse cenário, a disciplina do direito moral de autor estaria em crise ou numa situação de decadência no plano internacional. Ascensão classifica esse fenômeno de ocaso dos direitos morais, demonstrando que, com o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS ou ADPIC) de 1994, seus países signatários, na sua totalidade componentes da Organização Mundial do Comércio (OMC), obrigaram-se a cumprir o disposto na Convenção de Berna. (Idem)

Todavia, com a exclusão da parte contida no art. 6 *bis* da Convenção de Berna que diz respeito aos direitos pessoais de autor, por força das intervenções dos Estados Unidos da América, em benefício das indústrias de *copyright*, o TRIPS ou ADPIC não obriga seus países signatários a preverem os direitos morais de autor em suas legislações internas.

Ascensão (2006, p. 3-24) conclui que se faz imperiosa uma integração das faculdades pessoais e patrimoniais no seio de um único direito de autor, temporalmente limitado, que o torne compatível com a nova realidade na esfera internacional.

Por outro lado, considerando a sistematização dos direitos morais de autor à luz da tradição do chamado *droit d'auteur* francês, que tem como foco a pessoa do autor, pode-se afirmar que, nesse caso, o ponto de vista de José de Oliveira Ascensão não se aplica ante sua inadequação ao tratamento legal conferido às faculdades morais, porém a crítica é coerente no que

tange à possibilidade de arbitrariedades e de abuso de direito ou excesso de poder do titular de direito autoral.

A definição dos direitos morais de autor supramencionados mostra o reconhecimento inequívoco dos mesmos como inseridos na tutela da personalidade humana. Seus caracteres distintivos foram citados acima; contudo, cabe frisar que, em virtude da especificidade dos direitos morais de autor, é válido discorrer sobre os pontos mais relevantes.

A legislação brasileira respalda a autonomia do direito moral de autor e toda a complexidade de seus consectários, constando da previsão legal as faculdades tuteladas que abrangem genericamente a pluralidade das situações jurídicas existenciais pautadas na cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana.

O art. 24 da LDA enumera os seguintes direitos morais de autor: direito de reivindicar a paternidade intelectual, direito de nomeação, direito ao inédito, direito à integridade da obra, direito de modificação da obra, direito de retirada ou de arrependimento e o direito de acesso a exemplar único e raro da obra.

O direito à paternidade da obra intelectual é o pressuposto de todas as prerrogativas autorais que só serão exercidas mediante o reconhecimento do criador intelectual, abrangendo o direito à autoria e o direito de reivindicar a autoria.

O direito à autoria, direito de nomeação, direito à menção do nome ou direito à menção da designação, nos termos do art. 24, II, da LDA, é o direito do criador de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra.

Na órbita do direito à autoria importa destacar o caráter facultativo da identificação, pois é perfeitamente admitida a divulgação ou publicação de obra de autor anônimo ou desconhecido, cabendo ao responsável pela divulgação ou publicação o exercício dos direitos patrimoniais.

O direito de reivindicar a autoria traduz, segundo Ascensão (1992, p. 179), uma visão processual no que concerne ao remédio da reivindicação, tendo como causa de pedir o direito de autor e como pedido a cessação da utilização abusiva.

Noutras palavras, pelo raciocínio desenvolvido por Ascensão, é plausível concluir que violado o direito subjetivo autoral este se torna exigível e surge a pretensão (direito a uma prestação) que se materializa no direito de reivindicar a autoria da obra.

Conforme Lipszyc (2001, p. 167), o direito à paternidade intelectual compreende o direito de reivindicar a autoria quando é omitida a menção do nome, ou, se figurar indevidamente nome ou pseudônimo de outrem, além do direito ao pseudônimo ou anônimo quando o autor faz esta opção em vez do nome verdadeiro, e também o direito de defender sua autoria quando essa é refutada.

O direito de reivindicar a autoria ocorre nos casos de utilização da obra sem expressa menção do nome do autor ou de sua utilização sob o nome de terceiros, considerando-se como o direito do autor de se opor à usurpação de sua paternidade sobre a obra. (POLI, 2006)

Quanto à natureza jurídica do direito de reivindicar a autoria, a posição mais razoável é no sentido de reputá-lo um direito de cunho processual que deriva do direito à autoria. No entanto, inserindo-se o direito de reivindicar a autoria da obra no âmbito do direito à paternidade intelectual, é correto asseverar que se trata de um direito moral de autor de caráter especial.

No art. 24, III, da LDA, consta o direito ao inédito como a faculdade do criador intelectual de conservar sua obra inédita. No dizer de Ascensão (1992, P. 170), seria “o direito pessoal do autor de dar a conhecer ou não a sua obra” o que representaria o direito de publicação da obra que, por sua vez, estaria compreendido na liberdade de criação.

O direito ao inédito expressa a faculdade do autor de manter a obra sob segredo ou

sigilo de acordo com a vontade autônoma do criador, sendo o fundamento do enunciado da doutrina do direito à intimidade da vida privada (preservação dos mais íntimos sentimentos da pessoa humana) no sistema do *common law* já nos idos de 1890. (SHAM, 2002)

Leonardo Poli (apud ASCENSÃO, 1992) suscita uma questão palpitante que será melhor examinada adiante, qual seja, se na existência de interesse ou utilidade pública na divulgação da obra caberia a expropriação da mesma, verificando que a LDA é taciturna o que enseja uma discussão no plano autoral, em vista da sua perspectiva funcional no desenvolvimento da cultura, do acesso ao conhecimento etc.

É interessante distinguir o caráter inédito da obra do direito ao inédito. A obra inédita corresponde à obra não divulgada e o caráter inédito da obra se preserva quando o autor não revela por qualquer modo seu alvedrio de divulgar a respectiva obra. Caso contrário, haveria a situação da perda do caráter inédito da obra em relação a obras inéditas. (ASCENSÃO, 1992, p. 176)

O direito à integridade da obra está previsto no art. 24, IV, da LDA que reflete a prerrogativa do autor de se opor a toda e qualquer modificação de sua obra (mutilações, deformações etc) ou à prática de atos (atentados) que possam prejudicá-lo ou afetá-lo, como autor, em sua reputação ou honra.

A violação do caráter genuíno e de integridade da obra atingirá a honra e reputação do autor na medida em que este não se reconheça como criador da obra modificada. Tal direito sob exame, assim como todos os demais direitos pessoais, destina-se a proteger a personalidade do autor (a impressão digital do criador da obra) que serve de contorno ao exercício dos direitos patrimoniais de autor. (PEREIRA, 2001)

Para o exercício do referido direito moral, por um critério ético, é necessário observar a motivação do autor nos casos em que realmente haja dano à sua reputação ou

honra. Assim sendo, evitam-se possíveis arbítrios do titular de direito autoral na esfera de sua autonomia privada.

Excepcionalmente, na seara do contrato de edição, existe a hipótese legal de que a modificação da obra seja perpetrada por terceiros, ainda que por contrariedade do autor (sem o seu consentimento), desde que seja imprescindível a atualização da obra em novas edições e que não malfira a reputação ou honra do autor, no teor do art. 67 da LDA.

Em seguida, o art. 24, V, da LDA dispõe sobre o direito de modificação da obra consistente na prerrogativa de modificá-la em qualquer momento, antes ou depois de utilizada.

A LDA prevê, no contrato de edição, a materialização do direito de modificação ao dispor que o autor tem o direito de fazer, nas edições sucessivas de suas obras, as emendas e alterações que bem lhe aprouver, ao passo que, na tutela da boa-fé objetiva e do ato jurídico escorreito (controle do abuso de direito), o editor poderá exprimir oposição às alterações que lhe sejam prejudiciais, ou seja, que afrontem sua reputação ou majorem sua responsabilidade.²

Ascensão (1992) relaciona o direito à integridade com o direito de modificação. Isto é, o primeiro tem feição negativa ao permitir contestar modificações, enquanto o segundo tem feição positiva ao permitir impor modificações no exercício da faculdade jurídica, de modo que poderiam ser fundidos num só direito.

Os atos de modificação da obra distinguem-se dos atos de transformação *lato sensu*. O ato de transformação emana da criação de uma obra derivada a partir da obra original *stricto sensu*, ao passo que na modificação ainda é da mesma obra de que se trata. A obra derivada é uma segunda obra e a obra modificada, em princípio, será ainda a mesma obra. (PEREIRA, 2001, p. 363)

² O dispositivo legal que trata da matéria em comento é o preceituado no art. 66 da LDA.

O direito de retirada ou de arrependimento consiste na prerrogativa de o autor retirar de circulação a obra ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem, por força do art. 24, VI, da LDA. O direito de retirada seria a outra face do direito ao inédito, uma vez que só nasce quando o direito ao inédito se extinguir.

Após a autorização do autor para a utilização econômica por terceiros, é garantida a possibilidade de o autor pleitear a retirada dos exemplares de sua obra que estejam em circulação. O exercício regular desse direito moral não é subordinado a uma motivação específica. Basta que, no entendimento do autor, haja, ainda que subjetivamente, algum prejuízo à sua reputação e imagem.

Obviamente, se houver a constatação de algum abuso de direito por parte do autor em detrimento de terceiros, por conseguinte, ensejará perdas e danos, de acordo com o disposto no art. 24, §3º, da LDA.

O art. 24, VII, da LDA trata do direito de acesso como faculdade de o autor ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar tanto a memória da obra como do autor.

O dispositivo legal também assevera que o acesso seja feito de forma que cause o menor inconveniente possível a seu legítimo detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. A redação do artigo da lei é bastante clara ao delimitar que a aplicação do direito moral em comento atém-se nas hipóteses em que se trate de exemplares considerados únicos e raros.

3.1 Características dos direitos morais de autor

Cumprе salientar que os direitos morais de autor possuem características comuns com os direitos da personalidade, pois são

extrapatrimoniais, absolutos (oponíveis contra todos), preeminentes (prevalência do exercício do direito moral de autor em face dos demais direitos subjetivos privados), indisponíveis ou inalienáveis, intransmissíveis (com ressalvas), impenhoráveis e imprescritíveis.

É apropriado dizer que tais direitos não podem ser considerados inatos, necessários e genéricos, dado que se constituem apenas com a exteriorização da criação intelectual e não com o nascimento da pessoa. Assim, não são concedidos a todos e nem todas as pessoas os detêm necessariamente.

Em relevo, a indisponibilidade ou inalienabilidade correspondem a uma restrição no âmbito da autonomia privada do autor que não pode renunciar em caráter permanente ou ceder os direitos da personalidade a terceiros. Ou seja, a limitação da liberdade individual atende ao princípio da tutela do hipossuficiente, no sentido de evitar que o autor seja subjugado pelas pressões do mercado. (POLI, 2006)

A intransmissibilidade no campo do direito moral de autor tem caráter relativo, uma vez que são transmitidos aos sucessores do autor o direito à paternidade intelectual (direito à autoria e direito de reivindicar a autoria), o direito ao inédito e o direito à integridade da obra.

Os direitos morais à autoria e integridade da obra são perpétuos. O direito ao inédito tem a mesma duração do direito patrimonial correspondente enquanto os direitos morais de acesso, de retirada e de modificação da obra extinguem-se com a morte do autor. (Idem)

Após a cessação dos atributos patrimoniais e morais respectivos, a utilização da obra é considerada livre o que configura o instituto do domínio público que será objeto de análise posterior.

No tocante ao direito ao inédito, Elisângela Menezes (2006, p. 102-103) pondera que:

“Como prerrogativa transmissível *post mortem*, em caso de sucessão, o

direito ao ineditismo passa a ser exercido pelos herdeiros, que legalmente ganham o poder de decidir sobre a publicação ou não de determinada obra, mesmo que essa seja encontrada ou descoberta após a morte do autor original. Eticamente, contudo, deve-se sempre considerar a vontade do autor. Se, todavia, era da vontade expressa do titular original que se mantivesse inédita a criação, a recomendação é de que tal determinação seja acatada, sob pena de ferir a moralidade da relação entre autor e obra.”

Impende reiterar, por exclusão, que o direito de modificação, o direito de retirada ou de arrependimento e o direito de acesso não são transmissíveis aos sucessores do criador intelectual. Isto é, somente ao autor é lícito exercê-los pessoalmente (descabida a transferência dos direitos morais ora aduzidos a terceiros).

A impenhorabilidade decorre da inalienabilidade (insusceptibilidade de transferência dos direitos morais a terceiros) alinhavada pela natureza dos direitos da personalidade supracitados.

A imprescritibilidade relaciona-se com a não submissão a prazos para o exercício dos direitos morais do autor. Noutro dizer, a ausência de exercício das faculdades morais não implica a perda das mesmas. Na hipótese de violação ao direito subjetivo autoral incide o prazo prescricional de três anos para a pretensão do autor que não se confunde com o direito em si, nos termos art. 206, §3º, V, do Código Civil de 2002.

4. Violações aos direitos morais de autor

Quanto à órbita moral, são hipóteses de violação as condutas que incorrem na inobservância dos direitos proclamados no art. 24 da LDA segundo o qual seria transgressão a atribuição de autoria sem respaldo fático e jurídico que atinja a paternidade e integridade da obra; a não indicação de nome, pseudônimo ou sinal convencional na utili-

zação da obra; a modificação da obra sem o consentimento do autor, entre outros.

As violações aos direitos morais de autor são aquelas que dizem respeito à ofensa aos sentimentos subjetivos da pessoa do autor em especial em face da identificação do autor (direito de nomeação), ensejando reparação ou compensação por perdas e danos inclusive de ordem extrapatrimonial por causa do direito ao crédito (identidade) de autoria.

Conforme dito acima, é de suma relevância compreender o direito moral de autor inserto na tutela jurídica dos direitos da personalidade, em vista da integridade intelectual, que corresponde a um dos aspectos do complexo de bens que compõe o patrimônio jurídico do sujeito de direitos.

Em matéria de violação aos direitos morais de autor, Paulo Luiz Netto Lôbo (2003) sustenta a tese pela qual a interação entre os danos morais e direitos da personalidade (incluem-se os direitos morais de autor) é tão entrelaçada que se deve questionar sobre a possibilidade da existência daqueles fora do âmbito destes. Concluindo que:

“O dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial. Direito absoluto significa aquele que é opo-nível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade. Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais.”

Nesse sentido, para Paulo Luiz Netto Lôbo (2003), não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos da personalidade. Noutras palavras, no dano moral, não há reparação, pois não pode haver mensuração econômica, somente compensação, isto é, quando o dano moral ocorre, os direitos da personalidade surgem associados aos outros direitos que foram violados.

Em se tratando de direitos pessoais de autor, há de se sobressair que estes não são passíveis de cessão, porquanto aplicáveis somente à órbita patrimonial. Na circunstância de uso público da obra, a ofensa pode recair sobre a pessoa do criador, no tocante à sua honra, ainda que o ofensor tenha obtido prévia autorização dos cessionários dos direitos patrimoniais para o desejado uso público, na medida em que a destinação final afronte a honra de seu autor ou intérprete.

Eliane Y. Abrão (2002) argumenta que nesse caso não se cuida de ilícito autoral porque houve autorização, mas sim de dano quanto ao direito subjetivo da pessoa do criador intelectual. Ademais, afirma que há outras situações diversas nas quais enseja dano moral designado como dano moral puro para diferenciar do dano por violação ao direito moral de autor, tais como, quando a tradução ou versão errônea de uso de nome de autor ou artista famoso em obra de que não tenha participado ou crédito dado equivocada ou falsamente.

A orientação seria, preventivamente ou por prudência, que a cada nova utilização da obra sejam os autores consultados sobre o emprego dela para fins de impedir eventual ocorrência de dano à honra. Ainda que por ato culposo do cessionário, tal contexto suscitará responsabilidade solidária pelo dano, no plano das sanções civis previstas na LDA e também poderá resultar na revisão, anulação ou anulabilidade de cláusulas do referido contrato de cessão (negócio jurídico contratual).

Para a autoralista em comento, há importância em distinguir as hipóteses de dano moral puro dos demais casos de violação de direitos morais de autor em decorrência dos efeitos jurídicos e legais no tempo, na legitimação e na forma de indenizar. (Idem)

Abrão (2002) entende que “a lei autoral contempla quatro hipóteses de dano moral puro (art. 24, IV e VI; art. 26, parágrafo único e art. 128) (*sic*) e quatro de violações

aos direitos morais de autor (art. 24, I, III, V e VII).” (Idem)

Em relação às primeiras hipóteses, o prazo prescricional seria de 10 (dez) anos (art. 205, *caput*, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro) (BRASIL, 2002), tirante a hipótese de a ação fundar-se em reparação de dano que faz reduzir o prazo para 3 (três) anos. Para as demais supramencionadas, o prazo é o mesmo aplicável para a proteção dos direitos patrimoniais, quer dizer, de 70 (setenta) anos contados de primeiro de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, de forma que, ao cair em domínio público, a obra passa a ser amparada pelo Poder Público, a teor do art. 24, §2º, da LDA.

Quanto à legitimação, o legitimado para pugnar pela indenização do dano moral puro é o ofendido e *post mortem* seus filhos, pais e demais parentes colaterais, enquanto que, na violação de direito moral de autor, depende da espécie de violação, sendo de modo geral do criador da obra e dos coautores ou dos sucessores (legítimos ou cessionários).

Quanto à forma de indenizar, o ressarcimento do dano moral adota a corrente majoritária da jurisprudência de observar o aspecto punitivo e compensatório da reparação moral. (ABRÃO, 2002)

Vale dizer, se houver a constatação do ilícito autoral, além das sanções já assinaladas, a LDA prevê a suspensão ou interrupção da utilização fraudulenta e a cominação de multa diária (*astreintes*) no caso de descumprimento da norma judicial.

O desafio jurídico é a prevenção de lesões, não mais sendo possível aguardar que violações ocorram para, só após, agir no propósito de obter reparações pecuniárias. De fato, os direitos da personalidade (inseridos os direitos morais de autor) integram uma categoria em que é difícil a restituição do *status quo* anterior.

Significa dizer que a lesão efetiva desses bens jurídicos não terá outra solução senão a reparação do dano por meio da compen-

sação pecuniária, posto que não existe a possibilidade de fazer voltar o curso dos fatos e desfazer o ato consumado. Sobrevém, então, a questão da reparabilidade do dano moral (art.5º, X, CRFB), haja vista a responsabilidade civil por dano à personalidade.

5. Conclusão

Ante o exposto, é pertinente aludir que o microsistema autoral (LDA) exige pesquisas constantes com o fito de perfilhar a teoria jurídica que contemple os direitos morais diante do novo perfil dos direitos de autor o que demanda inclusive um tratamento mais consentâneo com a normativa do diploma civil em que se observam discrepâncias, tais como, entre a intransmissibilidade dos direitos personalíssimos e o exercício dos chamados direitos morais *post mortem auctoris* diante das hipóteses de legitimação *causa mortis*.

Cumprir dizer que há controvérsias acirradas no tocante à disciplina dos direitos morais de autor em vista da teoria clássica dos direitos da personalidade que não foram objeto do presente estudo.

Destarte, a finalidade ora traçada consubstancia-se na apresentação dos aspectos mais expressivos que ensejam a reflexão acerca dos avanços da legislação autoral em matéria de direitos morais ou pessoais.

Conclui-se que o legislador teve o mérito de sistematizar a normativa de forma clara e objetiva o que tornou mais perceptível a definição legal da vertente extrapatrimonial dos direitos de autor em vista da própria evolução legislativa concebida no ordenamento pátrio.

Todavia, sem debater sobre as eventuais impropriedades do texto legal, é curial afirmar que a técnica legislativa da enumeração do supramencionado art. 24 da LDA não pode ser interpretada restritivamente ante o caráter genérico da tutela moral do autor cuja proteção sucede na personalidade em toda sua extensão e complexidade.

Assim, segundo a melhor doutrina, entende-se pelo aspecto elástico da tutela jurídica da personalidade humana o que evidentemente abrange diretamente todos os reflexos de cunho existencial sobretudo aqueles atinentes aos direitos morais de autor.

Demais disso, propugna-se a favor da corrente dualista segundo a qual os direitos de autor apresentam natureza híbrida que contém dois direitos distintos e autônomos.

Finalmente, o intento que se perfaz resulta da preocupação com a crise ou o caso dos direitos morais aclarado por Ascensão ao delatar o movimento engendrado no âmbito da OMC que traduz o predomínio da mercantilização do Direito intelectual e a fragilização do aspecto moral da titularidade das criações do intelecto humano.

Logo, é vital retomar essa temática nos fóruns de discussão no sentido de salvaguardar o estatuído na Convenção de Berna que revelou a ascensão da tutela da personalidade intelectual do criador e seguramente constituiu uma elevada contribuição na seara da propriedade intelectual.

Referências

- ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: direito de autor e direitos conexos. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. 778p.
- _____. O direito intelectual em metamorfose. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo, ano 2, n. 4, p. 3-24, fev. 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004a.
- _____. *Os direitos da personalidade*. 7 ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004b.
- _____; FILHO, Carlos Alberto Bittar. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002.
- _____. *Contornos atuais do direito do autor*. São Paulo: RT, 1992.
- BRASIL. Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 dez. 1973.
- _____. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 fev. 1998.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.
- _____. Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, Revista em Paris, a 24 de jul. de 1971. In: SOUZA, Carlos Fernandes Mathias de. *Direito autoral*. 2 ed. Brasília Jurídica, 2003.
- CARBONI, Guilherme Capinzaiki. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Romana jurídica, 2004.
- DRUMMOND, Victor; VIDE, Carlos Rogel. *Manual de direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FIUZA, César. *Direito civil*: curso completo. 9 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GOMES, José Jairo. *Direito civil*: introdução e parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de autor*. Brasília jurídica, 2004.
- LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Zavalia, 2001.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 17 abr. 2006.
- MENEZES, Elisângela Dias. *O direito de autor como micro-sistema no paradigma do estado democrático de direito*. 234f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2003.
- OLIVER, Paulo. *Direitos autorais da obra literária: frente à Lei nº 9.610/98*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*. Coimbra Editora, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. Tomo 7. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

POLI, Leonardo Macedo. *A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade*. 167f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2006.

RIBEIRO, Valério Augusto. Os direitos da personalidade vistos sob a perspectiva da dicotomia clássica direito público/direito privado. In: FIÚZA, César. (coord.) *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Thomson, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. A dignidade do ser humano e os direitos de personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. In: *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SHAM, Regina. O direito moral de autor e o fundamento do direito à intimidade. In: BITTAR, Eduardo C. B.; CHINELATO, Silmara Juny. *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*. São Paulo: Forense Universitária, 2002.

Organização Mundial do Comércio

Novo ator na esfera internacional

Marco Aurélio Gumieri Valério

Sumário

Introdução. 1. Rodadas de negociações multilaterais. 1.1. Aspectos gerais. 1.2. Rodada Kennedy. 1.3. Rodada Tóquio. 1.4. Rodada Uruguai. 1.5. Tratado de Marraqueche. 1.6. Rodada de Doha. Conclusão.

Introdução

O desenvolvimento do sistema multilateral de comércio, do qual hoje a Organização Mundial do Comércio – OMC é seu mais novo ator, está intimamente ligado aos efeitos danosos da Segunda Guerra Mundial na economia internacional. Havia a memória da depressão das décadas de 20 e 30 do século XX, quando as grandes potências mercantis utilizaram o protecionismo como instrumento para manter positiva suas balanças comerciais (POLARD, 1985, p.8).

Essa experiência levou os governos à percepção de que seria necessária, no contexto de um pós-guerra, uma regulamentação do comércio internacional que primasse pelo crescimento da riqueza propiciando desenvolvimento aos países participantes (DAS, 1999, p. 3).

No anseio de reconstituir em novas bases o sistema econômico internacional fundamentado no princípio da cooperação, setecentos e trinta delegados das quarenta e quatro nações aliadas encontraram-se nas primeiras semanas de 1944 no *Mount*

Marco Aurélio Gumieri Valério é Advogado; Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista; Doutorando em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista; Professor da Universidade de São Paulo.

Washington Hotel, em Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos da América – EUA, para a Conferência monetária e financeira das Nações Unidas. Os representantes desses países deliberaram e assinaram o Acordo de Bretton Woods (*Bretton Woods Agreement*) (WALTZ, 1969, p. 22-3).

O sistema Bretton Woods foi o primeiro exemplo na história de uma ordem monetária totalmente negociada, tendo como objetivo governar as relações monetárias entre Estados. Suas bases políticas são encontradas na confluência de várias condições: as experiências comuns da Grande Depressão; a concentração de poder num pequeno número de países; e a presença de uma potência dominante capaz de assumir um papel de liderança.

Dos desdobramentos dessa reunião, foram projetados três organismos de vocação universal que regulariam aspectos do capitalismo mundial.

A função financeira estaria a cargo do Fundo Monetário Internacional – FMI, que cuidaria da estabilidade das taxas de câmbio e proveria fundo especial a nações que se encontrassem com problemas de balanço de pagamento. Dessa forma, a prática protecionista de restrições comerciais não seria mais necessária.

O Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento – Bird, também chamado de Banco Mundial, seria a entidade fomentadora de projetos que visassem à reconstrução de países atingidos pelas mazelas da guerra, principalmente os europeus.

Essas duas organizações tornaram-se operacionais dois anos depois, quando um número suficiente de partes contratantes ratificou o acordo.

E, por fim, previu-se a criação da Organização Internacional do Comércio – OIC que, sob princípios liberais, teria o intuito de reger e fiscalizar as trocas mercantis internacionais, além de servir como fórum de negociações sobre temas afins (THORNTENSEN, 2001, p. 29).

Em 1946, dando continuidade aos trabalhos iniciados em Bretton Woods, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas convocou uma conferência para formular as normas da OIC. De forma preparatória a esta conferência foram realizadas duas sessões, sendo uma em Londres, na Inglaterra, e outra em Genebra, na Suíça. Destes encontros resultou a elaboração de dois documentos: um projeto de carta constitutiva da OIC, aprovado em conferência realizada na cidade de Havana, em Cuba, no ano de 1947, e um acordo geral sobre tarifas alfandegárias e comércio, concebido como um protocolo provisório.

A carta da OIC previa um sistema de tomada de decisões por voto paritário entre seus membros, e não proporcional à participação nas relações de trocas mercantis. Diferenciava-se, destarte, dos sistemas decisórios do FMI e do Banco Mundial, em que são observadas cotas contributivas desiguais dos participantes.

Essa singularidade não foi vista com bons olhos pelo Congresso dos EUA, que acreditava se tratar de uma ameaça à soberania e à hegemonia comercial do país. Por conta disso, o governo do democrata Harry S. Truman sequer chegou a enviar formalmente a carta para apreciação do Poder Legislativo, que era majoritariamente composto, na época, por membros do Partido Republicano. Sem a ratificação do Congresso Nacional, os estadunidenses ficaram de fora do tratado da OIC.

Uma vez que os EUA, já naquele momento consolidado como potência econômica, não fariam parte da organização, a constituição desta tornou-se inviável. Com o arquivamento do projeto, o tripé que sustentaria o capitalismo mundial projetado em Bretton Woods ficou com uma de suas pernas manca.

Pouco antes da tentativa de criação da OIC, foi concebido o Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade – Gatt*), que seria incorporado pela malograda

organização. Assim, como alternativa de se regular o comércio internacional que não poderia ficar a esmo naquele delicado contexto do pós-guerra, entrou em vigor o Gatt, que almejava a liberalização das trocas por meio da redução de tarifas (GUEDES, 2002, p. 33). Além da redução tarifária, consta ainda de seu preâmbulo o intuito de se reduzir outras barreiras mercantis e a eliminação de todo e qualquer tratamento discriminatório (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2008).

O Gatt, que não era uma organização institucional, mas tão-somente um acordo, foi assinado em 30 de outubro de 1947, em Genebra, na Suíça, por vinte e três países¹. Entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. Não obstante sua natureza jurídica ser a de contrato internacional, alguns autores chegam a atestar que, na prática, o acordo funcionava como uma verdadeira entidade (AMARAL JÚNIOR, 2006, p. 43).

No âmbito do Gatt, desenvolveu-se uma disciplina jurídica abrangente e harmônica para o comércio internacional regrada por alguns princípios básicos (FIORATI, apud CASELLA; MERCADANTE, 1998, p. 660-89).

O primeiro é o denominado *tratamento geral da nação mais favorecida*: segundo essa regra, não é permitida a discriminação entre partes contratantes de forma que toda vantagem, favor, privilégio ou imunidade que for concedido por um membro aos produtos originados ou destinados a outro deverão ser estendidos imediatamente e incondicionalmente a produtos similares comercializados com todas as outras partes contratantes.

O segundo é o chamado *princípio do tratamento nacional*: segundo essa regra, uma

¹ Os países que assinaram o acordo foram: África do Sul, Austrália, Bélgica, Brasil, Burma, Canadá, Ceilão, Chile, China, Cuba, Estados Unidos da América, França, Holanda, Índia, Líbano, Luxemburgo, Noruega, Nova Zelândia, Paquistão, Reino Unido, Rodésia (antigo Zimbábue), Síria e Tchecoslováquia. GUEDES, Josefina Maria M. M.; PINHEIRO, Sílvia M. *Antidumping, subsídios e medidas compensatórias*. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 35.

vez dentro das fronteiras de um membro, todos os produtos, sejam nacionais ou importados, devem receber tratamento idêntico, não sendo permitida qualquer diferenciação.

Esses dois princípios são corolários da ideia de *não discriminação* inerente à almejada liberalização do comércio. A distinção entre eles é que o *da nação mais favorecida* diz respeito aos produtos antes que eles adentrem às fronteiras de um país, enquanto o *do tratamento nacional* se relaciona aos produtos quando já estão no território da parte contratante.

Fato é que ele serviu de importante foro de discussão dos assuntos pertinentes à liberalização do comércio internacional, servindo de base para a criação da Organização Mundial do Comércio - OMC.

1. Rodadas de negociações multilaterais

1.1. Aspectos gerais

A liberalização comercial não foi desenhada como algo que ocorreria de pronto, com base em apenas um tratado internacional, mas sim como um processo, de forma que as barreiras fossem gradualmente minoradas por meio de periódicas negociações (THORSTENSEN, 2001, p. 36). Dessa maneira, todo um sistema normativo foi aprimorado durante as oito rodadas de negociações multilaterais que aconteceram no âmbito do Gatt.

As cinco primeiras rodadas - Genebra (1947); Annecy (1949); Torquay (1951); Genebra (1956); e Dillon (1960) - foram pautadas pela tentativa de aproximação dos países por meio de uma política de redução tarifária. Durante esses encontros, houve o comprometimento das nações em reduzir as tarifas alfandegárias, propiciando um aumento efetivo na concorrência.

Nesse período em que se situam as primeiras rodadas - 1947 a 1964 -, merece destaque a hegemonia dos EUA no comércio internacional, o que lhes permitiu influenciar sobremaneira nos rumos das

conversas. Por conta disso, é possível constatar um desequilíbrio no que tange à regulamentação de temas. Assuntos que não lhes interessavam não eram sistematizados ou, quando muito, o eram de maneira incipiente, a exemplo dos subsídios agrícolas.

1.2. Rodada Kennedy

A partir da sexta rodada, chamada de Kennedy, ocorrida entre 1964 e 1967, a Comunidade Europeia – CE participou pela primeira vez como bloco. Considerando-se o volume das transações internacionais, a CE apresentou-se como uma nova potência no comércio internacional capaz de fazer frente ao unilateralismo estadunidense que predominava até então.

As discussões tornaram-se mais abrangentes e novos tópicos foram objetos de sistematização, como, por exemplo, barreiras não tarifárias. Entre essas foram incluídas as medidas *antidumping* e as compensatórias contra subsídios aplicados pelos EUA e condenadas pela CE e pelo Japão. A crítica era devida, uma vez que a legislação estadunidense chegava a dispensar a comprovação do dano à indústria doméstica para aplicação desses instrumentos de defesa comercial.

Por conta disso, tentou-se uniformizar as legislações *antidumping* e as medidas compensatórias das partes contratantes, resultando, ao final da Rodada, na assinatura do Acordo *Antidumping* (*Agreement on the Implementation of the Article VI of the Gatt* ou *Antidumping and Countervailing Duties*).

Este acordo não foi observado como parte do ordenamento jurídico dos EUA por uma questão de conflito de normas vigentes, embora os estadunidenses consagrem o princípio da paridade entre tratados internacionais e leis nacionais.

Existia no país um Estatuto *Antidumping* (*Antidumping Act*) de 1921 com dispositivos dissonantes do recém-assinado acordo. Era de se esperar que o tratado, ao ter suas regras incorporadas, revogasse a norma anterior, visto que aquele era mais recente

do que este. Contudo, o Poder Legislativo se posicionou de maneira diversa, não sendo essa a solução adotada. Tal fato foi atribuído à existência de um protocolo de aplicação provisória do Gatt, assinado por oito das partes contratantes no mesmo dia em que foi assinado o acordo². Por esse documento, o Gatt seria para esses países um acordo executivo (*executive agreement*) e nada mais³.

O art. 1º, *b*, desse tratado dispunha que as normas da Parte II do Gatt seriam aplicadas, inclusive antes da entrada em vigor deste, desde que fossem consistentes com a legislação interna daqueles países.

Essa norma é conhecida como *grandfather clause*. As normas referentes a práticas desleais de comércio estavam prescritas nos artigos VI e XVI do acordo que, por sua vez, estavam inseridos na Parte II deste. Dessa forma, venceu nos EUA a tese de que o novo acordo *antidumping* não vigoraria no país.

1.3. Rodada Tóquio

Se a partir da Rodada Kennedy temas alheios à redução das tarifas alfandegárias foram discutidos, foi na de Tóquio que essas novas discussões tomaram vulto ainda maior.

A Rodada Tóquio (1973-1979) ocorreu no contexto da crise do petróleo de meados da década de 70 do século passado, que levou a uma grande recessão mundial marcada pelo desemprego e pela inflação nos países desenvolvidos. Diante desse quadro, houve um aumento nas restrições comerciais, como foi o caso, por exemplo, da CE, que passou a aplicar medidas pesadas contra as importações com *dumping* e subsídios. Tudo isso levou a discussões

² Os países que assinaram o acordo foram: a Austrália, a Bélgica, o Canadá, a França, a Holanda, a Índia, o Líbano, o Luxemburgo, o Reino Unido e os Estados Unidos da América.

³ Acordo executivo é a modalidade de tratado que dispensa a aprovação do Poder Legislativo para sua conclusão, segundo critérios constitucionais internos de cada país. (REZEK, 2005, p. 26)

mais acirradas sobre as práticas desleais de comércio.

Também nessa época, o Japão e a CE se consolidaram como potências comerciais e, além disso, outros países industrializados se destacaram no cenário internacional. Essa situação ajudou a diminuir ainda mais o desequilíbrio que pairava nas negociações multilaterais de comércio.

Assim, na Rodada Tóquio, as atenções foram desviadas do tradicional tema das reduções tarifárias, para se discutir a redução da incidência de barreiras não-tarifárias como a proteção da produção nacional com medidas *antidumping* e compensatórias.

Outros temas também foram abordados, resultando na assinatura de nove acordos: barreiras técnicas, subsídios, *antidumping*, valoração aduaneira, licenças de importação, compras governamentais, comércio de aeronaves, carne bovina e produtos lácteos.

O Acordo *Antidumping* da Rodada Kennedy foi revisto e o tópico dos subsídios recebeu um tratamento específico, sendo criado o Código de Subsídios e Medidas Compensatórias (*Agreement on Interpretation and Application of Articles VI, XVI, and XXIII of the Gatt*).

Outra evolução foi quanto ao tratamento diferenciado e favorável que seria dado aos países em desenvolvimento a partir de então, reformando-se a estrutura do acordo antes marcado pela igualdade formal entre as partes contratantes.

Muitos problemas despontaram após a Rodada Tóquio, não obstante algumas melhorias feitas em relação à sistemática adotada pelo Gatt. Os chamados países em desenvolvimento passavam por grande endividamento, o que dificultava suas participações nas relações comerciais multilaterais. Além disso, o Gatt tinha alguns problemas estruturais que lhe tirava a credibilidade e faziam com que nações resolvessem seus problemas em outros foros de negociações ou mesmo bilateralmente.

Demonstra-se esse fato com a existência da *grandfather clause*, prevista no protocolo

de aplicação provisória do Gatt, que permitiu a aplicação imediata da Parte II do Acordo, sem a aprovação legislativa de algumas das partes contratantes, desde que esta não conflitasse com normas internas.

Outro fato que merece destaque é o denominado *Gatt à la carte*. Durante o desenvolvimento das rodadas de negociações, foi permitido às partes contratantes assinarem apenas os acordos que lhes interessassem. Ou seja, embora um tema específico fosse amplamente discutido e codificado, os países não eram obrigados a fazer parte desses novos acordos.

Soma-se a isso a sistemática de solução de controvérsias, que era incapaz de impor-se aos países sucumbentes. Diante da reclamação de uma parte, instaurava-se um painel para julgar o conflito. O painel apresentava um relatório decidindo a questão e indicava procedimentos a serem observados para cessar uma prática ilícita ou compensar um dano causado por uma parte a outra. Contudo, baseado no princípio do consenso na tomada de decisões que regia todo o sistema do Gatt, qualquer parte contratante podia obstar a instauração de um painel ou a aplicação do relatório deste, inclusive o próprio país vencido na demanda.

Além disso, alguns temas ficaram historicamente excluídos do Gatt, que discutia tão-somente assuntos afeitos ao comércio de bens.

Os países desenvolvidos desejavam também a liberalização de serviços e a regulação das questões de marcas e patentes na forma de direitos sobre a propriedade intelectual. Por sua vez, alguns países em desenvolvimento cobravam a inserção de temas como agricultura e têxteis nas disciplinas gerais do acordo, visto que estes recebiam tratamentos específicos que não atendiam aos anseios dos seus produtores e exportadores.

Todas essas razões motivaram a convocação de uma nova rodada de negociações.

1.4. Rodada Uruguai

Em 1986, na cidade de Punta Del Leste, Uruguai, inicia-se a oitava rodada de negociações do Gatt. Essa rodada foi considerada, pelo menos até a Rodada de Doha, no Catar, “a mais complexa negociação já feita na história da humanidade sobre comércio internacional” (FIORATI, 1999, p. 69).

Efetivamente, essa Rodada contou com a participação de 123 (cento e vinte e três) países, e não apenas 23 (vinte e três) como inicialmente. Em 1947, o Gatt abrangia um montante de relações comerciais que somavam US\$ 10.000.000.000 (dez bilhões de dólares) e, em 1986, esse valor perfazia US\$ 3.700.000.000 (três trilhões e setecentos bilhões de dólares).

Essa Rodada, a mais longa da história do Gatt, prevista para terminar em quatro anos, prolongou-se até 15 de abril de 1994 quando, na cidade de Marraqueche, no Marrocos, foi assinada a declaração ministerial que a concluiu formalmente.

Foram alcançados importantes resultados, como reduções tarifárias para produtos industriais e agrícolas. Novos temas, antes ignorados, foram contemplados na sistemática do comércio internacional, como agricultura, têxteis, serviços e direito de propriedade intelectual.

Os acordos negociados receberam prazos de implementação que variavam entre cinco e dez anos a partir de 1995, dependendo do grau de desenvolvimento do país, atendendo-se o já afirmado tratamento diferenciado e privilegiado para os países menos desenvolvidos.

Mas o mais relevante entre os resultados da Rodada Uruguai foi a criação da Organização Mundial do Comércio – OMC. Essa entidade substituiu o Gatt como foro de negociações e regulação do comércio internacional, além de se firmar como novo ator internacional. A troca, contudo, não foi feita por completo, permanecendo o Gatt como sistema normativo diretivo das relações comerciais multilaterais.

No âmbito da OMC foi criado um novo órgão de resolução de controvérsias, bem como novas regras processuais e procedimentais para as lides que tivessem como partes membros da organização.

No que tange ao acesso a mercados, o Brasil foi beneficiado com a Rodada Uruguai. Conforme estimativas, houve uma redução média de tarifas incidentes sobre produtos brasileiros da ordem de 36% (trinta e seis por cento) pela União Europeia – UE, 24% (vinte e quatro por cento) pelos EUA e 57% (cinquenta e sete por cento) pelo Japão, aumentando consideravelmente as exportações para esses países. Por sua vez, o Brasil não reduziu tarifas de forma proporcional. Enquanto a média mundial de tarifas consolidadas girava em torno de 35% (trinta e cinco por cento), a média de tarifa consolidada pelo país foi de 55% (cinquenta e cinco por cento) para produtos agrícolas.

Dessa forma, o país ficou em situação confortável, inclusive diante de produtos agrícolas importados subsidiados. (CASSELLA, 1998, p. 231)

Na agricultura, a vantagem foi a inclusão dessa pauta no sistema regulatório do comércio internacional, gerando regras para disciplinar a produção e comercialização, limitando as práticas protecionistas que se reproduziam nesse setor, antes desprovido de regras. Restrições quantitativas às importações foram proibidas e a prática de subsídios não seria permitida com tanta leniência como antes.

Os têxteis e vestuários também foram objeto de acordo que previu, após o prazo de dez anos, a inclusão do setor nas normas gerais da OMC, sendo que, durante esse tempo, a entrada seria progressiva. Essa situação ampliou a potencialidade do Brasil como exportador uma vez que abriu mercados.

Não obstante, o país é também importador desses produtos e a obsolescência dos equipamentos já levou a aplicação de salvaguardas para proteger a indústria in-

terna principalmente contra a importação de produtos asiáticos.

De um modo geral, as rodadas de negociação propiciaram uma efetiva redução das barreiras tarifárias mundiais. Se em 1947 a média das tarifas aduaneiras aplicadas sobre bens era da ordem de 40% (quarenta por cento), ao final da Rodada Uruguai essa média caiu para apenas 5% (cinco por cento). (BARRAL, 2002, p. 16)

1.5. Tratado de Marraqueche

A OMC surge para completar o tripé institucional planejado em Bretton Woods no ano de 1944. Essa nova entidade desempenha a função primordial de foro de negociações visando à liberalização do comércio internacional. Também é inerente a ela zelar pelo respeito às normas contratadas na Rodada Uruguai, inclusive servindo para dirimir as questões que envolvam seus membros no âmbito dos acordos comerciais multilaterais firmados.

A OMC é um pacote de normas destinadas à manutenção e promoção do equilíbrio econômico e comercial mundial. Essas normas representam o intuito de não se permitir o regresso a uma realidade anterior em que as relações mercantis se davam de forma desordenada e desregrada. Assim, o surgimento da OMC consolida o sistema multilateral de comércio, que começou a ser instituído pelo Gatt.

Em 15 de abril de 1994, é assinada a ata final da Rodada Uruguai, formalizando o Tratado de Marraqueche, incorporando todos os resultados das negociações. Nela estão inclusos como anexo o acordo constitutivo, as declarações e decisões ministeriais e os entendimentos sobre compromissos em serviços financeiros.

Por sua vez, o Acordo constitutivo da OMC tem como parte integrante, entre seus anexos, o Gatt 1994 (*General Agreement on Tariffs and Trade*), distinto do antigo, agora denominado Gatt 1947.

Como frisa Vera Thorstensen, “após a Rodada Uruguai, o termo Gatt 1994 ficou de-

finido para designar todo o conjunto de medidas que inclui os dispositivos do Gatt 1947 e todas as modificações introduzidas pelos termos dos instrumentos legais que entraram em vigor até a data do início das funções da OMC, isto é, janeiro de 1995. Inclui, portanto: concessões tarifárias, protocolos de acesso de novos membros, decisões de derrogação de obrigações (*waivers*) concedidas, e outras decisões; uma série de seis entendimentos negociados dentro da área do comércio de bens; e o Protocolo de Marraqueche que estabelece os prazos de implementação das concessões tarifárias na Rodada Uruguai”. (THORSTENSEN, 2001, p. 40)

O Tratado de Marraqueche foi ratificado ainda em 1994 passando a OMC a existir em 1º janeiro de 1995. Ele foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 30 de 15 de dezembro de 1994, que aprovou o inteiro teor da Rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais (BRASIL, 2008).

As regras da OMC também incorporaram outros temas que há tempos estavam na pauta de negociações para serem regulamentados em atenção aos interesses dos países desenvolvidos.

Esses três temas vieram disciplinados no Anexo n. 1 do Acordo Constitutivo da OMC, sendo respectivamente: Anexo 1-A para os acordos sobre comércio de bens; Anexo 1-B para o acordo geral sobre o comércio de serviços - GATS (*General Agreement on Trade in Services*); e o Anexo 1-C para o Acordo Sobre Aspectos Relacionados ao Comércio de Direitos de Propriedade Intelectual - Trips (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*). (VALÉRIO, 2001, p. 143-8)

1.6. Rodada Doha

Iniciada em novembro de 2001, com previsão de término em 2004, a Rodada Doha, no Qatar, contou com encontros subsequentes em Cancún, no México, Genebra, na Suíça, Paris, na França, Hong Kong, na China, e Potsdam, na Alemanha, que

tenham como objetivo a adesão à Agenda de Desenvolvimento acordada em Doha e, a partir daí, negociar a abertura dos mercados agrícolas e industriais.

As quatro áreas-chave de negociação centraram-se em: agricultura, produtos industrializados, comércio de serviços e atualização de normas alfandegárias.

A rodada de Cancún, em 2003, que tinha como finalidade planejar um acordo concreto sobre os objetivos da rodada de Doha, fracassou após quatro dias de discussão entre os países membros sobre subsídios agrícolas e acesso aos mercados.

A divisão Norte-Sul tornou-se evidente em assuntos ligados à agricultura. Tanto a Política Agrícola Comum da UE quanto os subsídios agrícolas do governo dos EUA se tornaram um ponto crucial. Os países em desenvolvimento rejeitaram um acordo que viram como desfavorável. O Grupo dos 20 - G-20 tem membros flutuantes, mas sua ponta de lança é o Grupo dos 4 - G-4, formado pelos quatro países em desenvolvimento: China, Índia, Brasil e África do Sul, que respondem juntos por 65% da população mundial, 72% de suas fazendas e 22% de sua produção agrícola.

A conferência de agosto de 2004 em Genebra chegou a um esboço de acordo sobre a abertura do comércio global. Os EUA, UE, Japão e Brasil concordaram em abolir subsídios às exportações, reduzir os subsídios agrícolas e diminuir as barreiras tarifárias. Nações em desenvolvimento concordaram em reduzir tarifas sobre produtos manufaturados, mas obtiveram o direito de proteger suas indústrias. O acordo também garante alfândegas simplificadas e regras mais rígidas para ajuda ao desenvolvimento rural.

A conferência em Hong Kong aconteceu entre 13 e 18 de dezembro de 2005. O Brasil e a Índia, as principais potências comerciais em desenvolvimento, abandonaram as negociações da Rodada Doha, levando todo o mundo à frustração e à descrença a respeito da liberação do comércio mundial.

Previsto inicialmente para 2005, o fim da rodada foi postergado devido a sucessivos impasses. A OMC decidiu então convocar um encontro que seria definitivo, em que deveriam ser superados vinte obstáculos que emperravam o consenso. Depois de nove dias de negociações em Genebra, na Suíça, os debatedores conseguiram superar dezoito barreiras. Tropeçaram na décima-nona, que tratava das salvaguardas, um dispositivo destinado a proteger a economia de um país contra a invasão repentina de produtos importados.

A maioria absoluta dos países aceitou que esse mecanismo só deveria ser usado quando houvesse um aumento de 40% (quarenta por cento) nas importações. A Índia, por sua vez, endossada pela China, permaneceu irredutível na defesa de que as salvaguardas poderiam ser usadas quando as importações subissem meros 10% (dez por cento).

Houve tentativas de costurar uma saída para contornar as diferenças, e o Brasil chegou a se afastar de seus aliados tradicionais, como a Argentina e a China. Mas daí foi a vez dos EUA endurecerem o jogo e não ceder. Acabavam, pelo menos ao que tudo indica, sete anos de esforços para tornar o comércio global mais aberto e equilibrado.

No fim, o Brasil saiu das discussões iniciadas no Qatar e finalizadas na Suíça como um dos principais derrotados. Primeiro porque, com o acordo, teria muito a ganhar - as exportações poderiam crescer US\$ 15.000.000.000,00 (quinze bilhões de dólares) ao ano, principalmente nas vendas externas de etanol e carnes. O país perdeu também pela estratégia comercial de se dedicar exclusivamente à Rodada Doha de negociações, num mundo em que o interesse local é preponderante.

Conclusão

É verdade que não houve avanços, mas também não deverá ocorrer um retro-

cesso, como em situações do passado. Na virada do século XIX para o XX, o mundo, impulsionado pela Revolução Industrial, registrou uma fase de rápido crescimento do comércio. Mas, depois do estouro da I Guerra Mundial, em 1914, os países se fecharam e abraçaram medidas protecionistas. Com a Grande Depressão de 1930, houve um enfraquecimento ainda maior das transações internacionais.

Em Bretton Woods, gestou-se o embrião do capitalismo moderno. Germinou ali a primeira semente do que hoje é a globalização. A ideia era evitar a repetição do tumulto monetário do período entre os dois conflitos mundiais e estabelecer as bases para a reconstrução da Europa devastada pela guerra. Para tanto, a conferência criou um novo sistema monetário internacional, já sob a influência hegemônica dos EUA.

Depois de três semanas, a reunião consolidou a supremacia do dólar americano sobre a libra inglesa, criou mecanismos para estabilizar o câmbio, evitando as oscilações selvagens de antes, e definiu os princípios do livre-comércio.

Mas a crise econômica iniciada no final de 2008 mostrou que, em alguma medida, o que foi construído há mais de meio século precisa de retoques. A questão é saber quais.

Uma alternativa é concluir o que já se começou – como a Rodada Doha, promovida pela OMC. Para o Brasil e outros grandes produtores agrícolas, a principal meta era fazer com que os países ricos diminuíssem os subsídios bilionários que eles concedem a seus agricultores, prejudicando os produtores de nações pobres. Para reduzir os subsídios, no entanto, a UE e os EUA buscavam um maior acesso de seus produtos industrializados aos mercados emergentes.

Doha é o meio mais ágil para desobstruir o comércio mundial, o que injetaria uns US\$ 100.000.000.000,00 (cem bilhões de dólares) na economia do planeta, e poderia ser o pontapé inicial de uma reforma global.

É ilusão pensar numa autoridade monetária mundial, mas é preciso incorporar ao sistema mundial as lições da crise. A ideia de um novo Acordo Bretton Woods aparece a cada tumulto global. Existe um enorme ceticismo quanto à funcionalidade de uma entidade mundial para as finanças, mas o certo é que a experiência adquirida com a árdua gestação da Organização Mundial do Comércio – OMC serve de modelo.

Referências

ALDECOA, Francisco; KEATING, Michael. *Paradiplomacia: las relaciones internacionales de las regiones*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC e a aplicação do direito internacional*. Tese (Concurso para professor titular de Direito Internacional Público) Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo. 645 f. 2006.

BARRAL, Welber. *Protecionismo e neoprotecionismo no comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Decreto Legislativo n. 30 de 15 de dezembro de 1994, aprova a Ata Final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, as listas de concessões do Brasil na área tarifária (Lista III) e no setor de serviços e o texto do Acordo Plurilateral sobre Carne Bovina. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

CASELLA, Paulo Borba. Resultados da rodada Uruguai: aspectos legais e constitucionais de sua implementação no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coords). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?* 1 ed. 1998.

COSTA, Lígia Maria. *OMC: manual prático da rodada Uruguai*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAS, Bhagirath Lal. *The world trade organization: a guide to the framework for international trade*. London: Zed Books Ltd, 1999.

ESTEVES, Paulo Luiz (Org.). *Instituições internacionais: segurança, comércio e integração*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2003.

FIORATI, Jete Jane. *Direito do comércio internacional: OMC, telecomunicações e estratégia empresarial*. Franca: Unesp, 1999.

- GUEDES, Josefina Maria M. M.; PINHEIRO, Silvia M. *Antidumping, subsídios e medidas compensatórias*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.
- HERZ, M.; HOFFMAN, A. R. *Organizações internacionais: história e práticas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- IANNI, O. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- LAFER, Celso. *Comércio e relações internacionais*. São Paulo: Perspectiva, 1977.
- _____. *Paradoxos e possibilidades: estudos sobre a ordem mundial e sobre a política exterior do Brasil num sistema internacional em transformação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.
- _____. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coords.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?* 1 ed. 1998.
- LICKS, Otto B. O acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio: anexo 1C ao acordo de Marraqueche constitutivo da organização mundial de comércio (OMC). A negociação do Trips e sua internacionalização. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coords.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?* 1 ed. 1998.
- MAGNOLI, Demetrio. *História da paz*. São Paulo: Editora Contexto, 2008.
- MARCOVITCH, Jacques. (Coord.). *O futuro do comércio internacional: de Marrakesh a Cingapura*. São Paulo: USP/FIESP/MRE, 1996.
- POLLARD, Robert A. *economic security and the origins of the cold war, 1945-1950*. New York: Columbia University Press, 1985.
- RANGEL, Vicente Marotta. Marraqueche 94 e os dois GATT: breve apresentação. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coords.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?* 1 ed. 1998.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SOARES, Guido F. S. O tratamento da propriedade intelectual no sistema da organização mundial do comércio: uma descrição geral do acordo Trips. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coords.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio*. 1 ed. 1998.
- THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Acordo Trips e a implementação de políticas de propriedade industrial no Brasil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, n. 124, out./ dez. 2001, p. 143-148.
- VIGEVANI, Tullo et al (Orgs.). *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: Edunesp/Educ/Edusc/Fapesp, 2004.
- WALTZ, Kenneth. *Man, the state and war*. New York: Columbia University Press, 1969.
- WEISS, Friedl. Aspectos do direito internacional público do TRIPS. CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coords.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?* 1 ed. 1998.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *General Agreement on Tariffs and Trade 1947*. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 18 fev. 2008.
- _____. *General Agreement on Tariffs and Trade 1994*. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 18 fev. 2008.
- _____. *Marrakesh declaration of 15 April 1994*. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 18 fev. 2008.

Revisita à ordem pública

D'Aquino Filocre

Sumário

Introdução. 1. Ordem pública na doutrina. 1.1. Ordem pública no sentido formal. 1.2. Ordem pública no sentido material. 1.3. Ordem pública na fusão dos sentidos. 1.4. Ordem pública em sentido metajurídico. 2. Segurança e ordem públicas - limites da atuação estatal para a repressão da criminalidade. 3. Conclusão.

Introdução

No artigo "Revisão doutrinária dos conceitos de *ordem pública* e segurança pública - uma análise sistêmica", de 1988, o professor de direito público e ciência política Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1988, p. 134) destaca "a escassa e contraditória doutrina da *Ordem* e da *Segurança Públicas*" e oferece uma "tentativa de sistematização da matéria na enciclopédia juspolítica" utilizando alguns instrumentos metodológicos sistêmicos. Passadas duas décadas, questiona-se a evolução do tema, especialmente quando a doutrina é quase unânime em adotar *segurança pública* como *manutenção da ordem pública*.¹ A matéria é de suma importância, vez que, ao elaborar uma política de *segurança pública* e ao efetivá-la, o governante deve ter clara a ideia de *ordem pública*, posicionando-

D'Aquino Filocre é Procurador do Estado de Minas Gerais. Especialista em Segurança Pública - Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública/UFMG.

¹ Toma-se *manutenção da ordem pública* em sentido amplo, de forma a incluir *preservação da ordem pública* e o restabelecimento do estado de *ordem pública*. Esta última é realizada no "espaço de repressão imediata", conforme Silva Júnior (2009).

se adequadamente no enfrentamento da criminalidade.

De fato, somente com uma visão bem definida do que seja *ordem pública* é que o Estado efetivamente faz *segurança pública* de forma qualificada, isto é, entre outros, com racionalidade científica, inteligência estratégica e com garantia de direitos.

Este trabalho tem como objetivo fazer uma revisita doutrinária à *ordem pública* e refletir sobre uma concepção de *ordem pública* – com reflexos jurídico-sociológicos diretos na compreensão e nas escolhas políticas de *segurança pública*.

1. *Ordem Pública na doutrina*

Como destacado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1988, p. 143), embora *ordem pública*, como situação, modelo real ou resultado da observação, seja antiga e já encontrada em Roma, “confundida com o conceito de *mores*, os costumes do povo romano, e, no direito intermediário, vinha a ser os ‘bons costumes’ dos legistas e glosadores”, é certo que a sua conceituação definitivamente ainda não é tranquila. Permanece válida a consideração de Emilio Fernández Vásquez (1981, p. 541 apud DANTAS, 1989, p. 147), que, analisando o verbete *Orden público* em harmonia com Waline, escreve que se trata de “noción sumamente vaga y amplia”. Alvaro Lazzarini entende da mesma forma, afirmando “nada mais incerto em direito do que a noção de *ordem pública*, noção essa de grande importância, diga-se, para quem exerce atividade de *polícia de manutenção da ordem pública* ou pretenda conhecê-la” (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 6). Afirma que, tal como *segurança pública*, *ordem pública* encerra conceito jurídico indeterminado (LAZZARINI, 1992, p. 277). Diz que Cretella Júnior (1998, p. 6) tem o mesmo sentimento e acrescenta que “não se trata, apenas, da manutenção material da ordem na rua, mas também da manutenção de uma certa ordem moral”, o que tornaria a *ordem pública* mais fácil de ser

entendida do que definida, mesmo porque, opina o autor, ela varia de entendimento no tempo e no espaço (Idem, p. 8). Giuseppe de Vergontini, estudando *ordine pubblico*, afirma que “è concetto di non sempre pacifica definizione, comune a diversi settori del diritto” (DANTAS, 1989, p. 47). Dando a real amplitude do que isso significa, Miguel Seabra Fagundes diz que “na terminologia jurídica a expressão *ordem pública* assume duas significações; ora aparece como designativa de parâmetros basilares de comportamento social (no mais amplo sentido, isto é, com relação aos costumes morais, à estrutura e vida de família, à economia geral etc.), ora diz com o clima de equilíbrio e paz indispensável à convivência coletiva do dia-a-dia” (CRETELLA JÚNIOR, 1998).

Conforme bem avaliado por Calixto (1987, p. 13-14), apoiado em Pontes de Miranda, *ordem pública* “percorre todas as veias do organismo jurídico, manifestando-se em todos os institutos e a propósito de quase tudo”, ao mesmo tempo em que “é caracterizada pela sua essencial plasticidade, conteúdo mutável, e ter de ser vaga, imprecisa, a noção geral”, motivo pelo qual Amílcar de Castro afirmou ser “um problema difícilimo este de dizer o que seja *ordem pública*”.

Para Cenzano (2002, p. 17), poucas vezes, para não dizer jamais, ficou claro o significado e, principalmente, o alcance de *ordem pública* como limite ao legítimo exercício de um direito. Isso é especialmente preocupante se levado em conta que *ordem pública* desempenha essa função, entre outras, em múltiplas ordens do direito, já que, segundo o ramo do ordenamento em que este conceito exiba a sua eficácia, seu significado e alcance variam. Se a isso for acrescentado que dentro de um mesmo ramo do direito a expressão *ordem pública* pode desempenhar uma variada gama de funções jurídicas, compreende-se mais facilmente a complexidade que deriva de sua plurifuncionalidade e multiplicidade de sentidos. Ademais, acrescenta Cenzano

(2002, p. 18) que *ordem pública* constitui um conceito contingente e mutável que depende nada menos que de uma trilogia de variáveis às quais podem ser combinadas entre si: a espacial, a temporal e a política.

De fato, as dificuldades que rondam *ordem pública* persistem ainda que se queira construir um conceito nos limites de um ramo do direito, como no Direito Internacional Privado, por exemplo, atestando Cardini (1959, p. 7), com respaldo em Bardin (1919, p. 210), que mesmo ali *ordem pública* é um enigma.

Quanto ao entendimento de *ordem pública* no direito privado, Cretella Júnior destaca que, segundo alguns autores, “é preciso cuidado para que não se confunda o sentido da expressão *ordem pública*, usado, por exemplo, no artigo 6º do Código Civil francês (Não se pode derrogar, mediante convenções privadas, as leis que interessem à ordem pública), com o sentido que a expressão tem em matéria de polícia administrativa: as palavras são idênticas, mas trata-se de duas coisas sem relação alguma. Essa é a opinião de Rivero (1981, p. 370), para quem as noções de *ordem pública* no Direito Civil e no que se refere à polícia administrativa não têm relação entre si. Segundo outros autores, “as duas noções se assimilam”, opinião de Paul Bernard (apud CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 323). Para Cynthia Almeida (1991, p. 284), “a ordem pública no direito privado é a base jurídica que fundamenta a ordem econômica e moral da sociedade, ou, ainda, segundo Orlando Gomes: “Regula(m) o Estado e a capacidade das pessoas, organiza(m) a família, a propriedade, e o regime de sua aquisição e perda, e [...] impõe às partes proibições ou medidas ditadas no interesse de terceiros”. Entende a autora que “a ordem pública interna como sendo o conjunto de normas que regem a sociedade, visando o bem-estar social, a ordem e os costumes no âmbito interno, e a ordem externa como sendo as normas que regem as questões entre os diversos Estados, os conflitos, enfim,

tudo que se relaciona com o direito internacional” (ALMEIDA, 1991, p. 286). Essa é a opinião de Correa (1986, p. 73), para quem, “do ponto de vista jurídico, ordem pública compreende *aquelas* normas que não podem deixar de ser cumpridas”.²

Reforçando a complexidade da questão, há os que, tal como Fernández-Valmayor (1990, p. 22), dão à *ordem pública* um sentido amplo que compreende *segurança cidadã* e *ordem pública* em sentido estrito, distinguindo conceitualmente *orden público* como “protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales” e *seguridad ciudadana* como “protección de las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas” (FERNÁNDEZ-VALMAYOR, 1990, p. 22). Segundo o autor, “la seguridad pública comprendería tanto el orden público como la seguridad ciudadana...”, havendo uma identificação de *ordem pública*, em sentido amplo, com o conceito de *segurança pública*. Cenzano (2002, p. 38), por seu turno, afirma que, no direito positivo e na jurisprudência espanhola, os conceitos de *segurança pública*, *segurança cidadã* e *ordem pública* têm utilização indiferenciada, sem que tenha chegado a dar-lhes conteúdo mais preciso e diferenciado de cada um, motivo pelo qual considera que o conceito de “segurança cidadã” não é absolutamente pacífico, no que tem razão, bastando examinar o conceito daquela expressão formulado em solo espanhol: “Em face do arcaico conceito de ordem pública como algo que se impunha desde as instâncias do poder e se dirigia até os cidadãos sem que se importasse muito se estes o aceitassem ou não, devemos potencializar o conceito de segurança cidadã,

² No original: “desde el punto de vista jurídico, orden público comprende *aquellas* normas que no pueden dejar de cumplirse”. Cita alguns exemplos: “las normas del Código de Procedimientos Civiles, el deber de prestar alimentos; el saneamiento por vicios ocultos en que la renuncia al saneamiento es nula cuando el transfere actúa con dolo o culpa inexcusable; o la calidad es irrenunciable de las beneficios sociales” (CORREA, 1986, p. 73).

que implica tanto a cobertura dos interesses gerais do Estado como, paralelamente, dos interesses gerais da sociedade em relação à defesa e à garantia dos direitos e liberdades individuais e coletivos (Cf. Federación Española de Municipios e Provincias – Madri, 1982, p. 72)” (SILVA, 2003, p. 224).

A distinção metodológica entre a concepção descritiva ou *material* e a aceção normativa ou *formal* de *ordem pública* é a solução explicativa para os desencontros doutrinários na opinião de Moreira Neto (1988, p. 143).³ Distinção que implica não antagonismo, mas complementaridade, de forma a possibilitar visões distintas que não se excluem, antes permitem um melhor conhecimento. “No *sentido material*, ou descritivo, a *ordem pública* é uma *situação de fato*, ocorrente numa sociedade, resultante da disposição harmônica dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um” (MOREIRA NETO, 1988, p. 143).

“No *sentido formal*, ou normativo, a *ordem pública* é um conjunto de valores, de princípios e de normas que se pretende *devam* ser observados numa sociedade, impondo uma disposição ideal dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um” (MOREIRA NETO, 1988, p. 143).

Examinando os conceitos de *ordem pública* percebe-se que, de fato, alguns se encaixam na aceção material, outros na concepção formal, e outros ainda operam uma fusão dessas visões.

1.1. *Ordem pública no sentido formal*

De Plácido e Silva (1999, p. 577) diz de *ordem pública* que “entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípua atribui-

³ O autor informa que “distinção semelhante, das duas aceções de ordem pública, nos oferece Giuseppe de Vergottini, um dos ilustres colaboradores do *Dizionario di política*, Torino, Utet, 1983, v. pp. 741 e 742.”

ções e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com a *ordem jurídica*, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada” (SILVA, 1999, p. 577). Tal entendimento desafia que se questione o que é “situação ou estado de legalidade normal”, ou, ao contrário, como saber que se está diante de um quadro de “legalidade anormal”.

Segundo a linha da concepção jurídica de Hariou, *ordem pública* é a ordem material e exterior – considerada como a ordem prevista e regulada pelo direito positivo, um estado de fato oposto a desordem, de forma que a sua preocupação não atinge a ordem ou desordem moral das ideias ou dos sentimentos.

J. de Pousada Herrera escrevia em 1843 que:

“A ordem pública é a primeira condição e a circunstância mais indispensável para a existência de qualquer associação. Em uma sociedade em que as leis não são respeitadas, em uma sociedade em que os funcionários encarregados de executá-las não têm força bastante para fazerem-se respeitados, é impossível que prosperem os interesses materiais e morais. Tudo, pois, que se refira a ordem pública é de grande importância, dever e necessidade de uma boa administração. A ordem pública tem a ver com a segurança das pessoas, a tranquilidade dos povos e a segurança interna do Estado”.⁴ (CUDOLÀ, 2007, p. 42)

⁴ No original: “El orden público es la primera condición y la circunstancia más indispensable para la existencia de toda asociación. En una sociedad en que las leyes no se respetan, en una sociedad en que los funcionarios encargados de ejecutarlas no tienen la bastante fuerza para hacerse respetar, es imposible que prosperen los intereses materiales, ni los morales. Todo, pues, lo que se refiere al orden público es de muchísima importancia, como es a la vez el premier deber un necesidad de una buena administración. El orden público dice relación a la seguridad de las personas, a la tranquilidad de los pueblos y a la seguridad interior del Estado”

Para Gasparini (1993, p. 61), preservar a *ordem pública* é serviço voltado a “coibir a violação da ordem jurídica e defender a incolumidade do Estado e dos indivíduos e a restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõem a esses valores”.

No entender de Soriano (1985, p. 97),

“A ordem é um conceito que resume um *status quo* estabelecido pelo ordenamento jurídico do Estado. Não é um conceito externo ao próprio ordenamento estatal, mas intrasistemático ao mesmo, como parte de seus princípios fundamentais e síntese do jogo harmônico das instituições, direitos e deveres estabelecidos pela Constituição e leis derivadas. A paz é uma manifestação mais íntima e profunda da existência da ordem no Estado, ainda quando nem sempre presumida de qualquer classe de ordem política, porque a paz tem essa faceta espiritual que não admite ser satisfeita por todo tipo de ordem do Estado”.⁵

Para o autor, público e político são conceitos suficientemente genéricos e ambíguos para que sejam empregados com natural fungibilidade e intercambialidade no contexto das realidades sociais. No campo propriamente jurídico, “público” tem uma referência mais concreta, adstrita principalmente às relações do Estado com os cidadãos, ao passo que “político” é um conceito mais amplo e concerne à organização geral da sociedade e do Estado dentro dessa sociedade, na qual as relações Estado-cidadãos vêm a ser um aspecto particular e

⁵ No original: “El orden es un concepto que resume un *status quo* establecido por el ordenamiento jurídico del Estado. No es un concepto externo al propio ordenamiento estatal, sino intrasistemático a él mismo, como parte de sus principios fundamentales y síntesis del juego armónico de las instituciones, derechos y deberes establecidos por la Constitución y leyes derivadas. La paz es una manifestación más íntima y profunda de la existencia de ese orden del Estado, aun cuando no siempre es presumible de cualquier clase de orden político, porque la paz tiene esa faceta espiritual que no admite ser satisfecha por todo tipo de orden del Estado”.

mais determinado. Disso, entende Soriano (1985, p. 99) que *ordem pública* e *ordem política* são aspectos de uma mesma realidade cujas diferenças devem situar-se no âmbito da aplicação, e não no terreno da definição.⁶

Na identificação de *ordem pública* com *ordem jurídica*, Moreira Neto (apud CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 79) ressalta que *ordem jurídica* deve ser entendida como mais que o direito positivo. O autor parte de Paul Bernard (apud CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 79), para quem, em *ordem pública*, somam-se elementos metajurídicos – referencial moral e referencial consuetudinário – à ausência de perturbações, paz pública e disposição harmoniosa da convivência, de forma tal que a convivência pacífica e harmoniosa não se esgota no direito. “Há atuações que embora não previstas no Direito positivo são perturbadoras da situação de paz e de harmonia social por serem atentatórias à moral e aos costumes” (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 79), diz o autor, de modo a não ser supérfluo que se fale em dimensão moral da *ordem pública*, ainda que se saiba que o jurídico contenha orientação moral. Nesse sentido, para Waline (1963, p. 642, apud CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 79) em *ordem pública*, “não se trata apenas de manutenção normal da ordem na rua, mas também de manter uma certa ordem moral”. Clara a sua compreensão de *ordem jurídica*, Moreira Neto (apud CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 79) então atesta

“com esta imensa riqueza conteudística, da *Ordem Jurídica*, chega-se à *Ordem Pública* como um aspecto visível de sua realização, como uma idéia que tem a vocação de um endereçamento prático, que tem a ver com a harmoniosa convivência diária, com o clima

⁶ Sobre “ordem política” e “ordem pública” como aspectos de uma mesma realidade, diz Soriano (1985, p. 99): “Ambos tienen unos componentes formales y avalorativos, y entran por ello perfectamente en la dimensión normativa del Derecho, lejos de un análisis axiológico de las realidades jurídicas y de las relaciones de conexión entre factores sociales y normas jurídico-positivas.”

de paz social, com a exclusão da violência e com o trabalho permanente dos agentes de segurança pública na guarda desses valores”.

“A ordem pública formal atuaria como um *conceito geral de direito*, um sistema abstrato de referência, não apenas da convivência pública mas da própria ordem jurídica” (MOREIRA NETO, 1988, p. 145). O entendimento de Moreira Neto não se conforma à compreensão de Meirelles (CRETELLA JÚNIOR, 1988, p. 92) acerca do tema, na medida em que este autor tem que “*ordem pública* é a situação de tranquilidade e normalidade que o Estado assegura – ou deve assegurar – às instituições e a todos os membros da sociedade, consoante as normas jurídicas legalmente estabelecidas” de tal modo que, considerada a concepção abrangente de *ordem jurídica*, Meirelles restringe *ordem pública* ao direito positivo.

Há aqueles que, por outro lado, não identificam *ordem pública* com *ordem jurídica* ou que não entendem que a *ordem pública* seja uma decorrência da *ordem jurídica*. Consideram, ainda sob o ponto de vista *formal*, que a *ordem pública* é uma parte da *ordem jurídica*. É o entendimento de Fortunato Lazzaro (1960, apud DUARTE, 1977, p. 29)⁷, bem como de Henri Capitant quando caracteriza *ordem pública* como “o conjunto de normas e instituições cujo objetivo consiste em manter em um país o bom funcionamento dos serviços públicos, a segurança e a moralidade das relações entre os particulares” (DUARTE, 1977, p. 29 apud CABANELLAS, 1953, p. 897). Semelhante entendimento tem Correa, para quem “os bons costumes também estão compreendidos na ordem pública, variando a sua apreciação de acordo com o tempo e lugar. Mas, entendida a ordem pública como respeito

⁷ Na página 417, Fortunato Lazzaro (1977) expõe o seguinte conceito: “Vi é, in ogni società, un ordine conforme all’interesse ai tutti gli uomini raccolti in consorzio: ‘ordine pubblico’ sta ad indicare l’insieme dei principi fondamentali dall’osservanza dei quali dipende il buon andamento della vita sociale e che costituiscono i cardini ogni ordinamento giuridico”.

a certas leis, não significa, obviamente, respeito a todas as leis; e, estendida aos bons costumes, tampouco compreende todos os costumes, pelo que, condensadas em ordem pública aquelas expressões, sempre ordem pública será menor que Ordem Interna, porque a ordem jurídica, abarcando todas as leis, não apenas as de ordem pública, faz parte da Ordem Interna”.⁸

Para Cretella Júnior (1998, p. 8), a *ordem pública* não deixa de ser uma situação de legalidade e moralidade normal, apurada por quem tenha competência para isso sentir e valorar. “A *ordem pública* existirá onde estiver ausente a *desordem*, isto é, os atos de violência, de que espécie for, contra as pessoas, bens ou o próprio Estado”. “A *ordem pública*, arremata o autor, não é figura jurídica, embora dela se origine e tenha a sua existência formal” (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 8). Hely Lopes Meirelles (apud CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 93) também considera que a *ordem pública* não é uma figura jurídica, da mesma maneira que não é uma instituição política ou social. Para o autor, *ordem pública* “é uma situação fática de respeito ao interesse da coletividade e aos direitos individuais que o Estado assegura” (Idem).

1.2. *Ordem pública no sentido material*

Sob a concepção *material*, José Afonso da Silva (1998, p. 742-743) e outros tomam *ordem pública* como oposição a *desordem*, de

⁸ No original: “también se comprende en orden público las buenas costumbres, cuya apreciación varía en tiempo y lugar. Mas, entendido el orden público como respecto a ciertas leyes, no lo es obviamente, respecto a todas las leyes; y, extendida a las buenas costumbres, tampoco comprende todas las costumbres, por lo que si sumamos en orden público ambas expresiones siempre orden público sería menor que Orden Interno, porque forma parte del Orden Interno el orden jurídico, el que abarca todas las leyes, no sólo las consideradas de orden público”.

“*Acepción Jurídica*: son aquellas leyes que no pueden excluir-se por convención y son de cumplimiento obligatorio. También puede considerarse *aquellas* normas legales, dictadas por un gobierno, para combatir una situación compleja o frenar una grave alteración”. (CORREA, 1986, p. 73)

forma tal que “*ordem pública* será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”. E complementa afirmando que “convivência pacífica não significa isenta de divergências, de debates, de controvérsias e até de certas rugas interpessoais. Ela deixa de ser tal quando discussões, divergências, rugas e outras contendas ameaçam chegar às vias de fato com iminência de desforço pessoal, de violência e do crime” (SILVA, 1998, p. 742-743).

Louis Rolland dá a sua visão *material* de *ordem pública* desdobrando o conteúdo em *tranquilidade pública*, *segurança pública* e *salubridade pública*. Paul Bernard, adotando também a linha *material*, distingue *ausência de perturbação*, *paz pública* e *disposição harmoniosa da convivência* (MOREIRA NETO, 1988, p. 143-144). Santin (2004, p. 86), por sua vez, considera “inquestionável o direito do cidadão de viver em uma sociedade harmônica, em que vigore a paz e a tranquilidade na convivência com os semelhantes, dentro de uma ordem pública regular...”. Blaise Knapp, citado por Lazzarini (1992, p. 278-279), afirma que a *ordem pública* compreende a *ordem pública* propriamente dita, a saúde, a segurança, a moralidade e a tranquilidade públicas, assim como a boa-fé nos negócios. “*Ordem pública propriamente dita*, esclarece, é a ausência de desordem, de atos de violência contra as pessoas, os bens ou o próprio Estado” (Idem). Pequignot assenta *ordem pública* na *ausência de perturbação* e na *disposição harmoniosa das relações sociais*.⁹

1.3. *Ordem pública na fusão dos sentidos*

Miguel Seabra Fagundes adota uma postura híbrida ao conceber *ordem pública* como “condição de paz para a realização dos objetivos do Estado e do seu papel

⁹ A lembrança é de Moreira Neto e a manifestação de Pequignot consta do seu prefácio na obra *La notion d'ordre public en droit administratif*, de Paul Bernard, publicada em 1962. (CRETELLA JÚNIOR, 1998)

perante a sociedade (preservação da lei pela obediência e restauração da lei por imposição coercitiva), que mais interessa analisá-la, estudá-la e caracterizá-la. E é vista como estado de paz, por oposição ao estado de ameaça à tranquilidade social ou de perturbação dela, que a ordem pública se relaciona, de imediato, com a atividade policial”¹⁰. O mesmo se diz de Soibelman (1981, p. 260), que entende por *ordem pública* o “Estado de tranquilidade social e respeito a bens e pessoas, instituições e autoridades. Conjunto de normas que não podem ser alteradas pela vontade particular. Fins a serem atingidos pelo Estado ou que norteiam a sua ação. Leis que restringem a admissão de leis estrangeiras, de atos e sentenças de outro país”.

Ao abordarem as limitações das liberdades em nome da proteção da sociedade, Rivero e Moutouh (2006, p. 212-213) afirmam que a primeira limitação é a *ordem pública*, que é uma limitação absoluta no sentido de que é uma exigência da vida social imposta a todos e em todas as circunstâncias. Aduzem que a *proteção das bases materiais da vida social*, ou seja, *ordem material*, é a *ordem pública* no sentido preciso da palavra. “Sobre esse ponto, o acordo é quase geral: admite-se que todas as liberdades encontram um limite quando redundam na desordem de rua, pois a segurança física, que desaparece quando a desordem se instala, condiciona-lhes o exercício” (RIVERO e MOUTOUH, 2006, p. 212-213)¹¹.

Ressaltando que o conceito de *ordem pública* é daqueles que são objeto material de inúmeras ciências, indo desde a sociologia até o direito público, Dantas (1989) dá o seu posicionamento focado na “normalidade”,

¹⁰ Apresentação da obra de Cretella Júnior (1998).

¹¹ Válida neste ponto a lembrança de Delmas-Marty (2004): “Montesquieu precisa, no *Espírito das leis*, que a liberdade ‘não consiste em fazer o que se quer’, mas que ela é ‘o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem’. Nessa perspectiva, liberdade e ordem não se contradizem, mas se afirmam, ao contrário, reciprocamente.”

de modo que “*ordem pública* há de ser entendida como aquela que corresponde ao funcionamento normal da sociedade como um todo, evidentemente que dentro de uma ótica de juízo de valor que corresponde aos valores consagrados e aceitos por esta mesma sociedade” (DANTAS, 1989, p. 48). Da mesma forma, Alfonso (2001, p. 59) tem “por ordem pública conceito dos comportamentos não regulados pelo Direito positivo, mas considerados na consciência coletiva como pressupostos mínimos ou indispensáveis para uma convivência ordenada ou com ‘normalidade’. Em todo caso, essa normalidade mínima consiste numa ordem puramente externa ou material”¹².

1.4. *Ordem pública em sentido metajurídico*

Outros adotam posicionamentos que não se identificam precisamente com os perfis *material* ou *formal* e trazem, de uma forma ou de outra, elementos novos ao conceito de *ordem pública*. Com base em Vedel, Emilio Fernández Vásquez, por exemplo, afirma que “a noção de ordem pública é básica no Direito Administrativo e está constituída por um mínimo de condições imprescindíveis a uma vida social conveniente ou adequada. A segurança das pessoas e dos bens, a salubridade e a tranqüilidade constituem seu fundamento. A ordem pública reveste também aspectos econômicos – luta contra os monopólios, contra a carestia – e também estéticos; proteção de lugares públicos e de monumentos”¹³ (DANTAS, 1989, p. 47).

¹² No original: “por orden público, el concepto mismo de los comportamientos no regulados por el Derecho positivo, pero considerados en la conciencia colectiva como presupuesto mínimos o indispensables para una convivencia ordenada o con ‘normalidad’. En todo caso, esta normalidad mínima consiste en un orden puramente externo o material”.

¹³ No original: “la notion de orden público es básica en el Derecho Administrativo y está constituida por un mínimo de condiciones imprescindibles para una vida social conveniente o adecuada. La seguridad de las personas y de los bienes, la salubridad y la tranquilidad constituyen su fundamento. El orden publico revierte también aspectos económicos – lucha contra

Silva (2003), por seu turno, põe-se entre aqueles que consideram que *ordem pública* vai além da oposição à desordem. Tem que, “dentro dos padrões da nossa sociedade e da realidade institucional em que estamos inseridos, percebe-se claramente que a interpretação estrita de que ‘ordem pública’ é a ausência de desordem está longe de corresponder à realidade” (SILVA, 2003, p. 154). Esclarece entender que a *ordem pública* compreende, além das noções de segurança e tranquilidade, os conceitos de ordem moral, estética, política e econômica.

Otto Mayer é considerado o representante clássico do que se denomina concepção *metajurídica* de *ordem pública*, que, diferentemente do caráter complementar das abordagens *material* e *formal*, é antagônica a aceções de natureza *jurídica*. Para Otto Mayer, *ordem pública* é “buen orden de la comunidad” (*gute Ordnung de Gemeinwesens*), cujo conteúdo ou alcance não descreve (FERNÁNDEZ-VALMAYOR, 1990, p. 12). Independentemente de qualquer norma jurídica positiva, Otto Mayer entende haver um direito natural de polícia que se legitima por si mesmo para intervir na esfera da liberdade e propriedade dos cidadãos com a finalidade de manter a ordem social, “a boa ordem da comunidade”. A concepção de Otto Mayer se estabelece no pressuposto de que o particular não pode perturbar a boa ordem da comunidade em que vive, antes tendo a obrigação social de não perturbar, obrigação essa “natural”, não imposta por nenhuma norma jurídica concreta.

Reagindo à concepção metajurídica de Otto Mayer, Ranelletti afirma que “buen orden de la comunidad” somente pode ser entendido como *ordem jurídica*, ordem estabelecida pelo direito positivo (Cf. FERNÁNDEZ-VALMAYOR, 1990, p. 12). Para Ranelletti, a concepção de Otto Mayer implica supor a negação da garantia de liberdade individual em face dos incertos limites das liberdades dos cidadãos. Assim, a ação policial é voltada

los monopólios, contra la carestia – y también estéticos; protección de lugares públicos y de monumentos”.

não a garantir uma imprecisa *ordem social*, mas sim uma *ordem jurídica*, uma ordem estabelecida pelo direito positivo. Noutras palavras, para Ranelletti, *ordem pública* é a ordem pretendida pelo direito.¹⁴

Por fim, merece registro o entendimento de Moreira Neto (1988, p. 142) quando, valendo-se de fundamentos e instrumentos metodológicos da Teoria Geral dos Sistemas, tem que a *ordem pública* é o pré-requisito de funcionamento do *sistema de convivência pública*.¹⁵

Pois bem, é possível concluir que a compreensão do que seja *ordem pública* é bastante variável, ainda quando examinada nos limites dos sentidos *formal* ou *material*. O caráter complementar que se possa pretender dar às visões é prejudicado pela amplitude de entendimentos que, por vezes, gera contradições de abordagens, ainda quando o estudo é feito nos limites de cada um daqueles sentidos.

Partindo do conceito de *segurança pública* como *manutenção da ordem pública*, o passo seguinte será elaborar uma proposta de modelo de atuação estatal para a repressão da criminalidade que preserve a convivência social com liberdade. Posto isto, será examinado se os entendimentos doutrinários acerca de *ordem pública* são compatíveis com o modelo sugerido.

2. Segurança e ordem públicas – limites da atuação estatal para a repressão da criminalidade

Construindo um modelo

A sociedade que não proporciona liberdade – direito do homem que reconhece a

¹⁴ Segundo Fernández-Valmayor (1990, p. 12), A. Merkl acompanha Ranelletti entendendo que a concepção metajurídica de Otto Mayer era tão quão inapreensível quanto os significados de “bom cidadão” ou “comportamento público conveniente”.

¹⁵ Motivo pelo qual afirma Moreira Neto (1988, p. 152) que, “em termos de funcionalidade homeostática, a *segurança pública* é o conjunto de *estruturas e funções* que deverão produzir atos e processos capazes de afastar ou eliminar riscos contra a ordem pública.”

este o poder de escolha nos diversos campos da vida social – aos seus membros a rigor não se justifica. A liberdade, ainda que não absoluta, é meta e essência da sociedade. São extremos: de um lado, a utópica sociedade perfeita, ou seja, essencialmente democrática, liberal e sem injustiças econômicas, educacionais, de saúde, culturais etc. Nela, a liberdade é absoluta. Do outro lado, a sociedade imperfeita, desigual, não democrática, injusta, repleta dos mais graves vícios econômicos, de educação, de saúde, culturais etc. Nesta, a liberdade é inexistente.

Entre os extremos está a sociedade real – lat. *reale* –, a de fato, a verdadeira ou efetiva, aquela na qual os problemas econômicos, educacionais, de saúde, culturais etc. existem em infinitos níveis intermediários.

As três sociedades – perfeita, imperfeita e real – “existem” cada qual com a sua estabilidade interna de convivência, de forma que os seus membros experimentam relações entre si com a liberdade *possível*. Quanto mais imperfeita a sociedade, menos liberdade os indivíduos possuem e maior a tendência de convivência impossível. Na outra ponta, quanto mais próxima da perfeição, mais próximos da liberdade absoluta estão os indivíduos. Há a convivência ótima.

Plenamente seguro é o indivíduo certo de que pode usufruir liberdade na totalidade. Plenamente seguro é o indivíduo da sociedade perfeita, da convivência perfeita. A sociedade perfeita é dotada de *segurança pública* total, na medida em que todos os indivíduos estão absolutamente seguros.¹⁶

¹⁶ Ao falar sobre “as gerações de direitos e sobre o processo histórico de ampliação do conteúdo jurídico da dignidade humana”, diz Bucci (2007) que “a necessidade do estudo das políticas públicas vai se mostrando à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais. Como se sabe, os chamados direitos humanos de primeira geração, os chamados direitos individuais, consistem em direitos de liberdade, isto é, direitos cujo exercício pelo cidadão requer que o Estado e os concidadãos se abstenham de turbar. Em outras palavras, o direito de expressão, de associação,

A sociedade real, por seu turno, pode ter maior ou menor *segurança pública*. Numa sociedade real, a maior *segurança pública* possível é aquela compatível com o equilíbrio dinâmico social, ou seja, adequada à convivência social estável.¹⁷ Não mais e não menos que isso¹⁸. Isso significa que, para se ter *segurança pública*, há que se buscar constantemente alcançar e preservar o equilíbrio na sociedade real, ou seja, é a permanente perseguição à *ordem pública*.

Para compreensão conjugada de *segurança* e *ordem públicas*, numa dimensão realista, faz-se preciso um exame aprofundado dos seus significados, o que é possível a partir da “ordem” no sistema social.

Sistema em *ordem* significa sistema com disposição de componentes, ou, mais precisamente, da relação entre estes, conveniente à consecução de um determinado fim. No sistema social, *ordem pública* é a condição necessária à convivência social com liber-

de manifestação do pensamento, o direito ao devido processo, todos eles se realizariam pelo exercício da liberdade, requerendo, se assim se pode falar, garantias negativas, ou seja, a segurança de que nenhuma instituição ou indivíduo irá perturbar o seu gozo.”

¹⁷ A pretensão de se impor um nível de *segurança pública* acima daquele compatível com o quadro social específico pode até se concretizar na aparência. Mas, na verdade, essa *segurança pública* será fictícia na medida em que exigirá que o Estado faça uso de instrumentos que comprometam a segurança jurídica do indivíduo em face do exercício exacerbado do poder.

¹⁸ Para Damásio de Jesus (2003, p. 69): “não concebemos a tese da extinção absoluta da prática dos delitos. Onde existirem seres humanos, aí estará presente o Direito e, consecutivamente, a violação a ele, materializada, dentre outras formas, no cometimento de crimes. O que entendemos suportável é uma criminalidade mínima, que não represente riscos à estrutura social.” Para Jorge da Silva (2003, p. 139): “O objetivo de qualquer política pública para a área da segurança não é acabar com a criminalidade, e sim situá-la num limite que não ameace a harmonia social e a própria ordem estabelecida. Há, pois, que buscar meios mais eficazes de conter a escalada do crime e da violência, e desenvolver formas menos traumáticas de lidar com a população, sem o que, pretendendo combater a violência, a polícia acaba contribuindo para aumentá-la, sobretudo pela revolta que acarreta quando, selecionando pessoas “perigosas” em função do nível social, da cor da pele, do local de moradia, ou por qualquer outro esteriótipo, as fere naquilo que têm de mais nobre: a sua dignidade.”

dade, ainda que essa liberdade na realidade não seja, como de fato não é, absoluta. Ela é relativa – é a liberdade *possível* – e se dá de acordo com as condições socioeconômicas de uma sociedade em estudo. Uma sociedade está em *ordem pública*, em seus múltiplos aspectos, quando a convivência social está em *equilíbrio dinâmico* com as condições socioeconômicas nela percebidas. Tal *ordem pública* não implica apenas sobrevivência da sociedade. É mais que sobrevivência: em *ordem pública*, as relações entre os membros da sociedade são marcadas pelo exercício de direitos básicos, qualquer que seja o nível socioeconômico da sociedade.

Vários são os indicadores que compõem e definem as condições socioeconômicas de uma sociedade. Entre estes indicadores, pode-se citar “economia”, “educação”, “cultura”, “comércio e serviços”, “saúde”, “participação e organização sociopolítica” e “transportes”. Tais indicadores têm a ver com o conjunto de direitos inerentes à natureza humana que não pode ser ignorado sem atentar contra esta. Quanto mais aqueles indicadores estiverem próximos do ideal, mais livres são as relações experimentadas pelos membros da sociedade.

A criminalidade também é um indicador. Sob o ponto de vista da criminalidade, diz-se que uma sociedade, dada a transversalidade e complementaridade, está em *ordem pública* quando ela, a criminalidade, é compatível e está em harmonia com as condições socioeconômicas *gerais* da sociedade. A qualidade das relações entre os membros da sociedade é considerada adequada ou apropriada quando a criminalidade alcança e é mantida naquele patamar de harmonia; na verdade, uma *zona de estabilidade*. É isso que configura “manutenção da *ordem pública*” sob o aspecto da criminalidade, e é o que se denomina por *segurança pública*. Noutros termos, o princípio básico de organização da *segurança pública*, isto é, o contexto em que ela se verifica efetivamente, é a manutenção da criminalidade numa *zona de estabilidade* que se define por *processo (fluxo)*

contínuo de harmonização oscilante com as condições socioeconômicas de determinada sociedade. A *zona de estabilidade* é identificada pela sociologia, ciência que estuda as condições sociais de formação e de exercício da liberdade. Por meio de princípios e métodos científicos, investiga a convivência social, tomando como parâmetro o concurso de condições, fatores e produtos da vida social. A sociologia reconhece, partindo do conhecimento dos indicadores socioeconômicos de uma sociedade, o patamar de equilíbrio – instável – no qual a vida social acontece de forma mais ou menos regular, delimitando uma faixa de valores máximos e mínimos para além dos quais a convivência social corre riscos. Para tanto, avalia as condições de existência e de manutenção social, bem como a organização e a estrutura dos quadros sociais.

Antes de dar continuidade à compreensão de *segurança pública*, é necessário explicar o que se entende por criminalidade. Na raiz grega, crime (verbo $\chi\rho\iota\nu\omega$) significa *separar, triar, escolher*, depois, *discernir, distinguir, julgar*, de onde *levar a julgamento*, sinônimo de *acusar* (DELMAS-MARTY, 2004, p. 75). “Criminal” designa um comportamento de afastamento, de separação com respeito às normas (Cf. DELMAS-MARTY, 2004, p. 75-76), donde criminalidade é aquele comportamento, tomado como gênero, reiterado no tempo.¹⁹

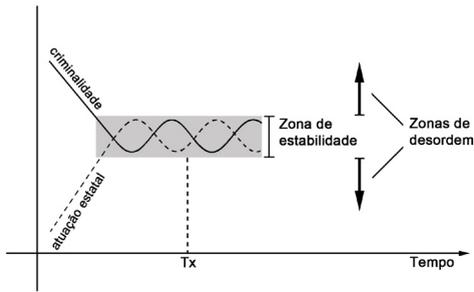
¹⁹ Delmas-Marty (2004, p. 77-78): “Sobre as noções de infração e de desvio, notaremos que foram consideradas as críticas da corrente abolicionista a respeito do termo ‘crime’, que ‘tudo falseia e nos condena a andar em círculo’, porque impõe, de certa forma, um estereótipo de política criminal – a política penal” (L. Hulsman e J. Bernat de Celis, in *Peines perdues*, já citado, Le Centurion, 1982). Por outro lado, pareceu necessário marcar – por dois termos distintos – a diferença entre as diferentes situações que a corrente abolicionista confunde pelo uso do termo único “situação-problema”, já que o desvio da normatividade que definimos como *infração* é uma noção que pode ser delimitada de forma precisa, enquanto o desvio da normalidade, que nomeamos *desvio*, implica um estado contínuo, difuso, mal delimitado. De onde vem a importância, em nossa opinião, de uma distinção que comanda a forma pela qual se delimita o espaço

Segurança pública decorre da conjugação do indicador de criminalidade com a atuação estatal por *mecanismos de realimentação*. Para uma satisfatória compreensão, a questão se põe numa sociedade hipotética da seguinte maneira: considere-se um instante inicial em que a criminalidade esteja num ponto elevado e a atuação estatal, ao contrário, seja mínima. À medida que o Estado atua respondendo à criminalidade, os valores desta reduzem até alcançar zona na qual a criminalidade esteja de acordo com as condições socioeconômicas daquela sociedade. Aquela zona recebe a denominação *zona de estabilidade*²⁰. A partir desse instante de entrada da criminalidade na zona de estabilidade, qual seja, no patamar de harmonia com as condições socioeconômicas da sociedade, o Estado continua e deve continuar agindo para *manter* o equilíbrio dinâmico por meio de *mecanismos internos de realimentação* que nada mais são que respostas de todo o sistema de *segurança pública* às informações externas – variações nos índices dos indicadores socioeconômicos – no sentido de manter a criminalidade na *zona de estabilidade*. Como a criminalidade ininterrupta e invariavelmente oscila, diz-se haver *instabilidade* mantida na *estabilidade*.

de liberdade em relação ao espaço controlado. Entretanto, no que diz respeito ao desvio à normatividade, o termo que utilizamos é *infração*, em vez de *crime*, precisamente porque esta palavra, mais neutra, não impõe o sistema penal como única resposta.

Não obstante estas considerações, assim como a renomada autora continua a fazer uso da expressão “política criminal”, utiliza-se o termo “criminalidade” no presente trabalho, seja também por sua utilização corriqueira, seja pelo seu reconhecimento internacional, ainda que seja preciso, como acentuado por Delmas-Marty (2004, p. 75), sublinhar “as evidentes fraquezas de uma fórmula ao mesmo tempo cortada da linhagem ingênua (na qual, primeiramente, é abordado o crime de sangue, homicídio), *ampliada* em relação à técnica (que opõe o ‘crime’ ao ‘delito’ e à ‘contravenção’, art. 1º CP) já citado, e *flutuante* de um autor a outro.”

²⁰ A zona de estabilidade varia de sociedade a sociedade e pode variar de local a local dentro de um mesmo Estado. Isso naturalmente decorre das condições socioeconômicas.



Como se vê no gráfico, a *ordem pública* (conjugação da criminalidade com a atuação estatal) pode ser observada como um *processo contínuo*, isto é, o desenvolvimento temporal daquela conjugação em busca da manutenção do equilíbrio dinâmico, ou pode ser *pontuada*, determinada em certo momento (*Tx*) da vida da sociedade. São duas percepções distintas. No primeiro caso, à *segurança pública* importa perceber a convivência social e a *ordem pública*, de forma que a criminalidade *flutue* na zona de estabilidade. É, portanto, uma visão contextualizada.

A visão pontual, por sua vez, é uma percepção analítica ou reducionista, que permite conhecer, desconsiderada a variável temporal, se há extrapolação dos limites da zona de estabilidade, sem que se tenha, no entanto, um conhecimento da *segurança pública* como um todo, visto que não é uma abordagem contextual.

Essa visão pontual pode ser contextualizada se a ela forem atrelados conhecimentos do todo aplicáveis à parte. Essa visão reducionista é inquestionavelmente útil e às vezes necessária, mas não pode ser interpretada como explicação completa da *segurança pública* em estudo. É uma descrição limitada e aproximada da realidade, embora, repita-se, útil, porque interessa neste caso saber se a convivência social e a criminalidade estão além das fronteiras da zona de estabilidade e colocam-se nas *zonas de desordem*. A dimensão pontual, portanto, destaca “ordem” como oposto a desordem e está indubitavelmente inserida no entendimento do que seja *ordem pública*.

No entanto, o significado de *ordem pública* vai além dessa “ordem” oposta a desordem, já que é uma visão instantânea, pontual, de um *processo histórico* que é a *ordem pública*. Se, por um lado, a *segurança pública* como um todo não pode ser entendida a partir do conhecimento da *ordem pública* ponto a ponto, por outro, a *ordem pública* em determinado momento pode ser adequadamente avaliada – isto é, com boa aproximação – se for levado em consideração todo o contexto da *segurança pública*. A avaliação adequada possibilita que o Estado acione mecanismos emergenciais de modo que a criminalidade retorne ao interior da zona de estabilidade.

Criminalidade evidentemente não é um conceito meramente quantitativo. A “qualidade” dos crimes pesa sobre a criminalidade. Hipoteticamente, em regra, uma sociedade com nenhum homicídio, mas com elevado número de furtos, é uma sociedade cuja criminalidade é “menor” que a de outra na qual há um número considerável de homicídios e poucos furtos, ainda que a soma destes dois últimos seja inferior ao total de furtos observados na primeira sociedade. Isso porque o homicídio representa risco maior para a convivência social. Portanto, quando se fala em manter a *ordem pública*, ou seja, manter a criminalidade em patamar de equilíbrio com as condições socioeconômicas de uma sociedade, leva-se em conta não apenas aspectos quantitativos, mas também qualitativos, de forma que a criminalidade é uma *variável ponderável*, isto é, a sua formação decorre da conjunção de elementos com *pesos* distintos.

A manutenção da *ordem pública* na *zona de estabilidade* implica que a *atuação estatal* não pode ultrapassar os *limites de tolerância* daquela zona tanto no limite superior quanto no inferior, salvo, como se verá, para a configuração de evoluções quantitativas e qualitativas da *segurança pública* (buscar essa evolução é obrigação do Estado). Se rompido o primeiro – o limite superior –, a atuação estatal implica risco de insegurança

jurídica aos membros da sociedade, o que pode provocar elevação da criminalidade, desta feita proporcionada pelo próprio Estado. Se isso ocorre, o uso legítimo da força pelo Estado é automaticamente convertido em ilegítimo, vez que não mais serve à manutenção da *ordem pública*. Nessa circunstância, embora possa haver redução de algum tipo de crime pela ação excessiva do Estado, crescem, em tese, os crimes para tanto praticados por agentes estatais, sendo estes mais preocupantes porque têm maior *peso*, elevando, portanto, feitas as contas, a criminalidade. Têm maior *peso* não apenas porque são manifestação do Estado absoluto, expondo a risco a liberdade e o Estado democrático de direito, liberal, mas ainda porque não há como estabelecer um limite para a ação estatal desarrazoada, especialmente porque ocorre sob fachada da legalidade. Não se admite esse tipo de ação nem mesmo quando algum setor da sociedade seja claramente beneficiado, já que um outro setor sempre sofrerá os prejuízos decorrentes da arbitrariedade. Enfim, o desequilíbrio causado pelo próprio Estado estabelece um dilema para o sistema de *segurança pública* na medida em que cabe ao Estado formular e implementar políticas de segurança pública, que, como visto, visam a manutenção da *ordem pública*, ou seja, equilibrar a criminalidade na *zona de estabilidade*. Por isso, o Estado deve estabelecer na sua estrutura mecanismos rigorosos de prevenção e reação às ações criminosas de seus agentes que, dada a gravidade dessas condutas, merecem tratamento diferenciado se comparado ao indivíduo comum, já que agem, não como cidadãos, mas como representantes do Estado.²¹

Obviamente, uma atuação estatal aquém do nível inferior da zona de estabilidade também ocasiona elevação da criminalidade, pondo a convivência social em risco. Ou seja, ao Estado não são fran-

²¹ Política de segurança pública serve, como se verá, de contenção à atividade arbitrária e criminosas por parte do próprio Estado.

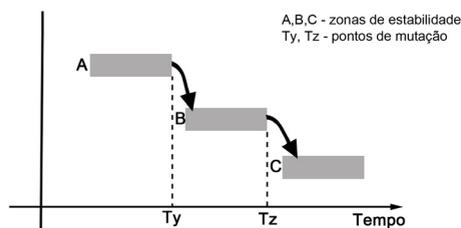
queadas ações excessivas, bem como não são admitidas a inércia e omissões. Ao agir costumeiramente numa ou noutra ponta, estará configurado o Estado pusilânime, incapaz de estabelecer políticas de segurança pública autênticas e de fazer uso de instrumentos que efetivamente operem a manutenção da *ordem pública*.

Não há que se pretender uma *ordem pública* perfeita, qual seja, livre de criminalidade. Tem-se que a *segurança pública* jamais será absoluta, e não apenas porque o Estado não pode ultrapassar o limite superior da zona de estabilidade social, já que isso se converte em criminalidade agravada, mas ainda porque nenhum Estado é capaz de aniquilar toda e qualquer prática criminosa, e porque nem todos os riscos são previsíveis, mesmo que se projete uma sociedade utópica na qual indicadores socioeconômicos sejam absolutamente ótimos.

Os *mecanismos internos de realimentação* são de duas ordens. Uma primeira diz respeito ao processo de variação oscilante da criminalidade na *zona de estabilidade*. A uma tendência de aumento da criminalidade, há uma *reação* do Estado no sentido de intensificar a sua atuação. De igual maneira, quando há uma diminuição da criminalidade, por uma atuação excessiva do Estado, ocorre uma *reação* no sentido de reduzir a intervenção estatal. A atuação do Estado, tanto num quanto no outro sentido, também pode dar-se de forma *preventiva*.

A segunda ordem de *mecanismos internos de realimentação* dá-se porque as relações entre os membros da sociedade, bem como a própria sociedade como um todo, não apenas se automantém, auto-organizam, autopreservam, mas ainda *evoluem*. Ocorre que a zona de estabilidade não é absoluta ou definitiva e poderá tender, de tempos em tempos, a evoluir no sentido da melhoria – ou da piora – das condições socioeconômicas. Nos chamados *pontos de mutação*, saltos quantitativos e qualitativos exigem uma nova forma de *funcionamento da segurança pública*, de maneira que a

criminalidade se ajuste ao novo patamar da zona de estabilidade das condições socioeconômicas.



Por intermédio da política de segurança pública, são viabilizados mecanismos internos de realimentação. Ou seja, mediante política de segurança pública, são criados meios para que a criminalidade mantenha-se na *zona de estabilidade*, bem como para que a sociedade dê saltos de qualidade e quantidade em sua *segurança pública*. O Estado, por seus órgãos, e a sociedade, como um todo, compõem o sistema de *segurança pública*. Por isso, a política de segurança pública não é um instrumento externo. O sistema de *segurança pública* – o complexo das relações de toda ordem que diga respeito à manutenção da *ordem pública* sob o ponto de vista da criminalidade – é autolimitador, autorregulador e autoperpetuador. Mas esta não é uma visão de quem está fora do sistema, mas sim de um observador posto nele, agindo sobre o sistema e sofrendo as influências dele.

Ordem pública, como aqui concebida, e, conseqüentemente, *segurança pública*, independem de definições constitucionais e não estão atreladas a qualquer corrente ideológica. A manutenção de uma “ordem”, se definida constitucionalmente de forma que não identificada com o conceito de *ordem pública*, significa *segurança* que não se pode afirmar *segurança pública* propriamente dita, ainda que a ela se dê essa denominação. Correta seria outra designação tal como “segurança coletiva”. Por outro lado, a *prestação da segurança pública* deve dar-se, esta sim, de acordo com os princípios constitucionais e ser obediente

à *ordem jurídica*, podendo a política de *segurança pública* sofrer influências e refletir uma ideologia.

Certo é que *ordem pública* não pode ser confundida com *ordem jurídica*, seja porque nem toda *ordem jurídica* se identifica com *ordem pública*, seja porque *ordem jurídica* é por vezes imprecisa, lacunosa e até mesmo contraditória, ainda que doutrinariamente contra isso se levantem argumentos, principalmente o de que *ordem jurídica* deva ser entendida como mais que ordem legal. Não bastasse isso, o caráter processual oscilante da manutenção da *ordem pública*, ou seja, da *segurança pública*, impossibilita, por inaplicabilidade de um determinismo, que *ordem pública* resulte de previsão legal. Como visto, a manutenção da *ordem pública* se dá numa *zona de estabilidade* que não é determinada juridicamente, mas identificada sociologicamente. A *política* de manutenção da *ordem pública* e a sua *execução* é que são juridicizáveis.

Segurança cidadã e ordem

A percepção reducionista limita *ordem pública* à concepção de oposição à desordem. Nesse caso, além da *segurança pública*, tomada como manutenção da ordem, faz-se preciso conceber a incolumidade das pessoas e bens, normalmente denominada *segurança cidadã*. A distinção entre *segurança pública* e *segurança cidadã* se dá nessa dimensão reducionista. Lançando-se mão de *ordem pública* na dimensão ampla ou contextualizada, aquela distinção inexistente, de modo que a *segurança cidadã* está incluída na *segurança pública*. A alteração de percepção provoca e explica desencontros doutrinários acerca de *segurança pública* e *segurança cidadã*. Cudolà (2007, p. 50-51) ressalta que, para alguns autores, as noções de *segurança pública* e *segurança cidadã* seriam praticamente equivalentes. Ocorre que a noção de *segurança pública* é mais ampla que de *segurança cidadã*, o que corresponde a dizer que dentro da *segurança pública* estaria compreendida não somente a *segurança cidadã*, mas ainda a

proteção civil e a vigilância da paz pública. Ilustrando o posicionamento de equivalência entre as duas noções, Cudolà menciona Bellosó, que atesta *serem segurança pública* e *segurança cidadã* expressões sinônimas, empregadas com o mesmo sentido na Constituição espanhola, havendo apenas uma ligeira diferença de matiz, já que *segurança cidadã* parece referir mais diretamente à segurança de cada um dos cidadãos, evitando a ideia mais abstrata que às vezes se tem de “público”. No outro sentido, isto é, o de que a noção de *segurança pública* é mais ampla, Cudolà cita Barcelona Llop a quem, entende, “convém desgarrar o conceito de segurança cidadã do de segurança pública. O segundo designa [...] um âmbito material que não coincide sempre com a atividade das Forças e Corpos de Segurança, posto que nele se incluem questões externas a ela” (CUDOLÀ, 2007, p. 50-51).²²

Quando a *ordem pública* é vista como a harmonização com as condições socioeconômicas, a sua manutenção inclui a proteção de bens e pessoas. É impossível haver *segurança cidadã* sem que haja *ordem pública*, bem como é inconcebível imaginar *ordem pública* sem que estejam respeitados bens e pessoas da sociedade.

A concepção de *ordem pública* oposta a “desordem” sofre dos mesmos problemas quando se toma *ordem pública* como “normalidade”. Enquanto os limites da “ordem” são identificáveis pela *zona de estabilidade*, ainda que não precisamente, o mesmo não se diz a respeito de “normalidade”, dado o seu caráter de extrema subjetividade e im-

²² No original: “conviene desgajar el concepto de seguridad ciudadana del de seguridad pública. El segundo designa [...] un ámbito material que no coincide siempre con la actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puesto que en él se incluyen cuestiones ajenas a ella.”

E complementa: “[...] Dicho de otra manera: si la seguridad pública desborda lo policial y la seguridad ciudadana se ciñe a lo policial, la segunda estará sin duda inserta en la primera, pero la primera desbordará los límites de la segunda para extenderse hacia otros ámbitos no propiamente policiales” (CUDOLÀ, 2007, p. 50-51).

precisão – normal nem sempre significa ser bom, desejável, adequado ou razoável, não havendo, ademais, parâmetro que estabeleça a transposição à anormalidade. De positivo nesta concepção, diferentemente de ordem em oposição a desordem, tem-se a ideia de processo e de continuidade, de modo que “normalidade” está sempre amparada em alguma referência vivenciada. Aquilo que fuja a essa referência é anormal.

A concepção de *ordem pública* como paz é ainda mais imprecisa, vez que desamparada de qualquer referência. Uma sociedade em paz não implica ser necessariamente uma sociedade livre na medida em que pode ser fruto de imposição. Uma sociedade em paz em que seus membros não usufruem de seus direitos básicos pode ser uma sociedade segura, mas definitivamente nela não há *segurança pública* na medida em que não se proporciona a liberdade.

Identificar *ordem pública* com oposição a desordem, normalidade ou paz gera frustração na medida em que a *manutenção da ordem pública* não acontece, já que desordem, normalidade e paz não são conceitos precisos. Com isso, *segurança pública* não se firma. Considerar que *segurança pública* ideal seria aquela em que os ilícitos houvessem desaparecido também é insatisfatório. Naquele quadro em que os ilícitos não mais existam comporia a *segurança pública* perfeita. Mas, postos os limites da realidade, a *segurança pública* “ideal” é aquela na qual a criminalidade é mantida na *zona de estabilidade*. Como sempre, haverá criminalidade, qualquer que seja a sociedade; a *segurança pública* ideal jamais será perfeita, a não ser que como tal se tome a *segurança pública* na qual a criminalidade seja mantida no patamar da *zona de estabilidade*.

Realmente, a ideia de *ordem pública* como situação pacífica, isto é, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que possa produzir a prática de crimes, não prevalece porque, se toda sociedade tem crimes, então não haveria sociedade em *ordem pública*. E, não havendo sociedade em

ordem pública, não haveria também que se falar em *segurança pública*. De fato, para que algo seja mantido – no caso, a *ordem pública* –, é preciso que esse algo exista, afinal, não se mantém o inexistente.

Ao se falar em *segurança pública*, não se pode postular o afastamento de todo perigo ou de todo mal que possa afetar a *ordem pública*. *Segurança pública* implica manutenção da ordem, e pode-se afirmar que ela existe mesmo quando nem todo perigo ou mal tenha sido afastado, desde que este perigo ou mal, compondo o que denomina criminalidade, esteja na *zona de estabilidade*.

Não se concebe que *ordem pública* seja uma noção que só possa ser nacional porque varia no tempo e no espaço, de país para país, e até mesmo em um país de uma época para outra. O conceito de *ordem pública* é único e não varia no tempo ou no espaço. *Ordem pública* tem o mesmo significado em qualquer país, em qualquer época. O que varia são as condições socioeconômicas que definem a *zona de estabilidade*, mas *ordem pública*, conceitualmente falando, é uma só.

Finalmente, há que se reafirmar que *ordem pública* não pode ser confundida com *ordem jurídica* e nem é esta que define a *ordem pública* em um país. Fossem *ordem pública* e *ordem jurídica* a mesma coisa, por um lado teríamos que a noção de *ordem pública* seria uma só em qualquer país, o que seria positivo sob o ponto de vista conceitual. Mas, por outro lado, teríamos de enfrentar o absurdo de se ter *segurança pública* como manutenção de uma *ordem jurídica* fruto de regimes autoritários que desrespeitem as liberdades dos cidadãos, entre elas as que decorrem das seguranças jurídica e material.

A imposição de que *ordem pública* é igual a *ordem jurídica* desde que esta *ordem jurídica* decorra de um processo democrático num Estado de direito não é satisfatória porque insuficiente. Isto é, não é satisfatória porque Estados democráticos de direito podem ter elevados déficits socioeconômicos e altos

índices de criminalidade, resultando a manutenção da *ordem pública* num processo de perpetuação de insegurança pública. Ou seja, neste caso, para *ordem pública* igual a *ordem jurídica*, depararíamos com a falta de parâmetros práticos para uma ação concreta do Estado que garantisse seguranças jurídica e material na forma de liberdade possível aos indivíduos.

3. Conclusão

Conclui-se que persiste a escassez de estudos sobre *ordem pública* observada há duas décadas. O exame das poucas concepções difundidas permite dizer que não há consenso doutrinário a respeito.

Concebendo *segurança pública* como *manutenção da ordem pública*, tem-se que os entendimentos acerca de *ordem pública* postos na doutrina não são compatíveis com a abordagem sistêmica proposta. Por meio desta, postula-se preservar a convivência social livre, com fixação de limites para a atuação estatal na repressão da criminalidade.

A noção precisa do que seja *ordem pública* se faz necessária na medida em que permite políticas de segurança pública atentas aos efeitos da extensão e intensidade das ações delas decorrentes, de forma a não comprometerem a liberdade de convivência social.

Referências

ALFONSO, Luciano P.; DROMI, Roberto. *Seguridad pública y derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

ALMEIDA, Cynthia Ract de. Diferenças entre a ordem pública interna e a ordem pública externa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 25, n. 99, p. 284-287, jul. /set. 1991.

BARDIN. *Etudes Du droit international prive*. Paris, 1919.

BERNARD, Paul. La notion d'ordre public em droit administratif. Paris, Librairie General de droit et de jurisprudence, 1962.

- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm>>. Acesso em: 26 jul. 2007.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Tomo 2. Buenos Aires: Verbete Ordem Pública, 1953.
- CALIXTO, Negi. *Ordem pública: exceção à eficácia do direito estrangeiro*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1987.
- CARDINI, Eugenio Osvaldo. *Orden publico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.
- CENZANO, José Carlos B. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.
- CORREA, Alfredo Quispe. *El orden interno, el orden jurídico y el orden público*. *Ius et Praxis*, Lima, n. 7, p. 69-78, jul. 1986.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998a.
- _____. (Coord.). *Direito administrativo da ordem pública*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998b.
- CUDOLÀ, Vicenç Aguado. *Derecho de la seguridad pública y privada*. Cizur Menor: Aranzadi, 2007.
- DANTAS, Ivo. *Da defesa do estado e das instituições democráticas na nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004.
- DUARTE, Clenício da Silva. *Mandado de segurança, suspensão de medida liminar, ordem pública*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 129, p. 289-291, jul. /set. 1977.
- FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. *Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública*. *Revista Vasca de Administración Pública*, La Rioja, n. 27, p. 9-26, 1990.
- GASPARINI, Diógenes. *Responsabilidade do poder público municipal na segurança pública em face da revisão da Constituição Federal*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 117, p. 57-66, jan. /mar. 1993.
- JESUS, Damásio Evangelista. *Segurança pública: diagnóstico e prevenção. O panorama da criminalidade a partir da realidade da cidade de São Paulo*. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Coord.). *A violência multifacetada: estudos sobre a violência e a segurança pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- KNAPP, Blaise. *Précis de droit administratif*. Edition Helbing & Lichtenhahn. Bâle et Francfort sur-Le-main. Suíça, 1980.
- LAZZARINI, Álvaro. *A ordem constitucional de 1988 e a ordem pública*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 115, p. 275-294, jul. /set. 1992.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 97, p. 133-154, jan. /mar. 1988.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.
- _____; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SILVA, Jorge da. *Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003a.
- _____. *Segurança pública e polícia: criminologia crítica aplicada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003b.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 ed. Cidade: Malheiros, 1998.
- SILVA JÚNIOR, Azor Lopes. *A repressão qualificada da criminalidade: reflexões sobre o eixo temático da 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública e proposta de um modelo de polícia orientada à solução de problemas*. Disponível em: <www.conseg.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=201&Itemid=97>. Acesso em: 04 jun. 2009.
- SOARES, Luiz Eduardo. *Novas políticas de segurança pública*. *Estudos Avançados*. v. 17, n. 47, 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4096>>. Acesso em: 28 jul. 2007.
- SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1981.
- SORIANO, Ramon. *La paz y la Constitución española de 1978*. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*. Madrid, n. 45, p. 93-123, mai. /jun. 1985.
- VÁSQUEZ, Emílio Fernández. *Diccionario de derecho publico-administrativo, constitucional, fiscal*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- WALINE, Marcel. *Droit administratif*. 9 ed. Paris: Édition Sirey, 1963.

Interpretação conforme à Constituição

A lei fundamental como vetor hermenêutico

Julio de Melo Ribeiro

Sumário

Introdução. 1. Interpretação das leis e hermenêutica. 1.1. Conceito de interpretação. 1.2. O mito da lei clara. 1.3. A diferença entre texto e norma. 1.4. Interpretação e aplicação do Direito. 1.5. Outro mito: o da única interpretação correta. 1.6. O papel da hermenêutica: racionalidade e controlabilidade. 1.7. O método sistemático e a constitucionalização do Direito. 2. Fundamentos da interpretação conforme à Constituição. 2.1. Espécie de interpretação sistemática ou técnica de controle de constitucionalidade? 2.2. Outros fundamentos da interpretação conforme. 3. Limites da interpretação conforme à Constituição. 3.1. A letra da lei como duplo limite à interpretação conforme. 3.2. A vontade do legislador. 3.2.1. *Voluntas legis* x *Voluntas legislatoris*. 3.3. Decisões corretivas e modificativas. 4. Conclusão.

Introdução

Nos últimos anos, tem-se discutido muito acerca do crescente ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. A Suprema Corte brasileira tem assumido papel de destaque na vida política do país, sendo sua a última palavra em questões importantes. Fenômeno não tão perceptível, mas que integra o mesmo processo de expansão informal das competências do Supremo Tribunal Federal, é a maneira como se tem lidado com a técnica da interpretação conforme à Constituição.

Desde suas origens americanas e alemãs, a interpretação conforme à Consti-

Julio de Melo Ribeiro é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS) e especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Foi Procurador do Banco Central do Brasil e é Advogado da União. Atualmente ocupa o cargo de assessor do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral.

tuição significa uma atitude de deferência ao Poder Legislativo. Isso porque se evita a declaração de inconstitucionalidade da lei, por existir uma interpretação compatível com a Lei Fundamental. Esse respeito ao trabalho do legislador se manifesta pela estrita observância de dois limites: a letra da lei e a vontade do legislador. Sucede que, ao negligenciar esses limites (o da vontade do legislador principalmente), o Supremo Tribunal Federal acaba, muitas vezes, por elastecer suas competências, em detrimento do Poder Legislativo.

O presente estudo, surgido na ambiência do debate político e acadêmico sobre o ativismo judicial, objetiva lançar olhos mais atentos sobre um poderoso – e pouco discutido – instrumento desse ativismo. Daí a necessidade de assentar, previamente, a natureza jurídica da interpretação conforme à Constituição (espécie de interpretação sistemática ou técnica de decisão no controle de constitucionalidade?), bem como seus fundamentos. Para só então proceder à análise dos limites da interpretação conforme à Constituição.

1. Interpretação das leis e hermenêutica

1.1. Conceito de interpretação

Para bem se compreender o instituto da interpretação conforme à Constituição, necessário observar, preliminarmente, alguns aspectos da atividade interpretativa. O primeiro deles, logicamente, é o próprio conceito de interpretação. Em que consiste o ato de interpretar?

Segundo Paulo Bonavides (2007, p. 437), a interpretação é uma “[...] operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa.” Para Inocêncio Mártires Coelho (2007, p. 3), “se o direito, como toda criação do homem, é uma forma significativa, um substrato dotado de sentido, então, a tarefa do intérprete, ao fim e ao cabo, será trazer à tona ou revelar o significado que se incorporou

a determinado objeto [...].” Nas lições clássicas de Carlos Maximiliano (2002, p. 1):

“As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.*”

Para Konrad Hesse (1992, p. 35),

“El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente ‘correcto’ a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión.”

Interpretar o Direito é, portanto, fixar o sentido e o alcance das normas jurídicas, mediante um processo racional e controlável. Normas que se veiculam, geralmente, por leis escritas. Leis que, a seu turno, valem-se da linguagem para que suas prescrições sejam amplamente conhecidas e respeitadas. Em síntese de Santi Romano (apud BONAVIDES, 2007, p. 458), “[...] a interpretação do direito é operação difícil e complexa, que constitui objeto de uma sutil doutrina e de uma delicadíssima arte.”

1.2. O mito da lei clara

Muito bem. A questão que agora se põe é a de saber se toda e qualquer norma jurídica precisa ser interpretada. Em outras

palavras, a lei clara demanda um processo hermenêutico para a fixação de seu sentido e alcance?

A resposta é afirmativa. Em primeiro lugar, por mais minudente que seja a lei, será ela formulada em termos gerais e abstratos. Isso para que cumpra sua função de regular uma multifacetada gama de fatos e relações sociais. E a linguagem geral e abstrata, ainda que muito clara, sempre suscitará controvérsia, mormente quanto a seu alcance. São palavras de Carlos Ayres Britto (2007, p. 57-58):

“Como de remansoso conhecimento, a lei em sentido material quer valer para todas as ações a que se refere e por isso é que se adorna do atributo da generalidade. Quer valer para todos os sujeitos a que se destina e por esse motivo se confere a característica da impessoalidade. Quer valer para sempre (enquanto não for revogada ou formalmente mexida, lógico) e daí o seu traço de abstratividade. Ora, querendo-se assim genérica, impessoal e abstrata – é dizer, querendo-se, *de um só cajadada*, imperante para tudo, para todos e para sempre, a lei não tem como fugir do discurso esquemático ou *clicherizador* da realidade; que é um discurso inescandivelmente simplista. Donde ter que pagar um preço por esse discurso-rótulo, e esse preço que a lei paga por incidir num tipo de comunicação verbal reducionista é a sua exposição a interpretações polisêmicas e à contínua rebeldia da vida (cambiante por natureza).”

Ademais, como anota Carlos Maximiliano (2002, p. 30-31), para saber se uma lei é clara, ou seja, se seu sentido corresponde à letra do texto,

“[...] é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mes-

ma. Para se concluir que não existe atrás de um texto claro uma intenção efetiva desnaturada por expressões impróprias, é necessário realizar prévio labor interpretativo.”

Segundo historia Carlos Maximiliano (2002, p. 27-28), a exegese em Roma não se limitava aos textos obscuros. Graças a essa largueza de visão foi que o Digesto atravessou os séculos e regeu institutos que Papiniano jamais pudera prever. Só que passou a haver um abuso. Apelava-se em demasia para o argumento de autoridade, os pareceres dos doutores substituíam os textos, as glosas tomavam o lugar da lei. Contra isso tudo, reagiu-se com a regra *in claris non fit interpretatio*. Para os grandes males, os remédios violentos.

O brocardo de que a lei clara não necessita de interpretação encontrou ressonância com o advento do Estado liberal. Com a derrocada do absolutismo, a ascensão da liberdade como valor supremo e a primazia do Poder Legislativo, porta-voz da vontade do povo (leia-se, da burguesia), a tarefa do juiz, que antes era a de repetir a vontade do soberano, passou a ser a de cumprir, rigidamente, a lei emanada do Poder Legislativo. “[...] O perfil neutro do Estado Liberal visava à preservação de um *status quo* social já estabelecido, o que contribuía enormemente para a timidez judicial na interpretação da lei. Cabia ao juiz tão-somente aplicar a lei e fazer valer os contratos celebrados entre ‘iguais’.” (COLNAGO, 2007, p. 38)

Esse panorama se alterou após o surgimento do Estado social. Estado cuja concepção é a de atuar positivamente para reduzir as desigualdades sociais. Mais do que garantir uma igualdade formal, passou a incumbir ao Poder Público a adoção de medidas concretas, inspiradas na máxima aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Daí o Poder Judiciário, nesse contexto, “[...] usufruir de uma maior liberdade interpretativa, dada a utilização, pelos novos textos constitu-

cionais, de expressões de baixa densidade semântica. [...]” (COLNAGO, 2007, p. 38)

Pois bem, a Constituição brasileira de 1988 e o ordenamento jurídico dela derivado se inserem nesse modelo de Estado Social. Atualmente, avulta a importância dos princípios e se utilizam cada vez mais os conceitos jurídicos indeterminados. Mais do que nunca se mostra verdadeira a assertiva de que toda norma jurídica, incluída a lei clara, demanda interpretação.

1.3. A diferença entre texto e norma

Fixada a ideia de que toda norma jurídica é de ser interpretada, emerge, quase que logicamente, a conclusão de que texto e norma não se confundem. A segunda é resultado da interpretação do primeiro. Conforme ensina José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1202), disposição é parte de um texto ainda não interpretado, enquanto a norma consiste num texto (ou parte dele) já interpretado. Na dicção de Humberto Ávila (2007, p. 30),

“Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.”

Ocorre que, conquanto texto e norma não se igualem, um não se desliga do outro, pelo menos no Direito de tradição romano-germânica. Nas palavras de Lenio Luiz Streck (2007, p. 318), “[...] embora a norma seja sempre o produto da atribuição de sentido a um texto, isto não significa que o intérprete – nem mesmo o Supremo Tribunal Federal – detenha o poder de atribuir qualquer sentido a um texto

jurídico. [...]” Conforme ressalta Cláudio de Oliveira Santos Colnago (2007, p. 31), “[...] o intérprete não é totalmente livre em sua atividade de formulação normativa: normas e enunciados são duas realidades distintas, mas diretamente dependentes. [...]” É verdade que o intérprete vai além do texto para alcançar a norma. Nessa tarefa, no entanto, não pode desbordar dos limites positivos e negativos do texto.¹

1.4. Interpretação e aplicação do Direito

Se a norma é resultante do processo interpretativo do texto, não se há de negar a importância do intérprete. Sem ele, o texto não se transforma em norma. Essa função eminente do intérprete no processo hermenêutico é decisiva não apenas para a obtenção do resultado da interpretação. O próprio ponto de partida depende, em larga escala, das pré-compreensões do hermenêuta. Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho (2007, p. 2), “um dos mais ricos achados da hermenêutica filosófica contemporânea foi a descoberta de que a compreensão do sentido de uma coisa, de um acontecimento ou de uma situação qualquer pressupõe um pré-conhecimento daquilo que se quer compreender. [...]” Pré-conhecimento, este, determinado pela própria personalidade do intérprete, por sua história e experiências de vida. Continua o citado autor:

“Pois bem, se observarmos todos esses ‘conselhos’ também no ensino do direito constitucional, poderemos constatar, desde logo, que a sua compreensão, embora não *determinada*, será inevitavelmente *condicionada* por fatores aparentemente aleatórios, que dirigem e modelam a nossa *visão* inicial sobre a matéria, o mesmo valendo, obviamente, para a compreensão do direito, em geral,

¹ Como se verá adiante, a letra da lei, ao tempo em que funciona como ponto de partida (e não como ponto de chegada) do processo hermenêutico, limita o campo de atuação do intérprete.

enquanto instrumento ordenador de situações existenciais que, de alguma forma, já foram vivenciadas por nós e, precisamente por isso, *guiarão* nossos passos na caminhada da reflexão.” (COELHO, 2007, p. 4)

Além de suas pré-compreensões, outros fatores condicionam a atividade do intérprete. O processo hermenêutico opera sempre dentro de um contexto jurídico, social, cultural e econômico.² Daí haver, até com certa (e, às vezes, demasiada) frequência, alteração no sentido das normas, sem modificação do texto.³ É que as relações fáticas e as peculiaridades do caso concreto, sempre cambiantes, predisõem – não de forma absoluta, esclareça-se – o convencimento do hermenêuta. Segundo Felice Baggaglia (apud BONAVIDES, 2007, p. 438), “[...] o momento da interpretação vincula a norma geral às conexões concretas, conduz do abstrato ao concreto, insere a realidade no esquema.” Para Inocêncio Mártires Coelho (2007, p. 23), “[...] pode-se dizer que as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, porque o sentido e o alcance dos enunciados normativos só se revelam, em plenitude, no momento da sua aplicação aos casos concretos.”

² Conforme relata Marcelo Neves (2001, p. 360-361), a Teoria Jurídica Estruturante de Friedrich Müller concebe a norma como uma implicação recíproca entre o programa e o âmbito normativos, sendo este último o “conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual.”

³ Essa alteração de sentido da norma, sem modificação do texto, também ocorre com a Constituição. É o que se chama de mutação constitucional. Ela certamente cumpre um importante papel de atualização da Lei Fundamental, de adaptação da norma constitucional à nova realidade fática. É preciso, no entanto, atentar para que a realidade fática não acabe por aniquilar a força normativa da Constituição. Assim adverte Konrad Hesse (1991, p. 23): “Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de

Como se vê, a interpretação ocorre no bojo do processo de aplicação do Direito. É sua etapa preliminar. Mais do que isso: não tem razão de ser senão dentro desse processo. O juiz, antes de (e para) fixar a norma de decisão numa lide, interpreta o Direito. O administrador público, antes de (e para) executar um comando normativo, procede à sua interpretação. O particular, antes de (e para) cumprir a lei, busca seu sentido e alcance.

“Interpretação e aplicação, assim, se confundiriam, na medida em que não é possível dissociar, temporalmente, a compreensão e interpretação de um texto com a sua aplicação, ainda que o intérprete não esteja a operar com um fato concreto, como observa com agudeza Lenio Streck: ‘Mesmo quando o Tribunal realiza o controle abstrato de constitucionalidade, terá em vista o campo de aplicação daquela norma’.” (ANDRADE, 2003, p. 104).

Daí as palavras de Hans Kelsen (2006, p. 387), para quem

“[...] A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. [...] na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial

uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.” Como se analisará mais à frente, a viagem do intérprete para além do texto não pode ignorar os limites postos pela letra da lei, sob pena de se retirar da própria lei (e da Constituição) sua força normativa.

ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. [...].”

Cabe, então, o seguinte questionamento: essa operação mental, que caminha da norma mais genérica até o mandamento individualizado do caso concreto, comporta mais de um resultado correto? Em outras palavras, é possível dizer que a lei tem uma única e verdadeira interpretação?

1.5. Outro mito: o da única interpretação correta

É o próprio Hans Kelsen quem responde à questão. Segundo ele, o ato de aplicação do Direito nem sempre é determinado. Às vezes, a norma superior é intencionalmente genérica, para possibilitar ao aplicador do Direito a escolha de uma solução dentro daquele quadro normativo. Outras vezes, essa indeterminação não é intencional. Ocorre quando o sentido da norma não é unívoco (KELSEN, 2006, p. 388-389). Assim, frequentemente se colocam à disposição do aplicador do Direito várias possibilidades interpretativas. Daí haver concluído o jurista da Escola de Viena que “[...] o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. [...]” (KELSEN, 2006, p. 390). Em maior ou menor amplitude, o que se tem é uma moldura que comporta algumas soluções para o caso concreto. Moldura que se determina por um ato de conhecimento e solução que se identifica mediante um ato de vontade. Ainda conforme Kelsen (2006, p. 394),

“[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela

mesma interpretação cognoscitiva. [...]”

Dito de outro modo, uma lei e, com mais razão, o texto constitucional não possuem única interpretação. Carlos Maximiliano (2002, p. 12) parece divergir dessa assertiva, ao falar que o trabalho do intérprete tem sempre cunho científico e que “[...] procura reconhecer a norma em sua verdade, a fim de aplicá-la, com acerto, à vida real.” Segundo ele, não compete ao intérprete “[...] apenas procurar atrás das palavras os pensamentos possíveis, mas também entre os pensamentos possíveis o único apropriado, correto, jurídico” (MAXIMILIANO, 2002, p. 13). Pois bem, é indubitoso que compete ao intérprete/aplicador do Direito, na resolução do caso concreto, apontar uma única solução. Do contrário, permaneceria sem resposta a questão concreta sob análise. O que defende Hans Kelsen é que essa única solução é escolhida (ato de vontade) pelo intérprete entre as possibilidades possíveis (ato de conhecimento), não havendo uma resposta correta, apropriada, que se possa encontrar cientificamente. No dizer de Marcelo Neves (2001, p. 366),

“[...] na interpretação jurídica não se trata de extrair arbitrariamente de uma infinidade de sentidos dos textos normativos a decisão concretizadora, nos termos de um contextualismo decisionista. Mas também é inaceitável a concepção ilusória de que só há uma solução correta para cada caso, conforme os critérios de um juiz hipotético racionalmente justo. A possibilidade de mais de uma decisão justificável à luz dos princípios e regras constitucionais parece-nos evidente. O problema está exatamente em delimitar as fronteiras entre as interpretações justificáveis e as que não são ‘atribuíveis’ aos textos constitucionais e legais no Estado Democrático de Direito. [...]”

Enfim, assim como o pensamento de que não se interpreta a lei clara, a ideia

de uma única interpretação correta não passa de um mito. De ordinário, todo texto jurídico suscita, em maior ou menor grau, controvérsia quanto a seu sentido e alcance. Controvérsia para a qual não existe uma resposta cientificamente verdadeira. Pode-se certificar, no máximo, que normas não se contêm num texto (e mesmo essa certeza não é absoluta).

1.6. O papel da hermenêutica: racionalidade e controlabilidade

Conforme se afirmou acima, interpretar o Direito é fixar o sentido e o alcance das normas jurídicas, mediante um processo racional e controlável. Sucede que, como também já se disse, não há como identificar, com rigor científico, a única interpretação correta de uma lei. Isso porque, ao ato de conhecimento da moldura legal (várias possibilidades interpretativas), se sucede um ato de escolha voluntária do intérprete (interpretação a ser aplicada ao caso concreto).

Para que a interpretação da lei, no entanto, não descambe para um ato inteiramente de vontade, arbitrário, é que existe a hermenêutica jurídica. Esta descobre e fixa os princípios que regem a interpretação (MAXIMILIANO, 2002, p. 1). Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho (2007, p. 6), “[...] a hermenêutica é uma atividade racional, que se ocupa com processos total ou parcialmente irracionais – como o da aplicação do direito – *da forma mais racional possível*.” Daí a importância de se estabelecerem padrões mínimos de racionalidade e controlabilidade da atividade interpretativa.

Com esse objetivo foi que surgiram os métodos tradicionais de interpretação. Enquanto o método literal, gramatical, textual ou filológico propugna pela busca do sentido e alcance da norma por meio da simples leitura do texto, o método histórico conduz o intérprete aos antecedentes da proposição legislativa. Pelo método teleológico, analisa-se o objetivo da lei, a finalidade a

que se destina. A interpretação lógica, a seu turno, segundo Paulo Bonavides (2007, p. 442), tem prolongamentos históricos e teleológicos. Por fim, o método sistemático encara a lei dentro do sistema jurídico, de maneira a que o sentido de uma norma somente se alcance pela análise de todo o ordenamento. Atualmente, e devido às especificidades da interpretação constitucional, utilizam-se também outros métodos, como o tópico-problemático, o hermenêutico-concretizador, o científico-espiritual e o normativo-estruturante. Isso sem falar nos cânones hermenêuticos identificados pela doutrina para balizar a interpretação constitucional (postulados da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição, da máxima efetividade e da interpretação conforme à Constituição).⁴

Todos esses métodos, que interagem e se complementam, visam a conferir racionalidade ao processo de interpretação/aplicação do Direito. Racionalidade, no entanto, que não é absoluta, principalmente por inexistir um método pelo qual se certifique a correção das escolhas metodológicas do intérprete. No dizer de Inocêncio Mártires Coelho (2007, p. 80),

“Em suma, desprovidos de uma teoria que lhes dê sustentação e consistência na seleção de métodos e princípios que organizem os seus acessos à Constituição – num panorama ‘desolador’, é a expressão de Raúl Canosa Usera –, os intérpretes e aplicadores acabam por escolher esses instrumentos ao sabor de sentimentos e intuições, critérios que talvez lhes pacifiquem a consciência, mas certamente nada nos dirão sobre a racionalidade dessas opções.”

Daí esse autor afirmar a importância do princípio do devido processo legal e

⁴ Sobre os métodos tradicionais e modernos de interpretação, conferir Paulo Bonavides (2007) e Inocêncio Mártires Coelho (2007).

das garantias judiciais (máxime o dever de fundamentação das decisões), pois são instrumentos de otimização do debate processual e, conseqüentemente, de controle e legitimação de seus resultados (COELHO, 2007, p. 35-36). Já que não é possível alcançar uma racionalidade absoluta com o simples manejo dos métodos criados pela hermenêutica, que sejam ao menos controláveis os resultados do processo de interpretação/aplicação do Direito.

1.7. O método sistemático e a constitucionalização do Direito

Um dos métodos de interpretação mais utilizados na atualidade é o sistemático. Para se fixar uma adequada exegese da norma, recorre-se às demais proposições jurídicas da própria lei em que se encontra o dispositivo interpretando, bem como a todas as normas do ordenamento jurídico. É nisso que constitui o método sistemático de interpretação: o sentido e o alcance de uma norma são fixados com o auxílio das demais normas do ordenamento jurídico; os textos não de ser lidos e entendidos no seu conjunto; o conteúdo de uma norma influi, às vezes decisivamente, na tarefa de precisar o próprio conteúdo de outra norma jurídica. Segundo Paulo Bonavides (2007, p. 445),

“A interpretação começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerássemos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema.”

A interpretação sistemática põe em relevo o postulado da unidade do ordenamento jurídico. Unidade que tem na Constituição o seu ponto de engate. Daí ser intuitivo afirmar que as normas constitucionais, mais do que quaisquer outras, deverão ser levadas em conta na interpretação do Direito infraconstitucional. Se o método

sistemático de interpretação visa a conferir unidade a todo o sistema jurídico, é claro que a Constituição, que funda e sustenta todo o ordenamento, exerce papel de destaque. Por que o intérprete, na busca do sentido e alcance de uma norma, colheria subsídios em toda a ordem jurídica, menos em sua lei fundamental?

A Constituição funciona, assim, não somente como parâmetro para o controle de validade das leis, mas também como vetor hermenêutico.⁵ O conteúdo das normas constitucionais é, em muitos casos, decisivo para que se ultime a interpretação de um dispositivo legal. As leis não de ser interpretadas em consonância com a Constituição. E essa consonância, nas palavras de Konrad Hesse (1991, p. 50-51),

“[...] no sólo existe allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente lugar cuando un contenido ambíguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución. Así pues, em el marco de la interpretación conforme las normas constitucionales no son solamente ‘normas-parámetro’ (*Prüfungsnormen*) sino también ‘normas de contenido’ (*Sachnormen*) em la determinación del contenido de las leyes ordinarias. [...]”

Segundo Jorge Miranda (2002, p. 659), “Trata-se, antes de mais, de conceder todo o relevo, dentro do elemento sistemático da interpretação, à referência à Constituição. Com efeito,

⁵ Rui Medeiros (1999, p. 301) enumera quatro funções do apelo à Constituição em sede hermenêutica: 1) função de apoio ou confirmação de um sentido da norma já sugerido pelos outros métodos de interpretação; 2) função de escolha entre vários sentidos que não se mostrem incompatíveis com a letra da lei; 3) função de correção dos sentidos literais possíveis; 4) função de revisão da lei, dando à Constituição um peso decisivo e superior aos outros elementos tradicionais de interpretação.

cada norma legal não tem somente de ser captada no conjunto das normas da mesma lei e no conjunto da ordem legislativa; tem outrossim de se considerar no contexto da ordem constitucional; e isso tanto mais quanto mais se tem dilatado, no século XX, a esfera de acção desta como centro de energias dinamizadoras das demais normas da ordem jurídica positiva.”

Esse fenômeno que coloca a Constituição como “centro de energias dinamizadoras das demais normas da ordem jurídica” é chamado de constitucionalização do Direito. Conforme ensina André Ramos Tavares, uma das formas de constitucionalizar o Direito é prever várias matérias no próprio texto constitucional. A outra, de que cuida este trabalho, é a Constituição se apresentar “[...] como vetor valorativo para qualquer discurso hermenêutico das leis e atos normativos em geral. [...]” (TAVARES, 2006, p. 134). Luís Roberto Barroso (2006, p. 324) chama essa última variante de filtração constitucional. Segundo ele, “a partir da passagem da Constituição para o centro, passou ela a funcionar como a lente, o filtro através do qual se deve olhar para o direito de uma maneira geral. [...] a Constituição condiciona a interpretação de todas as normas do sistema jurídico.”

Pronto! Tem-se aí a conhecida interpretação conforme à Constituição. Ela nada mais é do que uma interpretação sistemática da lei. Como assevera Rui Medeiros (1999, p. 297),

“O reconhecimento de um princípio de interpretação das leis em conformidade com a Constituição não constitui, neste contexto, uma solução estranha ou anômala [à interpretação sistemático-teleológica]. As normas constitucionais, já o sabemos, não se dirigem apenas ao legislador e não existe qualquer espécie de Muro de Berlim entre a ordem constitucional e a ordem jurídica em geral. A tradicional dicotomia constitucionalidade/

legalidade encontra-se hoje superada pela ideia de osmose Constituição/lei: os princípios da constitucionalidade e da legalidade são elementos integrantes da juridicidade, fazendo a Constituição parte da própria legalidade. Ora, em sistemas que atribuem à Constituição uma força normativa plena e o estatuto de Lei Fundamental, o elemento sistemático-teleológico não pode, à partida, dispensar o apelo à Constituição. A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste, justamente, em que toda a ordem jurídica deve ser *lida à luz dela* e passada pelo seu crivo.”

Interpretação conforme à Constituição é, portanto, em essência, uma espécie de interpretação sistemática. Interpretação que, na procura do sentido e alcance de determinado dispositivo legal, não se limita a olhar para o lado (para as demais normas infraconstitucionais), mirando também no ápice do ordenamento jurídico (na Constituição).

2. Fundamentos da interpretação conforme à Constituição

Como já se deixou claro, a interpretação conforme à Constituição em nada difere do tão conhecido método sistemático de interpretação das leis. Assim também entende Rui Medeiros (1999, p. 295-296), para quem

“[...] o princípio da interpretação conforme à Constituição, que obriga o intérprete a tomar inclusivamente em consideração os princípios constitucionais na tarefa de interpretação de toda e qualquer norma infraconstitucional, material ou procedimental, não constitui um corpo estranho na metodologia jurídica, apresentando-se como simples concretização da *interpretação sistemático-teleológica*. [...]”

Daí concluir esse jurista português, acertadamente, que o fundamento último da interpretação conforme à Constituição se confunde com o próprio fundamento do método de interpretação sistemático-teleológico. Método que, por sua vez, lastreia-se nos postulados da supremacia da Constituição e da unidade do ordenamento jurídico.

2.1. *Espécie de interpretação sistemática ou técnica de controle de constitucionalidade?*

Não é o que pensa, entretanto, parte da doutrina e da jurisprudência nacional e estrangeira. Aloysio Vilarino dos Santos (2008), André Ramos Tavares (2006), Clèmerson Merlin Clève (2000), Eduardo Fernando Appio (2002), Gerson dos Santos Sicca (1999), Inocêncio Mártires Coelho (2007), Jorge Miranda (2002), Luís Roberto Barroso (2006), Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez (2003), Silvio Luiz Maciel (2005) e Zeno Veloso (2003), por exemplo, compreendem a interpretação conforme à Constituição como técnica de controle de constitucionalidade, e não como simples regra de interpretação. O Tribunal Constitucional alemão, segundo relata Cláudio de Oliveira Santos Colnago (2007, p. 93), enxerga a interpretação conforme à Constituição como uma técnica interpretativa de controle. Também o Supremo Tribunal Federal brasileiro, na Representação 1.417, julgada em 09 de dezembro de 1987, sufragou a tese de que “o princípio da interpretação conforme à Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.”

Tal entendimento se funda no postulado da supremacia da Constituição. É de ser excluída do ordenamento jurídico a interpretação que afronte a Lei Fundamental. Entre duas interpretações possíveis do texto da lei, deve-se preferir aquela que respeite a Constituição.

Como se vê, do mesmo fundamento (primazia da Constituição) se chega a con-

clusões diversas. Isso se explica porque o postulado da supremacia da Constituição tem duplo significado: é regra de colisão e critério de interpretação (MEDEIROS, 1999, p. 289). No primeiro caso, as normas constitucionais impõem sua autoridade invalidando as leis que com elas estejam em desacordo. Na segunda hipótese, a supremacia da Constituição se apresenta na medida em que a Carta Magna influi no sentido e alcance de todas as normas infraconstitucionais.⁶ A interpretação conforme à Constituição se fundamenta também no postulado da supremacia da Constituição (e, em decorrência, no da unidade do ordenamento jurídico), mas não em sua vertente de regra de colisão, que justifica o controle de constitucionalidade.⁷ A interpretação das leis em conformidade com a Constituição é critério hermenêutico segundo o qual se deve ler o Direito infraconstitucional em consonância com a Lei Maior. É expressão, portanto, do fenômeno já referido da constitucionalização do Direito ou da filtragem constitucional. Assim reconhece André Ramos Tavares (2006, p. 133-134), embora conclua de forma diversa:

“Em outras palavras, a Constituição desempenha, nessa linha, um papel de *standard interpretativo*. Quando se fala, portanto, da constitucionalização do Direito, não se está apenas querendo fazer referência à supremacia formal da Constituição. Evi-

⁶ Humberto Ávila (2007, p. 128), ao tratar da eficácia interna dos princípios, menciona sua função interpretativa. Segundo ele, “[...] O relacionamento vertical entre as normas (normas constitucionais e normas infraconstitucionais, por exemplo) deve ser apresentado de tal forma que o conteúdo de sentido da norma inferior deve ser aquele que ‘mais intensamente’ corresponder ao conteúdo de sentido da norma superior. [...]”

⁷ Cláudio de Oliveira Santos Colnago (2007, p. 130) critica o entendimento de que a interpretação conforme à Constituição se funda no postulado da supremacia da Constituição. Isto porque, sob essa ótica, as decisões interpretativas teriam o mesmo fundamento do controle de constitucionalidade, que justifica a declaração de inconstitucionalidade. Ocorre que este autor parece não haver atentado para a dupla significação do postulado da primazia da Lei Maior.

dentemente que é ela um pressuposto necessário. Sem se admitir que as leis e todos atos [*sic*] normativos devem conformação à Constituição (uma das dimensões da supremacia da Constituição), não haveria como falar em constitucionalização do Direito.”

Dessarte, importante ter em mente a diferença entre o papel da Lei Fundamental como vetor hermenêutico e sua função de controle de normas. No primeiro caso, a Constituição atua, juntamente com as demais normas do ordenamento jurídico, no processo de interpretação da lei; a Carta Magna auxilia o intérprete a fixar o sentido e o alcance do texto legal. No segundo caso, diferentemente, o sentido e o alcance da norma já foram definidos, funcionando a Constituição como parâmetro de controle; diante da(s) prescrição(ões) normativa(s) do texto legal, verifica-se sua compatibilidade vertical com a lei de hierarquia superior.

Todo processo de controle de normas se desenrola, ainda que involuntária e imperceptivelmente, por etapas. Primeiro se interpretam as normas controladas, fixando-se seu sentido e alcance. Busca-se saber o que a lei regulou, como regulou e em que extensão. Também a Constituição é objeto de atividade interpretativa. Somente após se conhecerem os conteúdos das normas-objeto e das normas-parâmetro é que se verifica a compatibilidade daquelas com estas. Sem antes saber o que a lei diz, não se pode fazer controle de constitucionalidade. Nas palavras de Zeno Veloso (2003, p. 169), “[...] a interpretação, portanto, é pressuposto, operação prévia do processo em que se pretende investigar se determinado preceito normativo está ou não em harmonia com seu modelo obrigatório e supremo.” Segundo Rui Medeiros (1999, p. 335),

“[...] De facto, o confronto entre a lei e a Constituição exige, sempre, o prévio esclarecimento do sentido do preceito legal objecto de fiscalização. Não se esqueça, com efeito, que o juízo de inconstitucionalidade é sempre

(salvo o da inconstitucionalidade por omissão) um juízo de incompatibilidade entre uma norma ou princípio constitucional e uma *norma infraconstitucional* (...). Isso implica necessariamente uma tarefa de interpretação, não apenas da Constituição, mas também da norma infraconstitucional em causa. [...]”

Pois bem, a interpretação conforme à Constituição se dá, por inteiro, na primeira fase. O cotejo que se faz entre o texto constitucional e a lei tem o propósito de precisar o conteúdo desta última. É que, nas palavras de Humberto Ávila (2007, p. 131), “[...] a direta ou indireta ‘recondutibilidade’ (*Zurückführbarkeit*) de uma norma a um princípio superior [...] faz com que todas as normas obtidas por meio de uma vinculação sintática ou semântica incorporem o mesmo significado jurídico da norma superior. [...]” A Constituição e todas as normas do sistema jurídico são levadas em conta, numa verdadeira interpretação sistemática. Aqui ainda não se pode falar em controle de constitucionalidade, pois nem se conhece a norma a ser controlada. O confronto posterior entre lei e Constituição, aí sim, visa à checagem da validade do diploma legal.

O pensamento de que a interpretação conforme à Constituição é técnica de controle de constitucionalidade tem uma explicação histórica. É que ela despontou na seara jurídica por meio de decisões de Tribunais Constitucionais, em processos de controle de constitucionalidade. Nos Estados Unidos, por exemplo, as decisões interpretativas da Suprema Corte surgiram com a doutrina da evitação (*avoidance doctrine*), pela qual a Corte deve ser comedida na hora de declarar uma lei inconstitucional. Também na Alemanha, a interpretação conforme à Constituição surgiu para evitar a declaração de inconstitucionalidade. E o Supremo Tribunal Federal brasileiro, sob nítida influência alemã, seguiu o mesmo caminho (COLNAGO, 2007).

Ocorre que a interpretação da lei em conformidade com a Constituição tem lugar não somente quando em jogo uma declaração de inconstitucionalidade. Como afirma Rui Medeiros (1999, p. 290), “[...] o recurso à interpretação conforme à Constituição também se justifica nos casos em que nenhuma das interpretações possíveis da lei conduz à sua inconstitucionalidade. Fala-se, por vezes, a este propósito, em *interpretação orientada para a Constituição*. [...]” É que, da polissemia do texto legal, podem resultar uma norma constitucional e outra *mais constitucional*. Noutro dizer, o intérprete do Direito pode estar diante de normas igualmente constitucionais, cabendo-lhe aplicar aquela que, no caso concreto, realiza em maior grau a Constituição.⁸

Ademais, não só o Poder Judiciário interpreta as leis e a Constituição. O administrador público, para desempenhar sua tarefa, procede à interpretação das normas jurídicas, sendo necessário que o faça em conformidade com a Lei Maior.⁹ Também os particulares interpretam a lei para cumpri-la. E é salutar que, em caso de dúvida, sigam uma interpretação da lei conforme à Constituição. Como afirma Jorge Miranda (2003, p. 42), “todo o tribunal e, em geral, todo o operador jurídico fazem interpretação conforme à Constituição. Quer dizer: acolhem, entre vários sentidos *a priori* configuráveis da norma infraconstitucional, aquele que lhe seja conforme ou mais conforme [...]”

⁸ A interpretação conforme à Constituição não é exclusividade dos processos de controle de constitucionalidade em abstrato. Essa técnica de interpretação também é comum na jurisdição ordinária e não implica uma declaração de inconstitucionalidade.

⁹ A própria Constituição brasileira de 1988 criou órgão incumbido, entre outras funções, de prestar consultoria jurídica ao Poder Executivo da União (art. 131 da CF). Trata-se da Advocacia-Geral da União, cuja lei orgânica (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) estabelece, no inciso X de seu art. 4º, ser atribuição do Advogado-Geral da União “fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal”.

Daí concluir que a interpretação conforme à Constituição, em que pese o respeitável entendimento em contrário, não configura uma técnica de decisão no controle de constitucionalidade, embora com ela se assemelhe, principalmente quando utilizada num processo de controle abstrato de normas.¹⁰

2.2. Outros fundamentos da interpretação conforme

Além dos postulados da supremacia da Constituição e da unidade do ordenamento jurídico, outros fundamentos se colocam a justificar a interpretação conforme à Constituição. Um deles é a *presunção de constitucionalidade das leis*. Na dúvida quanto à interpretação de uma norma, deve-se entender que o legislador não quis afrontar o texto constitucional. Nas palavras de Rui Medeiros (1999, p. 291), “[...] trata-se de uma espécie de benefício da dúvida que se deve conceder a todo o legislador democraticamente eleito e presumivelmente fiel ao texto fundamental.” É o que se chama de *favor legis* ou *favor legislatoris*.

Também o postulado da *conservação de normas* ou *máximo aproveitamento dos atos normativos* é invocado como fundamento da interpretação conforme à Constituição. Segundo ele, sempre que possível, deve-se preferir a manutenção da norma no ordenamento jurídico, dando-se à lei um sentido compatível com a Constituição. Esse fundamento se conecta com um outro: o da *segurança jurídica*. É salutar que se evite o vazio normativo decorrente da expulsão da norma do ordenamento jurídico, bem como a insegurança gerada pela eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade.

Há que se referir ainda ao princípio da *harmonia entre os Poderes*. Como constata Cláudio de Oliveira Santos Colnago (2007, p. 59),

¹⁰ Essa confusão se dá, principalmente, porque os resultados práticos da interpretação conforme à Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto parecem ser os mesmos. Apenas parecem, no entanto.

“[...] a pronúncia da inconstitucionalidade de uma lei, ainda que não represente em indevida intervenção de um Poder sobre o outro, traz consigo a aptidão para instalar um tensionamento entre Judiciário e Legislativo, já que o primeiro estará interferindo sobre a atividade primordial do segundo. A questão se agrava com a constatação de que os representantes do Legislativo são democraticamente legitimados pelo voto, o que não ocorre com o Judiciário.”

Pois bem, uma decisão interpretativa, em lugar de uma declaração de inconstitucionalidade, constitui uma intervenção menor do Poder Judiciário no trabalho do Poder Legislativo. A interpretação conforme à Constituição funcionaria, portanto, como uma forma de suavizar a tensão entre Poderes.¹¹

Esses fundamentos, embora deem resposta satisfatória à maioria dos casos de interpretação conforme à Constituição, deixam algumas situações a descoberto. A presunção de constitucionalidade das leis, por exemplo, não lastreia a interpretação conforme à Constituição das leis pré-constitucionais, já que não se pode presumir que o legislador quis respeitar um texto inexistente à época da edição da lei.¹² Não

há que se falar, por sua vez, em conservação de normas quando não esteja em jogo interpretação inconstitucional.

As razões de segurança jurídica também já perderam um pouco de sua utilidade. Sendo possível ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, “restringir os efeitos [da] declaração [de inconstitucionalidade] ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, desnecessário salvar uma lei inconstitucional, mediante uma forçada decisão interpretativa, apenas para evitar o vazio normativo ou o indesejado desfazimento de atos e situações consolidados. Por fim, a interpretação das leis em conformidade com a Constituição é uma verdadeira *faca de dois gumes* no que concerne ao princípio da harmonia entre os Poderes. Ao mesmo tempo em que, se bem utilizada, arrefece a tensão entre os Poderes Judiciário e Legislativo, pode acirrar ainda mais o embate institucional, caso não se atenha a seus limites.

3. Limites da interpretação conforme à Constituição

Os limites da interpretação conforme à Constituição não diferem, substancialmente, daqueles com que se defronta a interpretação jurídica em geral. A grande questão continua sendo a de precisar os espaços de atuação do legislador e do intérprete. Até que ponto o intérprete pode avançar em sua construção hermenêutica sem se transformar em legislador?

Como já se destacou acima, toda lei demanda interpretação, não se confundindo o texto com a norma. Conforme já se assentou linhas atrás, o intérprete participa criativa-

em inconstitucionalidade superveniente, exatamente porque não se pode exigir do legislador fidelidade a um texto constitucional futuro. Nesse sentido é a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (ADI 2, Rel. Min. Moreira Alves).

¹¹ Segundo Cláudio de Oliveira Santos Colnago (2007, p. 132), “[...] as decisões interpretativas justificam-se em razão da necessidade de harmonia entre os Poderes e busca pela estabilidade necessária ao Estado de Direito [...]”. Diz ele que, “[...] para a obtenção de tais resultados, porém, torna-se imprescindível partir de uma posição de autocontenção judicial para um estágio final em que se aplicam altas doses de ativismo na interpretação dos enunciados legais perante a Constituição, razão pela qual a discricionariedade do Supremo Tribunal Federal também surge como fundamento para a utilização das decisões interpretativas.” Não parece adequado o manejo da decisão interpretativa como instrumento de desenfreado ativismo judicial. Como se verá no tópico seguinte, a interpretação conforme à Constituição está adstrita a limites que não se devem ultrapassar.

¹² Perceba-se, a propósito, que o descompasso entre lei anterior e Constituição posterior se resolve na mera revogação daquela por esta. Não há que se falar

mente do processo de aplicação do Direito. Isso não faz dele (intérprete), no entanto, um legislador. Há duas importantes balizas a serem conjugadamente observadas: a) o texto da lei; b) a vontade do legislador. A Corte Constitucional alemã, em decisão de 11 de junho de 1958, já identificava como limites evidentes da interpretação conforme à Constituição o sentido claro do texto e o fim contemplado pelo legislador (BONAVIDES, 2007, p. 522).

3.1. A letra da lei como duplo limite à interpretação conforme

É comum se afirmar que a interpretação das leis em conformidade com a Constituição somente tem lugar quando o texto legal é polissêmico, plurissignificativo. Também se diz com frequência que não é dado ao intérprete ignorar o texto, atribuindo-lhe um significado arbitrário e operando malabarismo com as palavras. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (1993, p. 9-39), a expressão literal assume dupla função: sua plurissignificatividades permite que se proceda à interpretação conforme à Constituição, mas, ao mesmo tempo, constitui um limite à atividade do intérprete. Como explicar esse aparente paradoxo, segundo o qual o texto cuja imprecisão dá ensejo à interpretação conforme à Constituição limita essa mesma interpretação?

A resposta está em que o texto é, concomitantemente, ponto de partida e baliza do processo interpretativo. Como afirma Marcelo Neves (2001, p. 360), ao comentar a teoria jurídica estruturante de Friedrich Müller, a norma resulta da implicação recíproca de dados primariamente linguísticos (programa normativo) e de dados da realidade (âmbito normativo). Pois bem, toda interpretação jurídica começa pela análise dos dados linguísticos.¹³ Dados que já pos-

suem um significado *a priori*, incorporado pelo uso comum e técnico da linguagem. Daí se dizer que a letra da lei é um ponto de partida.

Não é, entretanto, necessariamente, um ponto de chegada. Isso porque ao programa normativo se incorporam elementos empíricos (pré-compreensões do intérprete, contextos jurídico, social, cultural e econômico) que moldam a melhor aplicação do Direito ao caso concreto. Ao final desse processo, tem-se não mais um significado *a priori* da lei, mas a(s) própria(s) norma(s) jurídica(s). Acontece que a incidência do âmbito normativo não pode quebrantar a conexão da(s) norma(s) com o texto. Daí se dizer que a letra da lei funciona como baliza interpretativa.

Em suma, o texto delimita positivamente o espaço de movimentação do intérprete e atua, negativamente, para impedir que se chegue a uma norma sem a mínima recondutibilidade nele (no texto). Ensina José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1220) que

“O programa normativo tem uma *função de filtro* relativamente ao domínio normativo, sob um duplo ponto de vista: (a) como limite negativo; (b) como determinante positiva do domínio normativo. Esta função de filtro do programa normativo significa ser ele que separa os factos com efeitos normativos dos factos que, por extravazarem desse programa, não pertencem ao sector ou domínio normativo (função positiva do programa normativo). Além disso, como o programa normativo é obtido principalmente a partir da interpretação dos dados linguísticos, deduz-se o *efeito de limite negativo do texto da norma* (TN): prevalência dos elementos de concretização referidos ao texto

¹³ Assim dispõe José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1215): “[...] independentemente do sentido que se der ao elemento literal (=gramatical, filológico), o processo concretizador da norma da constituição começa com a *atribuição de um significado* aos enun-

ciados linguísticos do texto constitucional.” Também Jorge Miranda (2002, p. 650-651) afirma que “[...] só através dela, a partir da letra, mas sem parar na letra, se encontra a norma ou o sentido da norma. [...]”

(gramaticais, sistemáticos) no caso de conflito dos vários elementos de interpretação. Consequentemente, o espaço de interpretação, ou melhor, o *âmbito de liberdade de interpretação* do aplicador-concretizador das normas constitucionais, tem também o texto da norma como limite: só os programas normativos que se consideram compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como resultados constitucionalmente aceitáveis derivados de interpretação do texto da norma. [...].”

A interpretação conforme à Constituição sofre, portanto, essa dupla limitação. Quando o significado preliminar dos signos linguísticos não for dúbio, nem surgir essa dubiedade com a consideração dos elementos empíricos,¹⁴ inviável o manejo da interpretação conforme à Constituição. Nas lições de Canotilho (2003, p. 1227), “[...] a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (=espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas [...].”¹⁵ Foi

¹⁴ A polissemia que dá ensejo à interpretação da lei em conformidade com a Constituição pode resultar da própria generalidade ou equivocidade dos signos linguísticos (princípios e conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo). Um texto aparentemente claro, conciso e coerente, no entanto, também pode ensejar dúvida, quando confrontado com os dados da realidade. Um texto unívoco hoje pode não sê-lo amanhã. Exemplo disso se encontra na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, em que o Supremo Tribunal Federal discute se as descrições típicas dos arts. 124 e 126 do Código Penal abrangem a interrupção da gravidez de feto anencefálico. A leitura desses dispositivos legais, na década de 40 do século passado (quando, inclusive, era impossível detectar essa anomalia fetal), certamente não daria ensejo à interpretação conforme à Constituição. Hoje, porém, sob o influxo de uma sociedade moderna, num contexto jurídico em que se privilegia o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais (entre eles a liberdade e saúde da gestante), esse mesmo texto gera controvérsia. O Ministro Carlos Ayres Britto, por exemplo, vislumbrou três possibilidades hermenêuticas.

¹⁵ O autor complementa este excerto dizendo que, das propostas interpretativas, umas estão “em conformidade com a constituição e [...] devem ser preferidas,

o que também sufragou o Supremo Tribunal Federal na ADI 1.344-MC, ao assentar, no caso, a “impossibilidade [...] de se dar interpretação conforme à Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco [...]” (BRASIL, 1996)

Por fim, não cabe ao intérprete forçar uma polissemia que não tenha referência, pelo menos mediata, no texto da lei (princípio da exclusão da interpretação conforme à Constituição *contra legem*) (CANOTILHO, 2003, p. 1227). É como ensina Konrad Hesse (1992, p. 49): “[...] Para una interpretación constitucional que parte de la primacía del texto constituye este último el límite infranqueable de su actuación. Las posibilidades de comprensión del texto delimitam el campo de sus posibilidades típicas. [...]” Tão equivocado quanto conferir à lei (e ao legislador) uma aura de sacralidade é defender a figura do juiz soberano.

3.2. A vontade do legislador

O outro limite da interpretação conforme à Constituição é a vontade do legislador. Não basta que a letra da lei permita várias interpretações. É mister que não se deturpe a finalidade claramente reconhecível da norma. No dizer de Canotilho (2003, p. 1227),

“[...] a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente reconhecível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador.”

e outras [estão] em desconformidade com ela [...]” Sucede que, embora não seja a hipótese mais comum, a interpretação conforme à Constituição pode envolver apenas interpretações constitucionais.

3.2.1. *Voluntas legis* x *Voluntas legislatoris*

Quando se fala em vontade do legislador como limite à interpretação conforme à Constituição, quer-se referir à vontade subjetiva daqueles que participaram do processo legislativo ou à vontade objetiva plasmada na lei?

Essa questão remonta à disputa entre subjetivistas e objetivistas na teoria da interpretação. Conforme sintetiza Paulo Bonavides (2007, p. 452), para a corrente subjetivista, “[...] a nota interpretativa dominante se voltava sempre para o legislador de preferência à lei. Tratava-se de um agudo esforço por determinar a *mens legis*, entendida como a vontade oculta do autor da proposição normativa, vontade que ao intérprete incumbiria revelar com fidelidade [...]” Por outro lado,

“A tese básica da corrente objetivista gira, no dizer de Karl Engisch, ao redor da lei, do texto, ‘da palavra que se fez vontade’. A lei que se desprende do legislador não só se formula como adquire autonomia para seguir com seu conteúdo um curso autônomo, amoldando-se, na totalidade e unidade do sistema jurídico, àquelas exigências impostas segundo as circunstâncias e as necessidades do processo de evolução do direito.” (BONAVIDES, 2007, p. 454)

O Tribunal Constitucional alemão, segundo Konrad Hesse (1992), adota a teoria objetiva da interpretação. Para aquela Corte, o que importa é a vontade objetiva do legislador manifestada por meio do preceito legal, tal como se deduz do texto e do contexto. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal historicamente privilegiou a vontade subjetiva do legislador. Na Representação 1.417, julgada em 09 de dezembro de 1987, isso fica bastante claro com as reiteradas remissões aos pronunciamentos dos parlamentares no processo legislativo. Na ADI 3.046, de 15 de abril de 2004, afastou-se a interpretação conforme à Constituição

exatamente porque o objetivo da lei era claramente contrário à interpretação que se lhe pretendia conferir. Casos houve, no entanto, – e é, aparentemente, uma tendência atual do Supremo Tribunal Federal – em que se deixou essa vontade de lado, partindo-se para decisões que espelham um questionável ativismo judicial (ADI 2.652, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI 2.209, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI 2.596, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, entre outros).

O que importa, então: a *voluntas legis* (teoria objetivista) ou a *voluntas legislatoris* (teoria subjetivista)? Quando se cogita da vontade do legislador como limite à interpretação conforme à Constituição, parece mais correto se tratar da vontade subjetiva. Não se está a dizer (como pregava a Escola francesa da Exegese) que o sentido e o alcance da norma jurídica se revelam, única e exclusivamente, pela vontade subjetiva do legislador, nem que a tarefa principal seja essa. Explique-se:

Não há dúvida de que a lei, uma vez editada, (a) adquire autonomia, (b) pode regular situações nunca imaginadas pelo legislador, (c) adapta-se às transformações da realidade e (d) sofre a influência das concepções do intérprete. Afinal de contas, a aplicação do Direito se dá no presente. Ocorre que a pesquisa da vontade objetiva da lei, exatamente por girar em torno do texto, “da palavra que se fez vontade”, insere-se quando da análise do programa e âmbito normativos (conceitos já referidos no item anterior). É dizer: o reconhecimento da letra da lei como limite à interpretação conforme à Constituição já contempla a corrente objetivista da interpretação.

Por isso que, quando se fala em vontade do legislador como outro limite à interpretação da lei em conformidade com a Constituição, deve-se entender a vontade subjetiva. A questão é a de saber se se respeitará o querer subjetivo do legislador, quando se possa claramente identificá-lo. Helmut Michel (apud BONAVIDES, 2007, p. 521) bem captou essa problemática:

“Os partidários da teoria subjetiva entram em conflito com o mandamento da interpretação conforme a Constituição na medida em que devem decidir se a despeito – segundo sua concepção – da necessidade de acatar-se a vontade do legislador se permita uma correção do resultado da interpretação, quando essa vontade for anticonstitucional. Os partidários da teoria objetiva, ao contrário, não devem ter dúvidas, se eles, apesar da – segundo sua concepção – omissibilidade da vontade do legislador, admitem (ainda) a interpretação conforme a Constituição, quando a vontade identificável das pessoas que participaram no processo legislativo exigiria uma interpretação contra a Constituição. Em qualquer das hipóteses, trata-se de determinar se mediante a interpretação conforme a Constituição, em virtude da especial problemática jurídico-constitucional, a vontade do legislador excepcionalmente (teoria subjetiva) ou com maior razão (teoria objetiva) pode ser negada. [...]”

O aplicador do Direito deve ler o texto, incluí-lo num contexto jurídico e social, buscar sua finalidade e razão de ser atuais (vontade objetiva). Sucede que, não raramente, esse processo conduz a mais de uma possibilidade hermenêutica. Pois bem, nesse caso, a investigação do processo legislativo, dos motivos da lei, dos debates parlamentares, das publicações oficiais, enfim, da *occasio legis*, será de grande importância. Em se identificando o propósito de quem elaborou a lei, inviável se tornará a interpretação em sentido contrário, ainda que a título de conformar a lei com a Constituição (neste caso, restará ao juiz a declaração de inconstitucionalidade da norma). Mesmo às leis pré-constitucionais se aplica esse raciocínio. É certo que, quanto mais o tempo passa, mais peso se atribui aos elementos objetivos. Também verdadeira, porém, é a assertiva de que não cabe

ao juiz modificar a lei, mesmo editada sob um regime anterior.

Rui Medeiros (1999, p. 312) reconhece a indispensável vinculação do intérprete às intenções legais e às opções do Poder Legislativo, ao dizer que

“[...] O apelo à Constituição em sede de interpretação em sentido estrito não pode, neste sentido, contrariar a letra e a *intenção claramente reconhecível do legislador* ou, numa versão mais restritiva, a intenção que está subjacente à tendência geral da lei ou às opções fundamentais nela consagradas.”

E não se argumente, como o fazem Carlos Maximiliano (2002, p. 21-23), Eduardo Fernando Appio (2002, p. 30) e André Gustavo Corrêa de Andrade (2003, p. 110), que a vontade subjetiva do legislador é de difícil precisão. Não se nega que o seja.¹⁶ No entanto, quando essa vontade for claramente perceptível, não pode o juiz dar à lei interpretação conforme à Constituição para sufragar um sentido contrário, sob pena de se transformar em legislador. A interpretação conforme à Constituição somente se coloca quando, após a análise da letra da lei e da vontade do legislador, a dúvida hermenêutica permanece.

Quando não for possível, contudo, fixar, com alto grau de precisão, a intenção do legislador, não fica o juiz impedido de utilizar a interpretação conforme à Constituição (foi o que se deu, por exemplo, no julgamento da ADI 1.946 pelo Supremo Tribunal Federal). Assim afirma Cláudio de Oliveira Santos Colnago (2007, p. 143):

“[...] Se, por um lado, deve-se presumir que o legislador não quis criar uma lei inconstitucional, por outro lado esta presunção é relativa e deve ser possível infirmá-la, *desde que a análise do processo legislativo permita inferir de forma segura que o legislador*

¹⁶ Até porque também a vontade objetiva não é de fácil apreensão.

quis de fato produzir uma norma que seria incompatível com a Constituição.

De fato, em situações como tal, o Judiciário não tem motivos para se autoconter, pois o legislador trai a confiança a ele conferida ao manifestar uma vontade de ferir a Constituição. Inexistindo dúvidas acerca disso, deve-se pronunciar a inconstitucionalidade da lei, já que adaptá-la para que se apresente em conformidade com a Constituição importaria em criar uma norma não desejada pelo Poder Legislativo e, como tal, usurpar função essencial daquele Poder.

Por outro lado, esta limitação só tem sentido quando seja possível chegar a uma conclusão uniforme e segura da interpretação do processo legislativo. Caso, todavia, a interpretação dos fatos ocorridos quando da formação da lei permita conclusões díspares acerca da real vontade do legislador, não se deve obstaculizar a decisão interpretativa, visto que neste caso não haverá, em último caso, violação do dogma da Separação de Poderes.” (grifo nosso)

3.3. Decisões corretivas e modificativas

Como já se disse, os limites da interpretação conforme à Constituição visam precisar os espaços de atuação do legislador e do intérprete. E, como é facilmente perceptível, resolvem a questão em benefício do primeiro. Isso porque há uma preferência do Poder Legislativo como órgão concretizador da Constituição. Segundo Paulo Bonavides (2007, p. 523),

“[...] na medida em que o método [da interpretação conforme à Constituição] confessadamente se emprega para manter a lei com o máximo de constitucionalidade que for possível nela vislumbrar, em face de situações ou interpretações ambíguas, não resta dúvida de que ele não só preserva o princípio da separação de poderes

como reconhece ao legislador uma posição de hegemonia no ato da concretização constitucional, o que está de todo acorde com o princípio democrático encarnado no legislativo.”

Num Estado Democrático de Direito, em que “todo o poder emana do povo” (parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira de 1988), é natural que a tarefa de concretização da Carta Magna incumba, preferencialmente, ao Poder que mais reflete a diversidade cultural, econômica e ideológica do povo. Em razão dessa primazia do Poder Legislativo, impõe-se enxergar os limites da interpretação conforme à Constituição (letra da lei e vontade do legislador) como um freio a eventuais abusos dos Poderes Executivo e Judiciário. Toda vez que se desrespeitarem esses limites, em xeque se colocará o princípio da separação dos Poderes, cláusula pétrea do sistema constitucional brasileiro (inciso III do § 4º do art. 60 da CF).

Questão delicada, no entanto, é a de saber se cabível a interpretação conforme à Constituição quando o texto da lei e a vontade do legislador apontarem em sentidos diversos. Se, por exemplo, o legislador quis, claramente, regular dada matéria de uma forma e o texto, por um erro material, não reflete essa vontade, cabe ao intérprete proceder à correção?

A resposta é de ser positiva. Como dito acima, os limites da interpretação conforme à Constituição devem atuar conjugadamente. Quando houver discrepância entre a vontade do legislador e a expressão verbal da lei, “[...] tem de aceitar-se como possível investigá-la a partir de outras fontes que não a expressão verbal da própria norma, na medida em que possa presumir-se que esta não corresponde à vontade de quem estabeleceu a norma” (KELSEN, 2006, p. 389). É o que se dá, sem maiores contestações, na interpretação dos negócios jurídicos, afirmando o art. 112 do Código Civil que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do

que ao sentido literal da linguagem.” Na interpretação da lei em conformidade com a Constituição, ocorre o mesmo: se for possível identificar com clareza a vontade do legislador, atender-se-á mais a essa intenção do que ao sentido literal da linguagem.

Rui Medeiros (1999, p. 305) aceita a interpretação corretiva da lei, desde que atendidos pressupostos especiais. Segundo ele,

“[...] Os sentidos literais possíveis não constituem, *de per se*, limites à interpretação *lato sensu* correctiva da lei, porque, nesta sede, à letra se pode preferir o sentido que a letra traiu. A concepção hoje largamente dominante considera, na realidade, que importa mais o fim e a razão de ser do preceito do que o respectivo sentido literal. A interpretação teleológica tem, neste contexto, um lugar de destaque. Assim, e no que toca concretamente à relação entre a interpretação teleológica e a gramatical, é geralmente aceite que o sentido e o escopo da lei devem prevalecer sobre o seu teor. [...]”

Isso não quer dizer que a interpretação das leis em conformidade com a Constituição pode contrariar o sentido inequívoco que se extrai da fórmula normativa objetivada no texto, ainda que o elemento teleológico torne mais fluido esse limite (MEDEIROS, 1999, p. 312). Muito menos significa que se admite uma interpretação modificativa da vontade do legislador. Ainda Rui Medeiros (1999, p. 316-317):

“A interpretação correctiva conforme à Constituição, no sentido restritivo aqui admitido, deve assentar na valoração de elementos que o texto, mesmo que defeituosamente, refere e, sobretudo, não pode ser contrária à posição tomada pelo legislador, ao seu querer e ao escopo que persegue (quebrando apenas os limites do seu sentido literal). [...] [...]”

A correcção da lei significa apenas correcção da letra da lei, não podendo ser realizada quando os sentidos literais correspondem à intenção do legislador ou quando o resultado que se pretende alcançar não se harmonize com a teleologia imanente à lei. Para além disso, por mais desejável que se apresente uma alteração do sistema normativo, essa alteração pertence às fontes de direito, não ao intérprete (...). Razões extremamente ponderosas de segurança e de defesa contra o arbítrio alicerçam esta conclusão. Isto já para não falar do princípio da separação de poderes. A interpretação correctiva da lei em conformidade com a Constituição não se traduz, portanto, numa revisão da lei em conformidade com a Lei Fundamental.”

Sendo assim, em hipótese alguma se deve tolerar uma decisão judicial ou interpretação empreendida pelo Poder Executivo que, a título de interpretar a lei em conformidade com a Constituição, modifique seu sentido e alcance, em detrimento da vontade democraticamente retratada no ato legislativo. Não por outro motivo é que a decisão modificativa é amplamente rejeitada pela doutrina nacional e estrangeira. Nesse sentido, ensina Canotilho (2003, p. 1311):

“[...] Se os órgãos aplicadores do direito, sobretudo os tribunais, chegarem à conclusão, por via interpretativa, de que uma lei contraria a constituição, a sua atitude correcta só poderá ser a de desencadear os mecanismos constitucionais tendentes à apreciação da *inconstitucionalidade* da lei. Daqui se conclui também que a interpretação conforme a constituição só permite a escolha entre dois ou mais sentidos possíveis da lei mas nunca uma *revisão do seu conteúdo*. [...]”

Konrad Hesse (1992, p. 52-53), ao tratar da primazia do legislador como órgão concretizador da Constituição, afirma:

“[...] Al tribunal constitucional le está vedado discutir esta primacía al legislador, pues ello acarrearía un desplazamiento de las funciones constitucionalmente encomendadas. [...] primacía que puede resultar anulada cuando el precio es excesivamente alto, cuando el contenido que, a través de la interpretación conforme, el tribunal da a la ley contiene no ya un *minus* sino un *aliud* frente al contenido original de la ley. Em este caso, el tribunal interfiere las competencias del legislador com más intensidad incluso que em el supuesto de una declaración de nulidad, puesto que es él mismo quien conforma positivamente, mientras que em el caso de declaración de nulidad la nueva conformación sigue siendo asunto del legislador. [...]”

Também Paulo Bonavides (2007, p. 519), ao discorrer sobre a interpretação conforme à Constituição, adverte que “urge [...] que o intérprete na adoção desse método não vá tão longe que chegue a ‘falsear ou perder de vista num ponto essencial o fim contemplado pelo legislador’”. Da mesma forma, Gilmar Ferreira Mendes (1993, p. 26) rechaça a decisão modificativa da lei, ao dizer que

“o princípio da interpretação conforme à Constituição não contém [...] uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei. Qualquer alteração do conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme à Constituição significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronúncia de nulidade, uma vez que esta assegura ao ente legiferante a possibilidade de imprimir uma nova conformação à matéria.”

A interpretação conforme à Constituição, portanto, como toda interpretação jurídica, não admite um resultado que altere a

norma objeto de análise (decisão modificativa), aceitando, no máximo, uma correção de flagrante erro no texto da lei (decisão corretiva). Flagrante porque em confronto com a *evidente* intenção do legislador.

4. Conclusão

A interpretação das leis e da Constituição é, sem dúvida, tarefa das mais complexas. Se é certo estar ultrapassado o entendimento de que *in claris non fit interpretatio*, não menos verdadeira é a necessidade de aplicar o Direito com o máximo possível de rigor científico, ainda que a hermenêutica e seus métodos de interpretação jurídica não forneçam racionalidade absoluta. A propósito, é conveniente relembrar que o antiquado pensamento de que o juiz é apenas a boca da lei nasceu, no passado, como resposta à exacerbação do voluntarismo dos intérpretes (MAXIMILIANO, 2002, p. 27-28).

Não se pode perder de vista que é o Poder Legislativo o órgão detentor da primazia em concretizar a Constituição. E, num Estado Democrático de Direito, é natural que essa tarefa incumba, preferencialmente, ao Poder que mais reflete a diversidade cultural, econômica e ideológica do povo. Este estudo pretendeu resgatar um pouco essa ideia, sem menoscabar, porém, a decisiva contribuição dos agentes dos Poderes Executivo e Judiciário na interpretação das leis.

Por isso o realce que se deu aos limites da interpretação conforme à Constituição. O respeito à letra da lei e à vontade do legislador é essencial para que o manejo da interpretação conforme à Constituição não implique violação ao princípio constitucional da separação dos Poderes. Limites, no entanto, que não colocam a letra da lei como ponto, ao mesmo tempo, de partida e de chegada da atividade interpretativa, nem transformam a descoberta da vontade do legislador em única – ou na mais importante – tarefa do aplicador do Direito. O

que se preconiza é que a interpretação das leis em conformidade com a Constituição não abandone a atitude de deferência ao Poder Legislativo. Para tanto, basta que se rechacem normas jurídicas sem nenhuma recondutibilidade no texto ou que estejam em confronto com a vontade do legislador, quando possível identificá-la.

Não se quis, com este trabalho, inibir o uso da interpretação conforme à Constituição. Tanto que, ao reconhecer a Lei Fundamental como ponto de engate de todo o ordenamento jurídico e caracterizar a interpretação conforme à Constituição como espécie de interpretação sistemático-teleológica (a despeito do entendimento da doutrina brasileira majoritária, que a reputa uma técnica de decisão no controle de constitucionalidade), concluiu-se pela necessidade (mais do que possibilidade) de a lei ser interpretada em conformidade com a Constituição por todos os operadores do Direito, agentes públicos dos três Poderes e particulares. Quanto mais a Constituição servir como vetor hermenêutico da legislação ordinária melhor.

Referências

- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dimensões da Interpretação Conforme a Constituição. In: *A constitucionalização do direito: a constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a constituição: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzellotti. A imprescindibilidade do uso da constituição na efetiva e justa solução dos litígios. In: *A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. In: *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.417. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 09 de dezembro de 1987. *Diário da Justiça*, Brasília, 15 abr. 1988.
- _____. _____. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.344. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 18 de dezembro de 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 abr. 1996.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHAGAS, Fernando Cerqueira. A relação entre o princípio da proporcionalidade (razoabilidade) e a interpretação conforme à constituição no estado democrático de direito. In: *A constitucionalização do direito: a constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3 ed. rev. e aument. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Compreensão e pré-compreensão, hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica*. Material da 1ª aula da Disciplina Jurisprudência Constitucional, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG, 2007.
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007.
- HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. In: *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- _____. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACIEL, Silvio Luiz. Controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a constituição. *Revista de*

Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 55-96, out./ dez. 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de nulidade da lei inconstitucional, a interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 9-39, out./ dez. 1993.

MIRANDA, Jorge. Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade. *Interesse Público*, v. 5, n. 18, p. 34-49, mar./ abr. 2003.

_____. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra Editora, 2002.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: *Direito constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Aloysio Vilarino dos. Atualização constante da interpretação constitucional. *Revista de Direito*

Constitucional e Internacional, v. 16, n. 63, p. 7-29, abr./ jun. 2008.

SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação conforme à Constituição – *Verfassungskonforme* – no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 36, n. 143, p. 19-33, jul./ set. 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, José Ribas (Coord.). Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da Jurisdição Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 40, n. 160, p. 223-243, out./ dez. 2003.

Legitimação da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública

Antonio Carlos Fontes Cintra

Sumário

Introdução. 1. Defensoria Pública como instrumento do exercício da cidadania. 2. Defensoria Pública e acesso à Justiça. 3. Defensoria Pública e sua missão. 4. A Ação Civil Pública. 5. A *ratio legis* da ampliação dos legitimados. 6. Dificuldades do sistema de tutela coletiva. 7. Inclusão da Defensoria Pública com legitimada para propor ações coletivas. 8. Fundamentos de legitimação anteriores à edição da Lei 11.448/07. 9. Argumentos em prol da limitação da atuação da Defensoria Pública. 10. ADI proposta contra a lei que legitimou a Defensoria Pública. 11. Estaria a Defensoria Pública de fato usurpando função própria do Ministério Público? 12. Posição jurisprudencial a respeito da legitimidade da Defensoria Pública. 12.1. Contrariamente à legitimidade da Defensoria Pública. 12.2. Entendimento jurisprudencial favorável à legitimidade da Defensoria Pública. Conclusão.

Introdução

O caminho a ser percorrido em ações individuais, com suas complicações e dificuldades, é insuficiente e anti-econômico. A legitimidade sobre o direito a corrigir é restrita e o resultado insatisfatório. Individualmente há desestímulo na busca da reparação porque esta seria pequena demais, não compensando o temor de perder a causa e as consequências de tal perda.

Assim, aos indivíduos resta confiar na ação governamental para a proteção de interesses difusos, pois a organização de seus

Antonio Carlos Fontes Cintra é Defensor Público do Distrito Federal, mestre pela UMESp, professor de Direito Civil e do Consumidor da Faculdade de Direito da UPIS-DF e da FOR-TIUM – preparatório para concurso.

interesses, individualmente, sofre a inferência de diversas barreiras, principalmente a carência de informação, o desestímulo do resultado a ser alcançado ou combinação de estratégias comuns.

A Ação Civil Pública surgiu como uma busca por um instrumento hábil a dar solução a danos em larga escala de difícil reparação nas esferas individuais e que acabavam criando grandes injustiças, aterramento de garantias individuais e domínio do poderio econômico, em especial nas relações de consumo.

Por sua vez, a Defensoria Pública surge na Constituição Federal de 1988 com a missão de reequilibrar as forças economicamente desiguais, garantindo-se o Estado Democrático de Direito ao assegurar o acesso à justiça até mesmo para as camadas mais pobres, desprovidas da condição de custear um processo e em especial um advogado.

Com o advento da Lei 11.448/07, o caminho do instituto e da instituição mencionados se encontram, gerando grandes polêmicas, provocando até mesmo a proposição de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (3.943 de relatoria da Ministra Carmen Lúcia) por parte da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), alegando usurpação de funções próprias do Ministério Público.

Em um Estado tão desigual como o Estado brasileiro, que ocupa o segundo lugar no ranking de diferença de distribuição de renda, atrás apenas do pobre país de Serra Leoa, devemos buscar caminhos de diminuição do impacto de tal desigualdade na realização da justiça, dentro de uma idéia tanto distributiva como equânime, capazes e ao mesmo tempo legítimos, para se garantir a igualdade de direitos dentro de um estado social e economicamente desigual. Isso deve ser buscado nas diversas esferas políticas, cabendo a nós a contribuição da análise desse novo caminho buscado pela ampliação da legitimação da Ação Civil Pública também à Defensoria, que como o instituto, também é pública.

Esse trabalho conta o encontro do instituto público com a instituição também pública, na busca do caminho da distribuição da justiça para o privado.

1. Defensoria Pública como instrumento do exercício da cidadania

No atual estágio da sociedade capitalista, o consumo passa a ser a força motriz da economia e os olhos daqueles que estabelecem o poder se voltam para o fomento desse. Dessa forma, aqueles que dirigem o sistema econômico passam a se preocupar de forma imediata principalmente com o consumo em detrimento das demais esferas da vida social. Já em 1925, um jornal de Middletown afirmava: “a maior importância do cidadão norte-americano não é mais de cidadão, mas a de consumidor” (MARSHALL, 1967, p. 205).

A preocupação da política estatal não pode se voltar, todavia, apenas para os interesses imediatistas, que de uma forma geral, tragam riquezas à nação, prosperidade à economia, crescimento econômico e desenvolvimento. Outrossim, ao menos dentro de uma concepção de um estado democrático de direito, é necessário se assegurar que o impulso econômico não deixe às margens os menos favorecidos dentro desse mesmo sistema, sufragando assim, direitos e garantias individuais.

Nesse contexto, o acesso pleno e igualitário à justiça é pressuposto do estado democrático de direito. Para que possa haver justiça, deve-se garantir o direito de ação, a ampla defesa e o devido processo legal, que se traduzem na isonomia processual.

Falar em democracia é falar em igualdade. É sabido que o princípio da isonomia só será garantido se formos capazes de tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual¹. Em um Estado tão desi-

¹De hecho, en este contexto es aplicable el carácter ‘correctivo’ de la justicia. Sin caer en las tesis extremas de que la administración de justicia debe recomponer un equilibrio perdido en la distribución de la riqueza, lo

igual como o Estado brasileiro, que ocupa o segundo lugar no ranking de diferença de distribuição de renda, atrás apenas da pobre Serra Leoa, mister se faz compreender os parâmetros de desigualdade de tratamento, capazes e ao mesmo tempo legítimos, para se garantir a igualdade de direitos dentro de um estado social e economicamente desigual. Isso irá passar por diversas esferas. Incumbe-nos por hora a preocupação com o acesso ao judiciário.

Não basta que se garanta assistência judiciária gratuita, é necessário se assegurar que esta de fato seja eficaz, de forma a garantir o mesmo acesso e prerrogativas de que dispõem os economicamente suficientes, assegurando a “paridade de armas” entre os litigantes, vetoriando-se no princípio da igualdade, em sua dimensão dinâmica. Na linha do pensamento liberal, os sujeitos de direito privado, só encontravam limites nas contingências da situação natural da sociedade; agora, porém, eles se chocam com os projetos paternalistas de uma vontade superior, que deve garantir a repartição igual das liberdades de ação subjetivas (HABERMAS. *Direito e Democracia*, 2002, p. 144).

2. Defensoria Pública e acesso à justiça

O Direito regulamenta, conforme a teoria processualística, a cooperação entre as pessoas a fim de evitar o surgimento do conflito ou por fim a este. É um instrumento eficiente de controle social, que atua quando determinada conduta ultrapassa os limites do inconveniente e ameaça a harmonia social, com potencial supressão de direitos alheios (BEZERRA, 2001).

Cappelletti e Garth atribuem duas finalidades ao sistema jurídico, quais sejam: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve pro-

cierto es que nadie puede negar que el trato igual a los desiguales es tan injusto en esencia como el trato desigual a los iguales, al punto de llegar a constituir discriminaciones o infracciones al principio de igualdad ante la ley o su aplicación.” (THOMPSON, 2000, p. 27)

duzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. (CAPPELLETTI, 1988, p. 7).

O direito à Justiça é originário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, sendo reconhecido como direito essencial a todos os indivíduos. Devido à sua importância no contexto democrático, foi priorizado pelo constituinte originário.

“Artigo X. Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.²

O conceito de acesso à Justiça, em verdade, não deve estar limitado aos órgãos judiciais, conforme leciona Kazuo Watanabe. A questão não se refere “apenas a possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, 1988, p. 128-135).

Tal garantia viabiliza o acesso a todos os direitos inerentes à pessoa humana, para que se possa viver dignamente em sociedade. Segundo as palavras do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, o acesso efetivo à justiça é “um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais” (SANTOS, 2005, p. 167). O cidadão tem como direito inalienável o acesso igualitário à justiça e assistência jurídica adequada.

Assim, a fonte imediata da garantia ao acesso à justiça é a própria lei. Por intermédio das leis é que começa o processo de distribuição de justiça. Afirma Cappelletti (1988, p. 12):

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos

² Disponível em: <<http://www.unicrio.org.br/Textos/udhr.htm>>. Acesso em: 20 maio 2006.

humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna³ prescreve o amplo acesso ao Poder Judiciário. A positivação da garantia de tutela aos direitos lesados ou ameaçados pelo órgão do Estado permite a afirmação de que “a democratização do acesso à Justiça possa ser vivida como arena para aquisição de direitos, credenciamento à cidadania e animação de uma cultura cívica que dê vida à República” (VIANNA et. al 1999. p. 44).

A “Constituição Cidadã” estabeleceu de forma principiológica, mas ainda pouco pragmática, os direitos do cidadão. Mas ao garantir o acesso à justiça e todas as suas vertentes dentre os direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º, o primeiro passo estava dado e como garantia fundamental, o acesso ao judiciário se tornou meta de nossa nação (CUNHA, 2001). A implementação do sistema de acesso democrático ao judiciário não foi tido pelos idealizadores de nossa Carta Magna, quando rompiam com o antigo regime autoritário, como uma “fórmula mágica” de fácil implantação imediata. Em verdade, o processo implica a descoberta de mecanismos que sustentem o ideal principiológico constitucionalmente estabelecido, a qual seria feita e levada a cabo pelas futuras gerações, às quais, “competiria garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio dos recursos procedimentais dispostos em seu próprio texto” (VIANNA, et. al. 1999. p. 40).

Assim, para possível implementação da garantia do acesso à justiça para todos, inclusive para aqueles incapazes de pagar um advogado, incumbe à Defensoria Pública esse mister nos termos do artigo 134 da Carta Magna: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação

³ Art. 5º XXXV a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; .

jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

Até o do ano de 2005, ainda existiam Estados nos quais não haviam sido instaladas Defensorias Públicas: Santa Catarina e São Paulo. Hoje São Paulo já conta com mais de 400 defensores. Os estados do Rio Grande do Norte e Goiás aprovaram a criação, mas não implementaram ainda.

A procura de caminhos para a estruturação e efetiva prestação dos serviços da assistência judiciária gratuita condiz com o objetivo de um Estado Democrático de direito, no qual as diferenças sociais são reduzidas e os direitos humanos são respeitados⁴.

3. Defensoria Pública e sua missão

Buscando a compreensão da realidade das Defensorias Públicas, o Ministério da Justiça, realizou, em 2004, um mapeamento em âmbito nacional sobre a estrutura, o funcionamento e o perfil dos membros da instituição, incluindo as Defensorias Estaduais e da União. O perfil institucional e a caracterização de seus integrantes e opiniões sobre determinados temas foram os aspectos abordados pela pesquisa.

Conforme ressaltado pelo ex-presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos, Leopoldo Portella Júnior (BRASIL, 2004a), os estudos demonstraram a alta produtividade dos defensores públicos (em 2003, cada defensor público no país ajuizou ou respondeu, em média, 308,2 ações cíveis, 112,8 ações criminais, realizou 1.594,3 aten-

⁴ Por isso, é preciso decidir caso a caso, se e em que condições o tratamento jurídico igual das pessoas, privada e publicamente autônomas, exige uma equiparação fática. O paradigma jurídico procedimentalista coloca em relevo esse duplo aspecto da relação normativa entre igualdade de direito e de fato, e a autonomia privada e pública, de outro lado, e autonomia privada e pública de outro e caracteriza as arenas nas quais deve desenrolar-se discursivamente a disputa política acerca dos critérios controversos da igualdade de tratamento, sempre que se pretende que o fluxo do poder do sistema político siga na direção do Estado de direito. (HABERMAS, 2002, p. 154)

dimentos e participou de 298,7 audiências), apesar do pequeno investimento do Poder Público nos serviços de assistência jurídica integral e gratuita. Apenas 6,15% dos gastos com o sistema de Justiça cabem à Defensoria Pública.

É importante também que nos voltemos para estatísticas que revelem a desigualdade sócio-econômica brasileira, capaz de traçar o perfil do povo brasileiro e o tamanho de sua conseqüente necessidade de assistência judiciária gratuita. Segundo dados do IPEA e do IBGE, dentre os países em desenvolvimento, o Brasil ocupa o 9º lugar em renda per capita. Mas cai para o 25º lugar quando se fala em proporção de pobres. Isso coloca o Brasil entre os países de alta renda e alta pobreza, um dos primeiros do mundo em desigualdade social. Aqui, 1% dos mais ricos se apropria do mesmo valor que os 50% mais pobres. A renda de uma pessoa rica é 25 a 30 vezes maior que a de uma pessoa pobre. Na Suécia, a diferença de renda entre ricos e pobres é de no máximo seis vezes. Nos Estados Unidos e no Uruguai, de dez vezes. A renda per capita do brasileiro é de 3400 dólares, maior do que a de 55% dos países do mundo e mais de 10 vezes o valor de países da África. Contudo, apenas 10% da população usufrui de 50% das riquezas, enquanto outros 50% dividem 10%. Os demais 40% dividem 40% da renda, representando a classe média. O Brasil conta atualmente com 56,9 milhões de pessoas abaixo da linha de pobreza, sendo que 24,7 milhões estão abaixo da linha de indigência.

Além da diferença na distribuição de renda, há uma notória diferença entre as regiões deste imenso país. No estado de São Paulo, segundo o consultor T. Kearney⁵, há tal concentração econômica como não ocorre nos grandes países. Os paulistas, que representam 20% da população do Brasil, mantêm 35% das exportações, 45% da pro-

⁵ In: WEINBERG, Mônica. A renda engessa tudo. Artigo disponível em: <http://www.care.org.br/?pobreza_artigos11>.

dução industrial, 50% da tecnologia e 90% do sistema financeiro nacional. Nos Estados Unidos, essa marca só é atingida quando se soma a produção dos três maiores estados. As estratégias de implantação do acesso à justiça devem considerar as desigualdades acentuadas de regiões do país⁶.

Segundo a lei, é hipossuficiente todo aquele que não pode suportar as despesas e custas processuais, bem como não pode arcar com os honorários de advogado, sem prejuízo do próprio sustento ou de seus familiares, podendo ser atendido pela Defensoria Pública. Como mais de 70 milhões de brasileiros vivem abaixo da linha da pobreza, conforme dados do IBGE, e 92 milhões recebem renda inferior a 2 salários mínimos, torna-se urgente adoção de políticas públicas que tornem efetiva a instalação das Defensorias Públicas nos Estados que ainda não atenderam à imposição constitucional.

Mas não basta garantir o acesso formal, é necessário que esse seja real. Como equalizar essa disparidade de forças, de modo que o acesso ao judiciário não seja apenas material, mas em verdade garantido em equilíbrio com aqueles capazes de dispor dos serviços de um bom advogado? Para tanto, o artigo 134 da Constituição Federal, continua em seus parágrafos:

“§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁶ Fontes: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA e IBGE 2003. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD: síntese de indicadores 2002. IBGE, Rio de Janeiro.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)“

Assim, o cargo de Defensor Público deve ser provido por concurso público, que não só satisfaz a lisura no emprego de verba pública, como também garante a seleção de profissionais de qualidade, hábeis para opor-se com qualidade e eficácia aos interesses daqueles que, capazes de servir-se de advogados qualificados, pleiteiam contra o hipossuficiente econômico. Não basta que haja acesso ao judiciário, é necessário se garantir que tal acesso seja capaz de reequilibrar o desequilíbrio causado pela diferença sócio-econômica e consequentes oportunidades existentes nas mãos dos litigantes mais afortunados. Nesse sentido, afirma Pietro Calamandrei:

“(…) não basta que perante o juiz haja duas partes em contraditório, de modo que o juiz possa ouvir as razões das duas; mas é preciso além disso que essas duas partes se encontrem em condições de igualdade não meramente jurídica (que pode querer dizer meramente teórica), mas que haja entre elas uma efetiva igualdade prática, que quer dizer igualdade técnica e também igualdade econômica (MARINONI, 1993, p. 29).“

A autonomia da Defensoria Pública veio a ser consagrada com a emenda constitucional 45, mas ainda se sujeita a diversas polêmicas, estando ainda em pauta no Congresso Nacional a PEC 437/05 e a 144/07, que buscam dar outras prerrogativas não abarcadas na reforma do judiciário promovidas pela EC 45.

Quando ainda se discutia o Projeto da Emenda, o Ministro Márcio Thomaz Bastos, reunido na Comissão de Constituição

e Justiça do Senado Federal, em 10.02.04, posicionou-se favoravelmente à autonomia da Defensoria Pública, considerando que o órgão deveria ser um espelho do Ministério Público. O jornal Folha de S. Paulo, edição de 16.11.03, também revelou ser prioridade do Governo Federal a Emenda da Reforma do Judiciário, listando como ponto essencial a autonomia da Defensoria Pública. Já o jornal Correio Braziliense, de 17.03.04, revelou: “a Defensoria terá autonomia para definir seu próprio orçamento. Terá uma autonomia semelhante à do MP”.

A literatura jurídica recente, interpretando o que é claro, tem revelado as novidades da Emenda 45 da Constituição Federal em que se fala da descentralização e da autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública Estadual (LENZA, 2007). Tem-se asseverado que às Defensorias Públicas Estaduais são agora asseguradas autonomia funcional, administrativa e financeira e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º, devendo os recursos e as dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares, ser-lhes entregues, igualmente como ao Judiciário e Ministério Público, até o dia 20 de cada mês, em duodécimos na forma de Lei Complementar, conforme art. 168. (MACHADO, 2007)

A Constituição Federal garantiu a assistência jurídica aos pobres no âmbito preventivo, extraprocessual e em juízo. O artigo 5º, LXXIV, viabiliza aos que não tem recursos financeiros, o aconselhamento sobre direitos, a gratuidade abrange honorários advocatícios, periciais, e custas judiciais ou extra-judiciais.

A Defensoria Pública, como asseverado, é instituição essencial à Justiça, conforme artigo 134 da CF. O Brasil, “ao determinar seu caráter constitucional revelou ter maturidade democrática”. (BRASIL, 2004a)

Afirma a procuradora Raquel Elias Ferreira Dodge que,

“estes princípios influíram decisivamente na idéia processual de manter o equilíbrio da situação das partes em juízo, garantindo-lhes igualdade de oportunidades no processo judicial, como forma também de assegurar-lhe o direito ao contraditório e a ampla defesa” (DODGE, 2003. p. 19).

Nesse sentido, assevera Leonardo Greco que “o acesso ao Direito não estará concretamente assegurado se o Estado não oferecer a todos a possibilidade de receber aconselhamento jurídico a respeito de seus direitos” (GRECO, p. 74).

A Defensoria Pública existe “em virtude da relevância da cidadania e dos direitos humanos e ganhando a importância como instrumento constitucional e necessário à eficácia desses dois elementos”. (FANTAZZINI, 2003, p. 28)

Tendo como missão constitucional garantir os princípios constitucionais de acesso à justiça e igualdade entre as partes (ao romper as barreiras da estrutura econômica), e o direito à efetivação de direitos e liberdades fundamentais (o direito de ter direitos), a Defensoria Pública está tratada constitucionalmente no mesmo plano de importância que a Magistratura e o Ministério Público.

4. A Ação Civil Pública

Instituída pela Lei 7.347/85 e elevada ao status de ação constitucional pelo artigo 129, III, capaz de fazer coisa julgada erga omnes, a Ação Civil Pública é utilizada para casos que envolvem responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico. A Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor veio a ampliar o sistema.

O objeto jurídico tutelado por tal ação transcende à esfera individual, atingindo uma coletividade de pessoas. Nesse sentido, surgem os chamados direitos difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

A propósito da caracterização dos direitos como difusos, coletivos ou individuais homogêneos, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (1999, p. 1864):

“Direitos difusos. (...). São direitos cujos titulares não se pode determinar. A ligação entre os titulares se dá por circunstâncias de fato. O objeto desses direitos é indivisível, não pode ser cindido. (...).

Direitos coletivos. Aqui os titulares são indeterminados, mas determináveis, ligados entre si, ou com a parte contrária, por relação jurídica base. Assim como nos direitos difusos, o objeto desse direito também é indivisível. (...).

Direitos individuais homogêneos. São os direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual como homogêneo é sua origem comum (...).”

5. A ratio legis da ampliação dos legitimados

Diante das dificuldades encontradas em razão dos inúmeros processos individuais versando sobre a mesma matéria, o legislador tem despertado, como leciona Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 20), para:

“... a abertura do processo aos influxos metajurídicos que a ele chegam pela via do direito material, a transmigração do individual para o coletivo (Barbosa Moreira) e a necessidade de operacionalizar o sistema, desburocratizá-lo ou desformalizá-lo tanto quanto possível, com vista a facilitar a obtenção dos resultados justos que dele é lícito esperar.”

Como o Judiciário, pelo princípio do dispositivo, somente age por provocação, o processo é instrumento de atuação dos órgãos jurisdicionais, visando a eliminação do conflito. Tem função política, pois é

instrumento à disposição do cidadão para fazer atuar a tutela jurisdicional do Estado e, assim, efetivar garantias constitucionais. A jurisdição é o poder, função e atividade do Estado para “formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica” (THEODORO JUNIOR, 1997). Conforme Carnelutti, necessita da invocação dos interessados para atuar nos casos concretos de conflitos de interesses qualificado por uma pretensão resistida (lide).

Diante de um país com tamanha desproporção na distribuição de renda, podemos afirmar que se deixássemos a tutela de interesses coletivos relevantes ao encargo dos particulares lesados, teríamos como resultado uma distribuição também dispare da justiça. Uma economia capitalista, maculada de tamanha desigualdade social e regional, leva ao problema a que bem adverte Habermas: “à medida que o Estado e a economia, institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistêmico próprio, levando os cidadãos a assumir o papel periférico de simples membros de uma organização, torna-se evidente a síndrome entre a privatização da cidadania e o exercício do papel de cidadão do ponto de vista da defesa de interesses de clientes. Os sistemas da economia e da administração tendem a fechar-se contra os seus respectivos ambientes, obedecendo apenas aos imperativos do dinheiro e do poder”. (HABERMAS, 2002, p. 294)

Segundo Mauro Cappelletti (1994, p. 15), na concepção revolucionária do acesso à justiça, a atenção do processualista se amplia para uma visão tridimensional do direito. Sob essa nova perspectiva, o direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (as normas gerais e especiais); mas é encarado principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da justiça, enfim, sob o ponto de vista dos serviços processuais. Tais serviços precisam ser eficazes e o ga-

rantidor destes deve ser o Estado, por vezes criando, por outras, gerindo e fiscalizando e por outras tão-somente incentivando.

Não é à toa que legislador tem ampliado, em tudo que possível e tocante a interesses transindividuais, a legitimidade para se propor ações que beneficiem de uma só vez a coletividade de pessoas lesadas. Assim, temos não só com a ampliação dos legitimados para a propositura da Ação Civil Pública que iremos tratar, como também para o Mandado de Segurança Coletivo, instrumento aplicável para tutelar direitos coletivos relacionados à atividade dos associados, conforme preceitua o artigo 5º, LXIX da Constituição Federal⁷.

A preocupação de nossa Carta Magna em ampliar os legitimados para propor ações de cunho coletivo e legitimar entidades públicas ou de caráter público para a proteção de interesses transindividuais é clara e transparece em suas regras principiológicas e programáticas a exemplo: artigo 5º, incisos XXI, XXXII, LXX⁸, da Constituição Federal.

6. Dificuldades do sistema de tutela coletiva

O interesse de enfrentar demanda individual, que em geral apresenta complicações e dificuldades, é insuficiente e anti-econômico. A legitimidade sobre o direito a corrigir é restrita e o prêmio para

⁷ “Art. 5º LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

⁸ “Artigo 5º: XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

tal é pequeno. Individualmente a pessoa não tende a buscar a reparação, porque esta seria pequena demais, não compensando o temor de perder a causa e as consequências de tal perda. Os indivíduos são levados a confiar na ação governamental para a proteção de interesses difusos, pois a organização de seus interesses individualmente sofre a influência de diversas barreiras, principalmente a carência de informação ou combinação de estratégias comuns.

Por outro lado, a tutela de interesses difusos, no sistema processual civil tradicional, encontra uma série de dificuldades (legitimidade, procedimentos e atuação dos juízes). A decisão tem efeito erga omnes, ampliando a coisa julgada. A relutância em legitimar indivíduos para representar interesses difusos faz com que apenas determinadas instituições sejam legitimadas, mas estas costumam estar sujeitas à pressão política (ausência de independência), havendo dificuldade para defender interesses difusos contra entidades governamentais.

Os departamentos governamentais representativos de classes lesadas de maneira coletiva, apresentam problemas intrínsecos aos sistemas burocráticos. Os Procons, por exemplo, estão instalados de maneira bastante heterogênea em todos os países, ausentes em alguns estados, presentes em outros, mas com características muito díspares. Em alguns Estados são fundação, em outros autarquia, em outros sem personalidade jurídica definida, presentes como órgãos de certa secretaria. Na maioria das vezes não têm funcionários de carreira, os que ali atuam carecem de formação, treinamento e ocupam os cargos por razões políticas e não funcionais.

Assim, há grande limitação da máquina burocrática que tende a se tornar lenta, inflexível e passiva. Os tipos de demanda de interesses difusos costumam ser contra organizações que têm disponibilidade financeira e são litigantes habituais, conseguindo exercer pressão sobre as decisões do governo, como é o caso dos bancos.

Aquele que deveria facilitar o acesso à justiça e a celeridade do processo, o Estado, é, entretanto, o maior causador da morosidade, pois encontra-se em muito à frente do ranking dos maiores usuários do sistema, na medida em que 80% dos processos e recursos nos tribunais superiores são do interesse do governo, conforme se verifica na tabela a seguir⁹:

Processos	Entes Públicos	Percentual
União	41.152	9,20%
INSS	51.439	11,50%
Caixa Econômica Federal	196.811	44,00%
Banco Central	447	0,10%
Estados	36.678	8,20%
Municípios	26.838	6,00%
Total	353.365	79,00%

O judiciário se torna moroso e atolado de ações em razão de manobras procrastinatórias do Estado ou, ainda, o que é pior, em razão de frontal desobediência à Lei. Já se tornou comum que municípios lancem tributos em total desconformidade com a Lei ou mesmo de maneira inconstitucional, sabendo que o pior que poderá lhe suceder é o judiciário mandar que se abstenha da cobrança ou a faça de outra maneira ou em outro montante. Ou seja, condenar a cobrar o que desde o início deveria ter cobrado.

A tutela judicial nesse caso, em razão de jurisprudência já pacificada no STJ (REsp 106993, REsp 478958), não é possível se dar por Ação Civil Pública, obrigando cada particular a ingressar com seu respectivo Mandado de Segurança e ainda todo ano, já que este não faz coisa julgada para o próximo exercício financeiro.

É imperioso que se pense em novos mecanismos legais para conter a procrastinação estatal em pagar o devido e outros que imponham sanções para a desobediência frontal aos parâmetros legais, de forma a

⁹ Estudo Diagnóstico do Judiciário promovido pelo Ministério da Justiça.

evitar que o judiciário se torne moroso em razão do especial cuidado que está tendo de empregar com ações de interesse estatal.

Mazzilli (1998, p. 46-47) ressalta, “que não é Justiça um serviço público que é absurdamente caro, lento e formalista, e que discute muito mais o próprio processo do que o próprio objeto da ação”.

A Ação Civil Pública, assim, tem apresentado grandes dificuldades em atingir seus objetivos, não atendendo as expectativas que ensejaram a sua edição. Os legitimados são insuficientes, a burocracia é grande e o estado é mal aparelhado.

A legitimação de outros órgãos estatais para a propositura de tal ação é medida que deve ser incentivada. Segundo análise de Paulo Cezar Carneiro (2000, p. 177-224), acerca de pesquisas efetuadas na cidade do Rio de Janeiro, mais de 87% das ações coletivas são interpostas pelo Ministério Público e outros órgãos públicos, não havendo grande atuação das associações que a lei buscou gerar.

A legislação sobre essa matéria, merece evoluir, na “extensão da legitimidade ativa para particulares, agindo em nome da coletividade, assim como a ampliação dos interesses tutelados, pois não há razão para restringir as ações coletivas aos temas que a lei, *numeros clausus*, delimita.” (BARROSO, 1993, p. 140-141)

Diante dessas considerações, deve-se salientar a observação de Sadek, Lima e Araújo:

“(…) é necessário que se qualifique de que acesso se fala. Pois a excessiva facilidade para um certo tipo de litigante ou o estímulo à litigiosidade podem transformar a Justiça em uma Justiça não apenas seletiva, mas sobretudo inchada. Isto é, repleta de demandas que pouco têm a ver com a garantia de direitos – esta sim uma condição indispensável ao Estado Democrático de Direito e às liberdades individuais. (...) temos hoje uma Justiça muito receptiva a um certo tipo de deman-

das, mas pouco atenta aos pleitos de cidadania.” (SADEK, 2001, p. 41)

7. Inclusão da Defensoria Pública com legitimada para propor ações coletivas.

Como advento da Lei 11.448 de 2007, a Defensoria pública tornou-se um dos legitimados para a propositura da Ação Civil Pública previstos no rol do artigo 5º da Lei 7347/85:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).”

Em razão disso, parte do Ministério Público tem se insurgido contra a legitimação conferida por tal lei, sob a bandeira de tal disposição representar usurpação de funções próprias ao Ministério Público.

Por isso, faz-se mister a compreensão se tal legitimação decorre de fato de tal alteração legislativa ou se precede a eles ou mesmo à própria natureza das funções exercidas pela Defensoria Pública.

8. Fundamentos de legitimação anteriores à edição da Lei 11.448/07

Em verdade, a discussão sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública remonta, ainda que de forma acanhada, há longa data, antes mesmo do advento da Lei 11.448/2007, que veio a incluir no rol dos legitimados do artigo 5º da Lei 7.347/85 a Defensoria Pública.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, foram incluídos, dentre os legitimados para a propositura da Ação Civil Pública, previstos no artigo 82, “as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente

destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;" (inciso III).

Ora, conforme disciplina o art. 4º da Lei Complementar nº 80/94, é função institucional da Defensoria Pública defender os interesses dos consumidores. Isso inclui a Defensoria no conceito do inciso III do artigo 82 do CDC. Há quem argumente que a intenção do legislador era conferir neste inciso legitimidade aos Procons, mas não se pode negar que o conceito adequa-se perfeitamente à Defensoria Pública, visto ser órgão público destinado, pela Lei Complementar 80 e pelas legislações estaduais que costumam acompanhar a redação desta, à defesa dos interesses e direitos do consumidor.

Por sua vez, o inciso II, do art. 5º, da Lei 7.347 de 1985, antes do advento da citada Lei 11.448 de 2007, legitimava os órgãos que possuísem finalidades institucionais de proteção ao consumidor à proposição de Ação Civil Pública. Assim era sua redação:

"Art. 5º - A ação principal e a cautelar PODERÃO SER PROPOSTAS pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: (...) II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico: (...)."

Novamente, encontramos pelos mesmos argumentos já alinhavados a subsunção da descrição da norma às funções exercidas pela Defensoria Pública.

Assim, antes do advento da Lei 11.448/07, que como vimos, veio a incluir a Defensoria Pública expressamente no rol dos legitimados, Cláudia Queiroz (2005) já alertava:

"Deste modo, diante da determinação contida no art. 117 da Lei n. 8.078/90 de aplicação, no que for cabível, dos dispositivos constantes no Título III do CODECON para a defesa dos di-

reitos e interesses difusos, coletivos e individuais, a doutrina e jurisprudência pátrias, embora de maneira ainda acanhada, vêm firmando o entendimento de que, para fins de publicização da Ação Civil Pública, deve-se utilizar um critério pluralista, de forma a incluir entre os legitimados para a propositura de tal ação até mesmo entidades ou órgãos públicos sem personalidade jurídica."

Tratando especificamente da legitimidade da Defensoria, Marivaldo Pereira (2007) acrescenta:

"Sem dúvida alguma, a atribuição de legitimidade à Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos representou um passo fundamental rumo à concretização dos direitos e garantias fundamentais da parcela mais pobre da população brasileira, com a qual o Estado encontra-se em débito desde os seus primórdios.

Juridicamente, a medida encontra-se em perfeita harmonia com o ordenamento em vigor, devendo-se rechaçar a afirmação de que afetaria diretamente as atribuições do Ministério Público, pois, apesar de eleger a propositura da Ação Civil Pública como função institucional desse órgão, conforme dispõe em seu artigo 129, III, a Constituição ressalva expressamente que a legitimação atribuída ao Parquet não exclui a de terceiros, ainda que nas mesmas hipóteses e mesmo que estipulada por norma infraconstitucional, conforme é possível depreender de seu artigo 129, parágrafo 1º."

9. Argumentos em prol da limitação da atuação da Defensoria Pública

Questão, no mínimo, controversa é trazida por André Melo (2007) em seu texto "Defesa dos pobres: Limites da Defensoria para

ajuizar Ação Civil Pública". O autor primeiramente analisa a questão da necessidade de comprovação da carência dos atendidos no âmbito da Defensoria Pública, já que, muitas vezes, acaba-se atendendo pessoas de classe média ou até mesmo alta em detrimento dos que realmente necessitam. Posteriormente parte para a análise dos limites da defensoria no tocante à ACP e conclui que ela deve agir sempre que for invocada pelo cidadão, já que se propusesse em nome próprio estaria a usurpar competência do MP:

"Ou seja, as entidades querem é assistência jurídica e não serem substituídas na ação, pois nesse caso não têm voz ativa. Porém, o órgão que deveria prestar a assistência jurídica, a Defensoria, vem querendo é atuar em nome próprio e assumir o controle da ação, o que refoge de sua atribuição e gera um custo alto. Afinal, é uma função que já tem o Ministério Público, o qual não pode atuar por representação processual (advocacia) e assim teríamos duas Instituições com função similar e a assistência jurídica relegada a segundo plano.

[...] sua atribuição para ajuizamento de ações coletivas, inclusive ação popular, pode dar-se apenas representando processualmente um cidadão comprovadamente carente ou uma associação ligada aos carentes, sendo que a Lei 11.448/07 deve ser interpretada à luz da Constituição Federal sobre a atribuição da Defensoria, não podendo agir de ofício (SIC)."

10. ADI proposta contra a lei que legitimou a Defensoria Pública

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (no ADI 3943 de relatoria da Ministra Carmen Lúcia), no STF, para contestar a lei que legitima a Defensoria Pública a propor Ação Civil Pública (Lei 7.347/85 em seu art. 5º).

A CONAMP alega que a possibilidade da Defensoria Pública propor, sem restrição, Ação Civil Pública, "afeta diretamente" as atribuições do Ministério Público. A norma impugnada afrontaria os arts. 5º, inc. LXXIV e 134, *caput*, da Constituição da República, que versam sobre as funções da Defensoria Pública de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que não possuem recursos suficientes.

Argumenta a Autora que:

"a inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados impede, pois, o Ministério Público de exercer, plenamente, as suas atividades, pois concede à Defensoria Pública atribuição não permitida pelo ordenamento constitucional, e mais, contrariando os requisitos necessários para a Ação Civil Pública, cuja titularidade pertence ao Ministério Público, consoante disposição constitucional" (fl. 5).

E pondera que, nos termos dos artigos constitucionais citados:

"a Defensoria Pública foi criada para atender, gratuitamente, aos necessitados, aqueles que possuem recursos insuficientes para se defender judicialmente ou que precisam de orientação jurídica. Assim, a Defensoria Pública pode, somente, atender aos necessitados que comprovarem, individualmente, carência financeira. Portanto, aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis, para que se saiba, realmente, que a pessoa atendida pela Instituição não possui recursos suficientes para o ingresso em Juízo. Por isso, não há possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, como possuidora de legitimação extraordinária" (fl. 6).¹⁰

¹⁰ A Associação Nacional dos Defensores Públicos da União - ANDPU e a Associação Nacional dos Defensores Públicos já foram admitidas como *amicus curiae*.

Alega, também que “aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis”, portanto, “não há possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais”.

Contra esse entendimento que motivou o MP a ajuizar ADI questionando a legitimidade da DP, manifesta Cristina Gonçalves (2007, grifo nosso), defensora pública em SP:

“A democratização dos instrumentos de acesso à Justiça, antes de dividir, deve ser vista como um fator de soma na busca de uma sociedade mais livre, justa e solidária, efetivando dessa forma um dos mais importantes objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previsto na Constituição Federal.

A Defensoria Pública não busca a exclusividade na propositura da Ação Civil Pública, mas que, isto sim, essa ação seja um meio para atacar e corrigir as violações de direitos, em especial de direitos sociais, sofridas pela população carente.

[...]

A Defensoria Pública pretende desempenhar suas atribuições com responsabilidade, imbuída do senso de que seus membros são servidores públicos que devem salvaguardar os direitos da população pobre brasileira, que representa significativa parcela da população nacional. E, por isso, temos certeza da constitucionalidade da legitimidade conferida à Defensoria para propor Ação Civil Pública.”

11. Estaria a Defensoria Pública de fato usurpando função própria do Ministério Público?

Há divergência doutrinária se o Ministério Público teria legitimidade para ingressar

com Ação Civil Pública para tutelar todo e qualquer interesse individual homogêneo, argumentando parte da doutrina que deve haver prova de interesse social relevante.

Para Carvalho Filho, o Ministério Público só terá legitimidade para a propositura de ACP, quando o interesse for indisponível, já que a própria CF, em seu art. 127¹¹, definiu como missão institucional do MP a defesa de tais direitos:

“Entretanto, somente se pode admitir tal legitimidade se os interesses individuais homogêneos se qualificarem como *indisponíveis*, porque, como já visto, a constituição deixou claro que a tutela do MP deve ser dirigida a interesses sociais e individuais *indisponíveis* (art. 127). (grifos presentes no original) (CARVALHO FILHO, 2007, p. 127)”

Quando o mesmo eminente doutrinador define o que seriam tais direitos indisponíveis, deixa claro sua posição de exclusão da legitimação do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos. Assim, para Carvalho Filho, indisponível é aquele direito em que:

“1) o titular não puder decidir, por si só, se deve, ou não, adotar as providências necessárias para sua defesa, e isso porque, queira ou não, haverá outra pessoa ou órgão a quem a ordem jurídica confere legitimação para fazê-lo;

2) tiver a qualificação de transindividual, porque sendo indivisível, não há como identificar a dimensão jurídica parcial pertencente a cada integrante do grupo, tornando-se, pois, irrelevante a vontade individual. (Idem, p. 128)”

Vejamos então, que, para o eminente jurista, o Ministério Público só se encontra

¹¹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (CF, grifo nosso)

legitimado para a propositura de Ação Civil Pública, quando na defesa de direito transindividual de natureza indivisível, em que o titular não possa decidir sobre a propositura de ação individual. Ora, tendo em vista que nos direitos individuais homogêneos há sempre determinação dos sujeitos e divisibilidade do objeto, não há de se falar em legitimação do Ministério Público, para a propositura de Ação Civil Pública, quando se tratar da tutela de tais direitos.

Outrossim, assevera o próprio Hugo Nigro Mazzili (1995, p. 83), respeitável doutrinador representante do Ministério Público e profundo conhecedor de suas atribuições, como muitas obras publicadas sobre o tema:

“a defesa dos interesses de meros grupos determinados de pessoas (como consumidores individualmente lesados) só se pode fazer pelo Ministério Público quando isto convenha à coletividade como um todo (...); se é extraordinária a dispersão de lesados; se a questão envolve defesa da saúde ou da segurança dos consumidores; se a intervenção ministerial é necessária para assegurar o funcionamento de todo um sistema econômico, social ou jurídico. Não se tratando de hipótese semelhante, a defesa de interesses de consumidores individuais deve ser feita por meio de legitimação ordinária, ou, se por substituição processual, por outros órgãos e entidades que não o Ministério Público, sob pena de ferir-se a destinação institucional deste último.”

No mesmo diapasão, arremata Rodolfo Mancuso (2007, p. 30):

“onde o interesse individual homogêneo não se qualifica pelas notas de indisponibilidade, ou da relevância social, ou ao menos pelo número notável dos sujeitos concernentes, não poderia mesmo o Parquet apresentar-

se como expoente de tais interesses, o que bem se compreende, pois a capacidade postulatória, no caso de interesses meramente individuais, agrupados ou não, é deferida à classe do advogados”.

Desta forma, a jurisprudência tem feito uso do conceito de interesse social relevante para se averiguar a legitimidade do Ministério Público. Já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça dizendo: “O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante”, (REsp 58682 / MG, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 16.12.1996, p. 50864, LEXSTJ v. 94, p. 130).

Também tem se posicionado o STJ no sentido de que a falta de configuração de real interesse coletivo afasta a legitimidade do Ministério Público para promover Ação Civil Pública (REsp 236161 / DF; Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 02.05.2006, p. 333 e REsp 53074 / SP, Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ 31.10.1994, p. 29480). Apesar de não ser assunto comum à manifestação do STF, também tem sinalizado esta corte com o mesmo entendimento (RE 163231 / SP - São Paulo, Min. Maurício Corrêa, Julgamento: 26/02/1997, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 29-06-2001, PP-00055).

12. Posição Jurisprudencial a respeito da legitimidade da Defensoria Pública

12.1. Contrariamente à legitimidade da Defensoria Pública

Argumentação semelhante à da Associação Nacional do Ministério Público, ao propor a citada ADI contra a legitimidade da Defensoria, é tecida por um magistrado de São Paulo, analisando uma ACP proposta pela DP/SP, visando proteger cidadãos contra demolição de construções irregulares em área de manancial. Para

este, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo não teria legitimidade para questionar as demolições de construções irregulares recentes em áreas de mananciais feitas pela prefeitura de São Paulo, como parte da Operação Defesa das Águas. Foi o que decidiu o juiz Elias Júnior de Aguiar Bezerra, da 2ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, que extinguiu, sem julgamento do mérito, Ação Civil Pública movida pela Defensoria contra a Prefeitura, em razão das demolições. A sentença foi publicada na última sexta-feira (28/09).

Ao propor a Ação Civil Pública, a Defensoria de São Paulo questionou a legalidade da Ordem Interna da Prefeitura que regulamenta o poder de polícia do Município, base legal para as operações de desfazimento. A Defensoria também sustentou que as demolições violam a ordem urbanística e não podem ser realizadas sem ordem judicial. Com base nisso, requereu a concessão de liminar para impedir as demolições. Nas palavras do magistrado:

“Não se justifica reconhecer a legitimidade da Defensoria para a propositura de Ação Civil Pública que tem por destinatário grupo indeterminado de pessoas, revelando que se propõe à defesa de interesse difuso”, escreveu o juiz na sentença. “Aliás, dessa aparente indeterminação ressalta ainda mais a ilegitimidade ad causam da autora (Defensoria), pois, se não pode precisar quais foram os atingidos pela Ordem Interna impugnada, não pode também afirmar se todos são, ou não, hipossuficientes.” (JUSTIÇA ..., 2007)

No entendimento exarado, a tentativa de proibir as demolições não cabe à Defensoria Pública, mas apenas ao Ministério Público: “Como, no caso em espécie, não está se cogitando de obrigação necessariamente pecuniária, sujeita à liquidação, e sim de um fazer ou não-fazer, os interesses aqui em litígio se caracterizam como difusos, de forma que sua proteção deve ser reservada ao Ministério Público, a quem foi constitu-

cionalmente atribuída a defesa de interesse dessa natureza”. (Idem)

Em outra Ação Civil Pública ajuizada pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – NUDECON, em defesa dos consumidores de energia elétrica daquele Estado, contra Light Serviços de Eletricidade S/A e CERJ – Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro, se postulava a ilegalidade de artigos da Portaria nº 466/97 do DNAEE, com a abstenção das rés em suspender o fornecimento de energia elétrica, bem como em calcular a dívida dos consumidores com base em tal regramento legal, condenando aquelas na repetição de valores pagos indevidamente. A respeito da legitimidade da Defensoria Pública, assim se manifestou o STJ:

“A Defensoria Pública não possui legitimidade para propor ação coletiva, em nome próprio, na defesa do direito de consumidores, porquanto, nos moldes do art. 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, não foi especificamente destinada para tanto, sendo que sua finalidade institucional é a tutela dos necessitados. IV – O Supremo Tribunal Federal, reforçando o entendimento sufragado, por meio da ADIN nº 558-8/MC, exarou entendimento no sentido da legitimidade da Defensoria Pública para intentar ação coletiva tão-somente para representar judicialmente associação desprovida dos meios necessários para tanto, não possibilitando a atuação do referido órgão como substituto processual, mesmo porque desprovido de autorização legal, a teor do art. 6º do CPC. Recursos especiais providos, para determinar a ilegitimidade ativa ad causam do NUDECON, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, restando prejudicada a apreciação acerca do prazo em dobro para o recorrido

apelar. (REsp 734176 / RJ, Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 27.03.2006, p. 196, RB vol. 511, p. 25).”

Entretanto, na maioria das vezes a jurisprudência se posicionou favoravelmente à legitimidade da Defensoria Pública, como veremos a seguir.

12.2. *Entendimento jurisprudencial favorável à legitimidade da Defensoria Pública*

Em Ação Civil Pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores, que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial, entendeu o STJ que, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”:

“O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor.

(...)

Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a consequente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido. (REsp 555111 / RJ, Relator(a) Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, DJ 18.12.2006, p. 363)”

Também entendeu o STJ que a Procuradoria de Assistência Judiciária, antigo órgão da Procuradoria do Estado de São Paulo que fazia as vezes da Defensoria Pública, tem legitimidade ativa para propor Ação Civil Pública, objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”. (REsp 181580 / SP, Ministro CASTRO FILHO, Terceira Turma, DJ 22.03.2004, p. 292)

Também o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu pela legitimidade da Defensoria Pública em ação coletiva questionando a interrupção do fornecimento de energia elétrica, motivada pelo não pagamento das contas (TJRJ, AgrIns nº 2003.002.23562. Rel. Des. Manoel Marques. 13ª Câmara Cível. Julgado em 02 de junho de 2004).

Finalmente, cumpre ressaltarmos o teor da seguinte ementa de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Ação Civil Pública – Defensoria Pública – Legitimidade Ativa – Crédito Educativo – Agravo de instrumento. Ação Civil Pública. Crédito Educativo. Legitimidade ativa da Defensoria, para propô-la. Como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, sendo, pois, integrante da Administração Pública, tem a Assistência Judiciária legitimidade autônoma e concorrente, para propor Ação Civil Pública, em prol dos estudantes carentes, beneficiados pelo Programa do Crédito Educativo. Assim, a decisão que rejeitou a arguição de ilegitimidade

ativa, levantada pelo Parquet, não lhe causou qualquer gravame, ajustando-se, in casu, à restrição acolhida na ADIN 558-8-RJ – Recurso reputado prejudicado em parte e em parte desprovido. (AI 3274/96. Reg. 040497. Cód. 96.002.03274 – Vassouras. 2a Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Odilon Bandeira – julgado em 25 de fevereiro de 1997).”

Assim, em todos os acórdãos citados, notamos que tais decisões foram proferidas antes mesmo da vigência da Lei 11.448 de 2007, que incluiu a Defensoria Pública no rol dos legitimados para a propositura da Ação Civil Pública. O argumento na maioria das decisões é justamente a interpretação ampliativa do rol dos legitimados para atingir a todos os órgãos públicos que tenham a função de defender os interesses concernentes à tutela coletiva. Talvez inspirado nessa perspectiva moderna, tenha o legislador se motivado a incluir, em 2007, a Defensoria Pública no rol dos legitimados para propor Ação Civil Pública.

Conclusão

Falar em democracia é falar em igualdade e a Defensoria Pública surge como ente estatal essencial para se garantir o reequilíbrio de forças dentro de um país tão socialmente desigual.

Em uma sociedade capitalista, onde o poder do dinheiro passa superar o equilíbrio de forças idealizado por Montesquieu, configurado na tripartição entre executivo, legislativo e judiciário, é imperioso que um novo sistema de freios e contrapesos venha a surgir. O caminho para isso é a fortificação de entes públicos destinados à defesa dos menos favorecidos, em especial das relações de consumo, onde o ímpeto do poder econômico se mostra com mais força. Nessa missão surge a instituição da Defensoria Pública.

Políticas imediatistas que tragam benefício econômico sem preocupar-se com a

garantia dos princípios basilares de nossa constituição significam a destruição de tudo até então conquistado. Todavia, é essa a pressão que exercerão as forças dominantes e, repita-se, somente um sistema fortalecido de ações de peso, conjuntas, capazes de beneficiar a toda uma coletividade, poderá conter tal ímpeto. Nesse mister, surge a idealização da Ação Civil Pública.

Assim, a junção da Ação Civil Pública com a Defensoria, conferindo a esta última a legitimação para a propositura, nos parece a reafirmação do fortalecimento do caminho democrático trilhado por nossa Constituição.

Afirma a CONAMP que a legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública pertence ao Ministério Público, o que após uma análise ainda superficial do argumento, já transparece sua precariedade, pois simplesmente ignora que há muito tempo já compartilhava, de forma concorrente, tal atribuição com outras instituições públicas da administração pública direta e indireta, entes estatais e até mesmo privados, como é o caso das associações.

Ademais, devemos nos lembrar que o artigo 129, III, da Constituição Federal ressalva que a legitimação atribuída ao Parquet não exclui a de terceiros, ainda que nas mesmas hipóteses e mesmo que estipulada por norma infraconstitucional, conforme parágrafo primeiro do mesmo artigo

O argumento também de que para atuar deveria comprovar a atuação em favor daqueles que não têm condições de custear um advogado e demais encargos processuais e que isso seria impossível, em razão dos lesados não poderem ser identificados, também não pode prevalecer. Primeiro, porque como vimos, tal indeterminação de sujeitos só existe para os direitos coletivos e difusos, mas não para os individuais homogêneos. Em segundo lugar, porque, como também pudemos observar, a massa de pessoas carentes em nosso país é imensa e a dificuldade verdadeira é conseguir excluir a possibilidade de uma Ação Civil Pública

não vir a beneficiar qualquer hipossuficiente jurídico-econômico.

Por outro lado, tem argumentado doutrina e jurisprudência que o Ministério Público só tem legitimidade para propor Ação Civil Pública para tutelar direitos individuais homogêneos quando o interesse for indisponível, que por sua vez, tem sido definido como aquele em que o titular não pode decidir, por si só, se pleiteará ou não seu direito em juízo, visto que há outra pessoa legitimada para tanto, sendo o interesse indivisível e impossível de se determinar a dimensão jurídica parcial pertencente a cada um.

Ora, tendo em vista que, como vimos, nos direitos individuais homogêneos há sempre determinação dos sujeitos e divisibilidade do objeto, sendo perfeitamente identificável o dano sofrido por cada um e havendo plena capacidade dos sujeitos individuais pleitearem por si só tais direitos (do contrário não seriam individuais), não há de se falar, então, em legitimação do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública quando se tratar da tutela de tais direitos.

Podemos afirmar ao final, que a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública antecede à Lei 11.448/2007, que veio a incluir no rol dos legitimados do artigo 5º da Lei 7.347/85 a Defensoria Pública.

Primeiro, pelos postulados constitucionais que justificam sua própria existência e a colocam como instituição essencial para a garantia da democracia, em especial no que toca ao reequilíbrio de forças dos economicamente desfavorecidos frente ao poderio econômico de outros, tudo, conforme já asseverado acima.

Segundo, em razão da legislação infraconstitucional anterior à referida lei, em especial pelo artigo 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, que atribui competência às entidades e aos órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à de-

fesa dos interesses e direitos protegidos por aquela norma.

Ora, o artigo art. 4o, da Lei Complementar nº 80/94, atribui à Defensoria Pública justamente a função institucional de defender os interesses dos consumidores. Por sua vez, o inciso II, do art. 5º, da Lei 7.347 de 1985, antes do advento da citada Lei 11.448 de 2007, também já legitimava os órgãos que possuíssem finalidades institucionais de proteção ao consumidor à proposição de Ação Civil Pública.

Finalmente cumpre frisar, que a doutrina e jurisprudência pátria já vinham firmando o entendimento de que se deve adotar um critério pluralista quando se fala em legitimação de órgãos para a propositura da Ação Civil Pública.

Assim, podemos concluir que a Lei 11.448 de 2007 só veio reafirmar algo que há muito já estava consagrado, a legitimidade da Defensoria Pública, que já decorria de sua missão constitucional, das normas infraconstitucionais citadas e da sua própria razão de existência. Sendo a Ação Civil Pública instrumento de grande força para reequilibrar relações entre partes economicamente desiguais e sendo esta a função essencial da própria Defensoria Pública, instituto e instituição não podem andar separados!

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Defensoria Pública. 1ª conferência de Defensoria Pública e direitos humanos. Brasília, 2003.

_____. Ministério da Justiça. *Diagnóstico do Poder Judiciário*. Brasil, 2004.

_____. Ministério da Justiça. *Estudo Diagnóstico da Defensoria Pública*. Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasil, 2004a.

CAPPELETTI, Mauro. Acesso alla giutizia come programma di riforma e come método di pensiero. In: *Revista di Diritto Processuale*, aprile/giugno, 1982.

_____. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Fabris editora, 1988.

_____. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 62, 1991.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007

_____. *Manual de direito administrativo*. 15 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

CESAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: EDUFMT, 2002.

CINTRA, A.C.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral do processo*. 16 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual Doutrina e Jurisprudência do STF. *Revista Jurídica* n. 260, jun. 1999.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. A autonomia da defensoria pública e a defesa dos direitos humanos. In: BRASIL, Defensoria Pública. 1ª Conferência Defensoria Pública e direitos humanos. Brasília, 2003.

FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista: teoria geral*. São Paulo: LTr, 2005.

GONÇALVES, Cristina Guelfi. A democratização do acesso à Justiça. *Jornal Folha de São Paulo*, ADPERJ. 03 set. 2007. Disponível em: <http://www.adperj.com.br/artigos_detalhes.asp?matID=%7BB557C1A7-2DF2-4924-AC01-A2E4F25F0EA1%7D>. Acesso em: 07 out. 2007.

GRECO, Leonardo. Acesso à justiça no Brasil. In: *Revista do Curso de Direitos da UNIVALE Universidade do Vale do Rio Doce*, n. 1. Governador Valadares: UNIVALE, jan./ jun. 1998.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. Três modelos normativos de democracia. In: *Lua Nova*, n. 36, 1995.

JUSTIÇA arquiva ação da defensoria pública contra demolições da prefeitura. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/portal/a_cidade/noticias/index.php?p=18952>. 01 out. 2007. Acesso em: 7 out. 2007.

LENZA, Pedro. Reforma do judiciário. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6463>>. Acesso em: 16 dez. 2007.

MACHADO, Agapito. A nova reforma do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6378&p=3>>. Acesso em: 16 dez. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Manual do consumidor em Juízo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e Status*. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1967.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *O acesso à justiça e o ministério público*. São Paulo: Saraiva, 1998

MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELO, André Luís. Defesa dos pobres: limites da defensoria para ajuizar ação civil pública. Estadão: Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/58900,1>>. Acesso em: 7 out. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Marivaldo. Caminhos da justiça: permitir que defensoria ajuíze ação pública é um avanço. ANADEP. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=2466>>. Acesso em: 7 out. 2007.

QUEIROZ, Cláudia Carvalho. A legitimidade da defensoria pública para propositura da ação civil pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 867, 17 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7566>>. Acesso em: 29 set. 2007.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2001.

TAVARES; LENZA; ALARCÓN (Coords.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

THOMPSON, José (Coord.). *Acesso a la justicia y equidad*. San José, BID, 2000.

VARGAS, Cirilo Augusto. *ADI nº 3.943: atentado contra a democracia*. Artigo Publicado no site da Associação Nacional dos Defensores Públicos do Rio de Janeiro ANDPRJ.

VIANNA, Werneck; CARVALHO, M^a Alice Resende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo

Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, set. 1999.

WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária como acesso à ordem jurídica justa. *Revista da procuradoria geral do estado de São Paulo*, v. 22, jan./ dez. 1994.

WEINBERG, Mônica. A renda engessa tudo. Disponível em: <http://www.care.org.br/?pobreza_artigos11>.

Sites Consultados

<<http://www.defensoriapublica.gov.br/noticias/2006/rls200306dpu.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2007.

<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/40000,1>>. Acesso em: 23 mar. 2007.

<<http://www.diariodecuiaba.com.br/detalhe.php?cod=238348&edicao=11385&anterior=1>>. Acesso em: 5 jan. 2006.

<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/37354,1>>. Acesso em: 4 jan. 2008.

<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/39950,1>>. Acesso em: 2 jan. 2008.

Novos modelos contratuais para uma nova matriz energética

Aspectos jurídico-econômicos para produção de biocombustíveis no Brasil

Nunziata Stefania Valenza Paiva

Sumário

Apresentação: a origem do PNPB. 1. Marco legal dos biocombustíveis no Brasil. 2. O fenômeno da quase-integração. 3. Aspectos jurídicos das relações contratuais de produção integrada no Brasil. 4. Os contratos de integração vertical agroindustriais na produção do biodiesel. 4.1. Eficiências e ineficiências do PNPB sob o enfoque da análise econômica do direito e das organizações. 5. Conclusões.

Apresentação: a origem do PNPB

Não seria possível discorrer acerca dos contratos de integração para a produção de biocombustíveis no Brasil, tema central deste trabalho, sem antes fazer uma referência, ainda que breve, ao Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel (PNPB) lançado oficialmente em 6 de dezembro de 2004. O PNPB nasceu após os estudos de viabilidade da produção e uso do biodiesel no Brasil realizado por um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) com ampla participação dos setores interessados (universidades, pesquisadores, fabricantes, produtores, governos e indústria automobilística, entre outros). O debate levou à conclusão de que o biodiesel poderia ser um vetor de contribuição para a promoção da inclusão social de pequenos agricultores em regime de economia familiar, para a geração de renda e diminuição das desi-

Nunziata Stefania Valenza Paiva é Professora de Direito Internacional Privado e Direito Civil da Escola de Estudos Superiores de Viçosa - ESUV; mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UFMG; ex-bolsista do Istituto di Diritto Agrário Internazionale e Comparato - Firenze - Itália; bacharel em direito pela Universidade Federal de Viçosa - UFV; advogada.

gualdades regionais, para a economia de divisas e redução da “petrodependência”¹. Enfim, para a redução da emissão de poluentes com impacto positivo nas questões ambientais e da sanidade da população. É preciso ainda ressaltar que a palavra “biodiesel” até então não existia legalmente no Brasil, tendo sido criada pela lei 11.097 de 13.01.2005, que o definiu como “biocombustível derivado de biomassa renovável para uso em motores a combustão interna com ignição por compressão, ou, conforme regulamento, para geração de outro tipo de energia que possa substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil”².

A razão motivadora da criação do PNPB assenta-se basicamente nos seguintes pontos: a energia é espécie de combustível indispensável ao desenvolvimento; o petróleo, até então principal fonte de combustíveis, tende a esgotar em prazos relativamente curtos; o Brasil tem nítido potencial, pelas condições de solo e clima, para produção de biomassa. Sendo assim, a definitiva segurança energética passa pela capacidade de cada país de produzir combustíveis de fontes renováveis, e o biodiesel é uma dessas possibilidades. Nesse contexto, o governo pretendeu engajar pequenos produtores da agricultura familiar e aqueles das regiões mais pobres do país na cadeia produtiva do biodiesel, por meio de incentivos normativos como a criação do Selo Combustível Social e reduções tributárias.

1. Marco legal dos biocombustíveis no Brasil

Como dito anteriormente, a palavra biodiesel foi efetivamente construída por força

¹ Denominação dada à clássica dependência do petróleo importado.

² Lei 11.097/05 de 13 de janeiro de 2005. Dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira e dá outras providências. *Diário Oficial (da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 jan. 2005. Seção 1, p. 8.*

de uma normativa legal. Assim, pode-se referir a um marco legal para a produção e uso do biodiesel no Brasil um conjunto de leis ordinárias complementadas por inúmeros decretos e resoluções emitidos pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) e pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, que manteve a sigla ANP, embora tenha sofrido o acréscimo de competência para fiscalizar e regular a produção e comercialização de biocombustíveis. Entre as leis ordinárias, destacam-se a lei 11.097, de 13 de janeiro de 2005, que dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira definindo o biodiesel, estabelecendo a mistura obrigatória nos combustíveis fósseis utilizados de 2% e 5% até 2013, e ainda amplia a competência da ANP.

Igualmente relevante como fonte normativa de base é a lei ordinária 11.116, de 18 de maio de 2005, que dispõe sobre a exigência de registro, na Secretaria da Receita Federal, do produtor e do importador de biocombustíveis e, ainda, sobre a incidência de tributos federais diferenciados por região, por matéria-prima e tipo de agricultor. A lei-base do chamado “modelo tributário aplicado ao biodiesel” é complementada pelo Decreto 5.297 de 2004 e seu diploma alterador, Decreto 5.457 de 2005, que criam o Selo Combustível Social e instituem os coeficientes de redução do PIS/CONFINS. Por fim, as instruções normativas do MDA nº 01 de 5 de julho de 2005 e a nº 02 de 30 de setembro de 2005 dispõem sobre os critérios para o enquadramento social das empresas produtoras de biodiesel; sobre os percentuais mínimos de aquisição de matéria-prima de produtores agrícolas em regime familiar para que a empresa possa obter os benefícios da lei; a obrigatoriedade da co-participação das instituições representativas dos produtores rurais nas propostas de contrato de cultivo e venda de matéria-prima para as indústrias processadoras do biocombustível; sobre o conteúdo mínimo desses contratos.

2. O fenômeno da quase-integração

No contexto das sociedades industrializadas, as mudanças qualitativas das relações entre a agricultura e a indústria constituem um dado novo. As modificações mais significativas, segundo Jannarelli (1993), surgem das profundas transformações ocorridas no setor industrial e que interessam, a princípio, às indústrias alimentícias.

As indústrias alimentícias, buscando posicionar-se no mercado competitivo cada vez mais agressivo, adotaram modernas técnicas de *marketing*, fundadas preferencialmente sobre a diferenciação dos produtos a serem oferecidos no mercado consumidor. Particularmente, para assegurar fontes constantes de fornecimento de matéria-prima idônea destinada à transformação industrial, optaram por uma política contratual de integração. Nesse sentido afirma Jannarelli (1993, p.111)

“In alternativa alla soluzione, economicamente non sempre praticabile, di inglobare nell’attività di impresa anche la fase agricola (integrazione verticale in senso stretto), ossia quella legata alla produzione della materia prima, l’integrazione mediante contratto (ossia la quasi-integrazione) ha rappresentato il veicolo attraverso il quale l’impresa industriale o commerciale operante nel settore dell’alimentazione si è indirizzata alla creazione di una propria rete di fornitori di prodotti agricoli con l’obiettivo, soprattutto, di orientare l’offerta alle esigenze specifiche proprie dei processi di trasformazione e di commercializzazione dei prodotti.”

Assim, pode-se dizer que os contratos de integração vertical agroindustriais, nesse âmbito, realizam o importante papel de instrumento de modernização da agricultura, por meio da cooperação entre os setores produtivo, transformador e comercializador. Se, a princípio, esse fenômeno de “quase-integração” interessa apenas às

indústrias de alimentos e aos produtores de gêneros alimentícios, atualmente pode-se afirmar que a coordenação dos setores industrial e rural atinge áreas diversas tais como a produção de biocombustíveis. Cresce, assim, a importância de estudos sistematizados dessa modalidade contratual cuja função socioeconômica poderia ser sintetizada no seu potencial de fortalecer a atividade empresarial pela minimização dos riscos existentes, sobretudo às oscilações de mercado.

Preliminarmente, faz-se necessária uma definição geral do fenômeno da integração, que deverá referir-se ao fenômeno de origem econômica, enquanto a definição jurídica só é possível de se obter a partir da análise da disciplina legal de cada país.

O fenômeno da integração indica certo tipo de interação econômica entre duas partes que desenvolvem uma das operações do ciclo produtivo referentes à produção, transformação e venda de um determinado produto. Existe um centro de decisões que se concentra na parte que desenvolve ao menos duas das operações descritas anteriormente e que normalmente seriam desenvolvidas por diferentes núcleos operativos. São possíveis formas de integração em diferentes níveis, como, por exemplo, no setor distributivo para ligar o produtor ao varejista. Distinguem-se duas formas de integração, quais sejam, a horizontal, na qual as partes pertencem à mesma categoria econômica, e a vertical, em que as partes pertencem a categorias diferentes.

Mas deve-se observar que, na realidade, frequentemente não se realiza uma verdadeira e própria integração vertical, mas simplesmente o fenômeno que os economistas chamam de “quase-integração”, e que corresponde ao meio-termo entre a integração total e o livre mercado³. Também chamada

³ Vide Jannarelli (1981, p. 327), segundo o qual “l’espressione quasi-integrazione, ovvero integrazione mediante contratti, è usata nella letteratura economica per descrivere quei rapporti che su base contrattuale si organizzano tra diversi settori produttivi al fine di coordinare l’attività di imprese operanti nei vari

de integração contratual, tal forma integrativa conserva a independência jurídica das partes, ao contrário da integração total, em que haveria a perda da independência econômica e jurídica de uma das partes, e do livre mercado, no qual se conservam a independência econômica e jurídica⁴.

As formas de integração mencionadas podem ser encontradas basicamente em todos os setores produtivos, e, particularmente, no setor produtivo agrícola a integração é frequente, seja na forma horizontal como na vertical. A integração horizontal é fundamental para a correção dos efeitos negativos derivados da excessiva fragmentação das unidades produtivas, e isso seja do ponto de vista de poder contratual em relação aos setores fornecedores de insumos e adquirentes de matéria-prima agrícola, seja da obtenção da economia de escala para específicas funções produtivas⁵. A integração horizontal favorece ainda uma maior homogeneidade da produção agrícola, de forma que o mercado possa ser abastecido de produtos padronizados, segundo tipos bem definidos, e possam subtrair os agricultores da bem conhecida inferioridade contratual nas relações com os demais setores da economia. Portanto, o objetivo fundamental dessa forma de integração é a correção das distorções de mercado dos produtos agrícolas e a expansão

segmenti della catena produzione - trasformazione distribuzione dei beni sotto la direzione di un polo integratore. Tais relações desenvolvem, sem dúvida, um papel restritivo no mercado, o que nos leva a uma interessante análise de sua compatibilidade com as normas vedam as restrições à concorrência.

⁴ O contrato de *sous-traitance* realiza perfeitamente o fenômeno da quase-integração, desenvolvendo a tarefa de ligar economicamente os *sous-traitants* à empresa chefe, permitindo-lhes conservar a plena independência econômica. Em particular, vide Traisci (1992, p. 555).

⁵ Pela economia de escala, que se torna possível utilizar os processos que dão lugar a economia dos custos unitários, economias conexas à utilização ótima dos equipamentos, da atividade administrativa e de outros serviços que de forma alguma as empresas não integradas poderiam conseguir sozinhas devido a sua insuficiente dimensão. Vide Cecchi; Cianferoni; Pacciani (1991, p. 279-309).

do campo em que o mecanismo do preço competitivo pode surtir efeitos. Por isso, as formas de associação de produtores, como as cooperativas e consórcios, são sempre bem vistas e numerosas as normativas que incentivam tais associações.

A forma integrativa vertical é menos presente na prática, pois implica a concentração de custos e riscos e pode ser representada por uma empresa industrial ou comercial que cultiva um fundo agrícola próprio, utilizando a produção na própria atividade de transformação ou comercialização. As condições econômicas que levam a empresa a efetuar a integração vertical podem ser resumidas da seguinte forma: a primeira refere-se ao fato de que a integração pode reduzir ou eliminar alguns custos de transferência dos produtos de uma fase a outra; a segunda consiste na possibilidade de se assegurar tanto o abastecimento quanto a venda de produtos e serviços que, de outra forma, poderiam encontrar obstáculos no mercado; a terceira deriva do fato de que a integração pode ser determinada por condições de riscos existentes no canal distributivo relativos a preços no momento de venda ou aquisição e características qualitativas da oferta e da demanda futura (comunicação e informações mais eficientes reduzem o risco da atividade comercial); a última refere-se à possibilidade de alcançar algum controle do mercado pela capacidade de influenciar a formação dos preços ou colocar em ação políticas de mercado a seu favor.

No entanto, a forma de integração que vem se desenvolvendo com maior frequência é a contratual, representada por uma empresa industrial ou comercial que adquire os produtos necessários à própria atividade, mediante um ou mais contratos de cultivo ou de criação de animais, estabelecidos com uma empresa agrícola. Essa chamada integração contratual ou quase-integração, que atua por meio de contratos, pode apresentar um vínculo de agregação mais ou menos estreito entre as

partes. Assim, haverá a quase-integração parcial quando o vínculo entre as partes for mais brando, de forma que a empresa industrial ou comercial se integre à empresa agrícola para garantir o seu fornecimento de matéria-prima. De outra forma, haverá a quase-integração total quando a parte agrícola se vincula à parte industrial ou comercial, garantindo-lhe o fornecimento de matéria-prima e recebendo dela provisões de insumos, financiamentos e assistência técnica.

Do ponto de vista econômico, resultados de observações empíricas⁶ indicam que a atividade regulada por contratos de integração gera profundas transformações tecnológicas e organizacionais, além de caracterizar os produtores integrados como um conjunto diferenciado de produtores rurais. Na verdade, as empresas integradoras esperam que os integrados atuem como empresários e tenham disposição para investir, buscando assim assegurar o fornecimento constante de matéria-prima e sua estabilização.

Os contratos de integração vertical vêm sendo fortemente utilizados tanto nos setores da industrialização como da comercialização. A maioria da produção de legumes para processamento industrial na França, na Holanda, no Reino Unido, na Itália, na Espanha e no Brasil, somente para citar alguns países, é produzida sob contratos que não são meramente de entrega e de venda, mas se constituem em “contratos de transferência administrativa ou empresarial”, em que as firmas contratantes são responsáveis por muitas ou todas as tomadas de decisão, ou pela execução de atividades do processo de produção agrícola, incluindo oferta de insumos, determinação das épocas de plantio e tratamento, e até mesmo realizando a colheita e o transporte.

Os contratos que começam a ser celebrados no Brasil entre produtores de matérias-primas cujo uso destina-se à produção

de biocombustíveis no Brasil, tais como mamona, soja, dendê, pinhão-mansão, vêm sendo construídos consoante a lógica da integração vertical parcial e em formato contratual bastante semelhante à já consolidada prática brasileira de integração nos setores da avicultura e suinocultura. Contudo, a pronta intervenção do Estado em regulamentar essa específica inter-relação, conferindo ainda incentivos sob a forma das sanções premiais – no binômio selo social e isenção fiscal –, bem como a preocupação em traçar limites para a confecção dos contratos individuais e, de alguma forma, exigindo a participação de entes coletivos representativos dos produtores, são, sem dúvida, traços distintivos entre o modelo de integração contratual praticado no setor alimentício sem qualquer intervenção do Estado e o modelo esboçado para a cadeia produtiva do biodiesel.

3. Aspectos jurídicos das relações contratuais de produção integrada no Brasil

No Brasil, a utilização de modelos contratuais distanciados no seu conteúdo e função dos modelos típicos do Código Civil e que regulam as relações de colaboração entre os setores produtivos agropecuário e agroindustrial é uma realidade latente há mais de vinte anos. A observação na prática dos negócios indica uma nítida multiplicação dessa modalidade contratual no Brasil, no mesmo ritmo em que se modernizam as relações agricultura-indústria, mas se trata ainda de uma modalidade contratual autônoma desprovida de tutela legal específica. A lacuna deixada pela falta de regulamentação legal, bem como da precisa qualificação doutrinária e jurisprudencial, precisa ser vencida. Mormente quando se observa o espriar-se dos modelos contratuais de integração vertical agroindustriais, antes terreno solitário da matéria-prima alimentícia, para o novel setor de produção de biocombustíveis. Nesse sentido,

⁶ Nesse sentido, vide Bando (1998, p. 9); Alves (1998, p. 7-9); Silveira (1997); Valenza (2005).

uma adequada conceituação, classificação e interpretação sistematizada da doutrina jurídica é de grande importância, inclusive porque se entende não seja possível separar economia, direito e organizações. O avanço no plano econômico do Plano Nacional de Produção de Biodiesel depende da construção e re-construção de instituições, entre as quais o Direito, mais adequadas à nova demanda social. Segundo Zylberstajn e Sztajn (2005, p.7),

“As organizações são relações contratuais coordenadas (governadas) por mecanismos idealizados pelos agentes produtivos. Se a firma pode ser entendida como um nexo de contratos, então problemas de quebras contratuais, de salvaguardas, de mecanismos criados para manter os contratos e, especialmente, mecanismos que permitam resolver problemas de inadimplemento, total ou parcial, dos contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter destaque na Economia. Além disso, fazem a ponte para as Organizações, através do Direito.”

A integração do setor primário ao setor industrial provocou uma profunda revolução no mundo agrícola. A importância dessas formas integrativas destinadas a uma forma de organização dos mercados (oferta de produtos agrícolas orientada, em última instância, pelo mercado consumidor) levou os Estados a se ocuparem de algumas formas de intervenção. Entre as muitas técnicas e modelos utilizados, nota-se que as legislações europeias privilegiaram o incentivo ao desenvolvimento de associações de produtores e à organização dos mercados agrícolas pelas chamadas “leis de orientação agrícola”, que preveem dispositivos de acordos entre setores produtivos diversos. É o que acontece na Itália com os “*accordi interprofessionali*” e na França com os “*accords interprofessionels a long terme*”. No Brasil, o modelo proposto para a produção de biodiesel tem algo de inédito, pois, pela

primeira vez, o Estado intervém de forma a estimular a participação de setores produtivos excluídos, como a agricultura familiar, sem a injeção própria de recursos públicos, mas criando uma rede de incentivos para a colaboração das empresas privadas e com a legitimação contratual por parte do sindicalismo. Segundo Accarini (2006, p. 61), no que se refere ao programa nacional de biodiesel, “o papel das políticas públicas tem sido o de propiciar condições para que o mercado de biodiesel funcione de forma mais eficiente possível e de dar suporte aos elos mais frágeis do mercado”, que seriam os agricultores familiares de um lado e os consumidores de combustíveis na outra ponta da cadeia. Quanto à questão da eficiência do programa brasileiro de biodiesel, o uso da ferramenta da análise econômica do direito e das organizações é de fundamental importância, pois pode permitir perceber riscos futuros potenciais inerentes ao ambiente institucional desenhado e com isso permitir a criação de salvaguardas.

Grande é a dificuldade ao se dar tratamento jurídico às formas de integração contratual que apresentam problemas de reequilíbrio do poder contratual e buscam soluções jurídicas diversas daquelas destinadas simplesmente a regular a colocação dos produtos no mercado. É preciso estar atento para o grau de intervencionismo na matéria que originariamente é de domínio dos particulares.

A intervenção estatal por meio de legislação específica é importante para garantia do produtor, uma vez que este se encontra em posição contratual mais fraca, e para garantia da agroindústria, uma vez que permite sejam fixadas as definições e os limites para a aplicação das normas jurídicas vigentes no país, sobretudo em termos tributários, trabalhistas e previdenciários. É importante, ainda, para a própria existência dessa categoria contratual destinada a servir de instrumento de organização do mercado agrícola. Contudo, é preciso que esse intervencionismo não comprometa

a necessária autonomia da vontade das partes. Por isso, muitas vezes, a opção das legislações europeias em disciplinar os contratos de integração vertical agroindustriais junto à disciplina das associações parece ser mais sábia, pois coloca lado a lado a autonomia individual e a autonomia coletiva: uma garantindo a liberdade na contratação, e a outra o equilíbrio entre as partes no contrato.

Embora o marco legal até o momento editado não tenha se preocupado com a questão da normatização dos contratos de integração, nem tenha avançado na disciplina das organizações coletivas interprofissionais como entes legitimados a representar os interesses das partes contratantes, produtores e industriais, nas negociações e na fase de cumprimento dos contratos, algum avanço pode ser sentido quando o Estado, por meio de incentivos positivos, vincula a produção do biodiesel à participação colaborativa das empresas privadas, dos produtores familiares e dos sindicatos, que vão legitimar as contratações de matérias-primas destinadas à indústria.

4. Os contratos de integração vertical agroindustriais na produção do biodiesel

A política pública de incentivo ao uso e à produção do biodiesel no Brasil tem como um de seus objetivos o de ser um instrumento de promoção da inclusão social de agricultores familiares mediante a geração de renda devido ao engajamento na cadeia produtiva do biodiesel. Segundo Abramovát e Magalhães (2007), a integração contratual que ocorre na produção do biodiesel proposta no PNPB é mais do que um caso típico, já conhecido nas cadeias de produção de alimentos como na avicultura e fruticultura. O que se tem é um padrão inédito de funcionamento do próprio mercado e sua coordenação. Nesse novo padrão, as empresas se apóiam no movimento sindical

(na entidade coletiva de organização dos trabalhadores rurais) para selecionar seus fornecedores de matéria-prima, bem como para negociar os contratos e organizar a oferta de matéria-prima, controlando a qualidade do produto mediante um aparato de assistência técnica que ocorre durante todo o processo produtivo no campo, sendo garantido aos produtores um preço mínimo e garantia de compra do produto. Nesse quadro, o Estado participa oferecendo os incentivos adequados, entre os quais criando o selo social que permite aos detentores dessa “certificação” participar dos leilões organizados pela Agência Nacional do Petróleo, assim como usufruir importantes isenções fiscais.

A dimensão da produção do biodiesel ultrapassa certamente o campo da produção e colocação do produto no mercado. Abre caminho para a incorporação de temas como a responsabilidade social das empresas, a segurança alimentar na integração com a produção de alimentos e a preservação ambiental na medida em que biocombustíveis ajudam na diminuição de gases poluentes e trabalham a integridade ecológica dos territórios agrícolas por onde os produtos da matéria-prima se expandem.

Basicamente três são os atores sociais envolvidos na produção do biodiesel: as empresas que produzem o biodiesel, os produtores rurais, entre estes os agricultores familiares, os sindicatos dos trabalhadores rurais e o Estado, por meio do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA). Segundo Abramovát e Magalhães (2007), não se trata do mesmo tipo de relação que empresas integradoras de pequenos animais mantêm com os agricultores do Sul do país, porque, no caso do biodiesel, os contratos são “monitorados socialmente, regulamentados pelo governo e sujeitos a negociações que não se limitam à empresa e aos agricultores”. Os sindicatos teriam um papel que vai além da defesa dos interesses dos agricultores para assumirem um vivo

papel normativo na formulação e execução dos contratos.

A base do incentivo estatal à participação das empresas no PNPB é a normativa que determina como obrigatória a mistura de 2%, começando em 2008 e atingindo 5% em 2013, de matéria-prima energética não fóssil na composição do óleo diesel mineral. Essa regra normativa cria de alguma forma uma garantia de que haverá mercado para o produto e um mercado crescente. Uma vez dado o incentivo pela norma, é possível inserir medidas de caráter social, que seria a promoção da participação na cadeia produtiva dos agricultores familiares⁷, uma categoria marginalizada no mercado e que de outra forma provavelmente não participaria dessa cadeia produtiva. A norma dispõe que as empresas somente poderão participar dos leilões nos quais a PETROBRAS realiza a compra antecipada da produção de biodiesel (novamente a ideia de garantia de mercado) e precisam apresentar o selo social.

O selo social é espécie de certificação social atribuída pelo MDA, tendo por base uma minuciosa análise do contrato de integração que as empresas e os produtores firmaram, com a participação do sindicato de trabalhadores rurais do município, em que a produção da matéria-prima do biodiesel será efetivada. A norma, contida na Instrução Normativa do MDA nº 02, de 30 de setembro de 2005, art. 3º, fixa os parâmetros para a obtenção do selo, criando percentuais diversos de participação obrigatória da agricultura familiar no montante de matéria-prima adquirida pela empresa processadora, dependendo ainda da região

⁷ Agricultor familiar é aquele que explora direta e pessoalmente com auxílio de sua família propriedade familiar. Esta é definida pelo art. 4, inciso II, Estatuto da Terra (lei 4.504/64) como sendo "o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalhado com a ajuda de terceiros".

geográfica onde se encontra, com o objetivo transversal de promover para atenuar as disparidades regionais no Brasil. Assim, no Nordeste e semiárido, o percentual mínimo de aquisição de matéria-prima advinda de agricultores familiares integrados é de 50%, para as regiões Sudeste e Sul 30%, e para o Norte e Centro Oeste 10%.

No entanto, a garantia de compra do produto representada pelo selo social não é o único incentivo normativo criado para fazer com que as empresas negociem com os pequenos agricultores. Há ainda importantes isenções fiscais. Nesse ponto, o incentivo tem caráter duplice: visa estimular a relação contratual entre empresas e agricultores familiares e ainda beneficia o uso de matérias-primas pouco empregadas na produção do biodiesel, como a mamona e o dendê, mais adaptáveis ao sistema de produção familiar. Além disso, a norma se revela em importante incentivo a policultura no lugar das monótonas monoculturas até hoje implantadas como fontes para a produção de biocombustíveis, e que se expandem por vastas áreas, inclusive contribuindo com o crescente desmatamento, como o que ocorre com a cana de açúcar e a soja.

O controle sobre o cumprimento das percentagens estabelecidas na lei vem dos contratos de integração individuais assinados com os produtores, mas que são também assinados e monitorados pelos Sindicatos dos Trabalhadores do Município em questão.

Quanto à forma e ao conteúdo desses "novos" modelos contratuais de integração, o art. 5º da Instrução Normativa do MDA nº 02, de 30 de setembro de 2005, dispõe que a proposta de contratos terá a participação de pelo menos uma representação dos agricultores familiares. A interpretação literal da norma indica que já na fase de negociação do contrato deverá existir a participação dos sindicatos, e não a mera aposição de assinatura deste no instrumento contratual pré-elaborado pela empresa industrial. O

parágrafo único do mesmo artigo determina o conteúdo mínimo a ser observado nos contratos: prazo contratual; o preço de compra do produto e os critérios de reajustes de preços; condições de entrega da matéria-prima; as garantias contratuais; a assinatura de concordância da entidade representativa do agricultor familiar que participou das negociações comerciais.

Dispõe a norma supracitada que se constitui em requisito obrigatório para a obtenção do selo social que a empresa disponibilize e opere um plano de assistência e capacitação técnica dos agricultores familiares, que serão atendidos individualmente.

Enfim, por todas as características contratuais apresentadas, pode-se concluir que o PNPB absorveu o modelo contratual autônomo que realiza o fenômeno da quase-integração já amplamente utilizado em outros setores, como a integração operada nos setores avícola e suinícola, entre outros. A construção de um conceito dos contratos de integração vertical agroindustriais, certamente, terá por base os elementos essenciais que os caracterizam. São estes: a reciprocidade das obrigações de fazer e de dar⁸; o fornecimento recíproco de bens ou serviços; a dominação, que é um critério identificável no poder de controle e direção exercido pelo pólo integrador na busca da qualidade dos produtos; a função de troca e de cooperação pela qual se pretende resolver o problema da irregularidade na oferta de matéria-prima para a indústria e a dificuldade de colocação no mercado dos produtos agrícolas pelo produtor;

⁸ A dependência recíproca entre agentes econômicos torna o planejamento especial, dando-lhe perfil menos competitivo. Não que isso signifique o desaparecimento da concorrência, mas há uma espécie de rotina associativa entre unidades produtivas que aparece fora do tradicional esquema de constituição de sociedades. Ocorre sob outras formas para facilitar o exercício da atividade em regime de especialização e cooperação de longo prazo. Não há necessidade de ter um único centro de imputação da atividade, que se exerce ao longo da cadeia produtiva. Vide Sztajn (2004, p. 14).

os sujeitos da relação, que são sempre o produtor agrícola de um lado e a empresa industrial do outro, ou melhor, a empresa agrária de um lado e a empresa industrial ou comercial do outro lado.

A diferença entre os contratos da cadeia do biodiesel e os contratos da cadeia alimentícia parece residir no arranjo institucional criado pelo Estado, que permitiu a sua intervenção indireta por meio de mecanismos entrelaçados de incentivos, dentro de uma política pública de uso e produção de biocombustíveis, enquanto que na cadeia alimentícia, no tocante aos contratos de integração, nota-se uma absoluta abstenção do Estado em intervir, deixando completamente lacunosa a disciplina a ser dada às relações privadas nascidas dos contratos de integração agroindustriais. Contudo, a partir dos primeiros marcos legais da produção do biodiesel, conforme tratado no item 1, impõem-se os seguintes questionamentos: pode-se dizer que no Brasil a partir da Instrução Normativa nº 02, de 30 de setembro de 2005, do MDA, que dispõe entre outras coisas a obrigatoriedade da co-participação das instituições representativas dos produtores rurais nas propostas de contrato de cultivo e venda de matéria-prima para as indústrias processadoras do biocombustível e sobre o conteúdo mínimo desses contratos, que haveria uma tipificação legal direta dos contratos de integração vertical agroindustriais? Não haveria também a possibilidade de se considerar uma tipificação indireta a partir dos modelos contratuais-tipos formulados pelas empresas e sindicatos dos trabalhadores rurais/agricultores familiares? Terão os sindicatos condições de serem bem sucedidos na tarefa normativa, ou seja, contribuir para elaboração de contratos de integração de cunho coletivo (tarefa essa já bem consolidada no direito do trabalho)?

Certamente a inter-relação empresa-agricultor familiar, criada na cadeia do biodiesel, ainda não foi estabilizada e nada garante que terá vida longa; contudo, o

mérito reside no avanço institucional significativo que numa análise, ainda que breve, parece ter fortes chances de se consolidar.

4.1. *Eficiências e ineficiências do PNPB no enfoque da análise econômica do direito e das organizações*

A Economia pode, de forma simplificada, ser conceituada como ramo das ciências sociais aplicadas destinado à análise da forma pela qual a sociedade gera, organiza e usufrui dos limitados recursos materiais com o objetivo de atender as suas necessidades. O Direito, por sua vez, também numa concepção simplificada, pode ser conceituado como ramo das ciências sociais aplicadas destinado ao estudo de princípios e regras destinados a reger as condutas das pessoas na sociedade e que, no seu conjunto, vão compor um sistema jurídico. A princípio poder-se-ia pensar, como de fato ocorria há algumas décadas, na existência de um abismo intransponível entre Direito e Economia, pois ao Direito alinhava-se a ideia de valores entre os quais a justiça, enquanto a Economia dizia respeito à eficiência. Contudo os estudos interdisciplinares, que, numa discussão contemporânea, tem como pioneiros Ronald Coase, Guido Calabresi e Trimarcchi, apontaram novos aspectos na relação Economia e Direito, contribuindo para o esmorecimento do mito da existência da completa incomunicabilidade entre Ciência econômica e Ciência jurídica. Algumas interfaces podem, de plano, serem percebidas.

O economista de hoje não é desprovido de uma escala de *valores* e o fundamento dessa escala de valores é a *eficiência econômica* com a suposição de que o homem é um maximizador racional dos objetivos de sua vida e de suas satisfações. Os instrumentos conceituais de Posner são a noção de preço, de custo, de custo de oportunidade, de alocação dos recursos da maneira mais vantajosa. Eficiência no trabalho de Posner significa, portanto, o aproveitamento dos recursos econômicos de modo que o *valor*, ou seja,

a satisfação humana medida pela vontade de pagar por produtos e serviços, alcance o nível máximo (Cf. ALPA, 1982, p. 11).

Por sua vez, o critério da eficiência não é uma ideia afastada do Direito, muito pelo contrário, pois aferir a eficiência ou ineficiência de leis e decisões judiciais condiz com a produção melhor ou pior dos efeitos pretendidos pela norma em abstrato no mundo das relações concretas. Pode-se partir da ideia de que o “direito não dá comandos impossíveis, pois comandos impossíveis não serão cumpridos” (Cf. ALPA, 1982, p. 11), compreender que a maior ou menor efetividade das normas está relacionada com a escolha pela norma dos incentivos (sanções restritivas e sanções premiais) mais ou menos adequados. Embora a eficiência econômica, corporificada pela maximização na geração e distribuição da riqueza disponível em uma dada sociedade, não seja o único valor a ser perseguido pelo ordenamento jurídico, é certamente um dos valores a serem implementados. Trata-se de valor-meio na medida em que consiste num instrumento pelo qual se permite ao indivíduo a plenitude de outros valores fundamentais, tais como a liberdade e dignidade humana (Cf. COOTER; ULEN, 2005, p. 4).

A partir da ideia defendida por Coase de que “as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos” e de Guido Calabresi de que “uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões” (Cf. ZYLBERSTAJN; SZTAJN, 2005, p. 2), torna-se clara a relevância dos estudos interdisciplinares da Economia e do Direito levados a efeito pela Análise Econômica do Direito que, conforme Silva (2006, p. 3), “é a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos no estudo da formação, dos processos e do impacto das normas e instituições jurídicas, sendo estas vistas como variáveis dentro do sistema econômico e não como fatores externos a ele”. A análise econômica deve considerar

o “ambiente normativo” que envolve os agentes econômicos para não “correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas”, por não ter em consideração às sanções impostas ao comportamento dos agentes (Cf. ZYLBERSTAJN; SZTAJN, 2005, p. 2).

A análise econômica tem aspectos positivos e normativos. No primeiro, a função da análise econômica seria o de prever os efeitos das regras de direito, analisando como os agentes econômicos vão reagir às mudanças nas regras jurídicas. Esse tipo de análise posteriormente pode ser usado com fins normativos, ou seja, a partir dos esclarecimentos produzidos na análise positivista, procura-se estabelecer recomendações de políticas públicas e modelos normativos diversos baseados nas várias conseqüências econômicas (Cf. PINHEIRO; SADDI, s.d, p. 23). A análise econômica tem um papel explicativo e prescritivo do modelo normativo do Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel. Em primeiro lugar, porque permite denunciar os efeitos das normas criadas para permitir a implantação do programa, e depois porque, uma vez identificados os efeitos, caberá ao legislador, a partir dessa informação, decidir se esses efeitos são ou não adequados aos valores prevalentes na sociedade, podendo inclusive modificar a normativa de forma a tornar o PNPB mais eficiente.

Enfim, é preciso estabelecer um significado para a eficiência. Diz-se que o Direito é eficiente, segundo a regra de Pareto, “quando molda a conduta dos indivíduos de forma a incentivá-los a alocar os recursos materiais disponíveis na propriedade daqueles que mais os desejem.” Para Pimenta (2006, p. 164), numa outra concepção de eficiência “haverá um ganho real no bem-estar e riqueza da sociedade quando determinada conduta ou ato economicamente relevante redistribuir os bens e serviços disponíveis de forma que os agentes econômicos afetados pelos efeitos dessa medida econômica não estejam dispostos a retornar à posição

original ainda que recebam, em dinheiro, o valor correspondente ao acréscimo em seus bens e serviços que a medida ou conduta em análise os atribuiu”. A análise econômica do direito pressupõe que a conduta conforme a lei ou desconforme a ela é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não. Os agentes pautam suas condutas analisando previamente a melhor relação custo *versus* benefício. Assim, a sanção jurídica será o elemento encorajador ou desencorajador do cumprimento do preceito contido na norma de direito; não será o mero temor ao poder de coerção do Estado a fazer com que indivíduos dirijam suas condutas de acordo com o dispõem as normas, será, em primeira e última instância, uma análise econômica de custos e benefícios nos quais incorrerão caso o façam ou deixem de fazê-lo.

Na perspectiva de análise custo/benefício, podem ser elucidadas algumas vantagens e algumas desvantagens (riscos) extraídas do modelo legal, base do Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel.

Para que a indústria fabricante do biodiesel venha aderir ao PNPB, contratando a compra de matéria-prima dos pequenos agricultores familiares na forma descrita pela instrução normativa nº 02 de 30 de setembro de 2005 do MDA, ou seja, obedecendo ao percentual mínimo de quantidade a ser contratada e fazendo-o com a intermediação dos sindicatos de trabalhadores rurais, dois importantes incentivos foram dados a elas. Trata-se da redução da carga tributária federal incidente sobre o biodiesel, tendo sido fixada alíquota zero para o IPI, não incidência da CIDE-petróleo, redução proporcional do PIS/Pasep e Cofins. A tabela⁹ apresentada a seguir mostra resumidamente a incidência de tributos federais e a comparação com o diesel mineral.

⁹ Fonte: Decretos nº 5.298 de 06.12.2004; 5.297 de 06.12.2004 e 5.457 de 06.06.2005; Vide ainda: ABRA-MOVAY; MAGALHÃES, (2007).

Tributos federais incidentes sobre o biodiesel por tipo/origem da matéria-prima				
Tributos Federais	Agricultura familiar no Norte e Nordeste e Semi-árido com mamona ou palma	Agricultura familiar	Norte, Nordeste e Semi-árido com mamona ou palma Fornecedor diverso agricultura familiar	Diesel mineral
IPI	Alíquota zero	Alíquota zero	Alíquota zero	Alíquota zero
CIDE	Inexistente	Inexistente	Inexistente	R\$ 0,070
PIS/Pasep e Cofins	Redução de até 100%	Redução de até 68%	Redução de até 32%	R\$ 0,148
Total de tributos em R\$/litro	R\$0,00	R\$ 0,070	R\$ 0,218	R\$ 0,218

A redução da carga tributária estabelecendo um vínculo entre a agricultura familiar e as localidades brasileiras onde os níveis de desenvolvimento humano e econômico são mais críticos, bem como ao produto que servirá de matéria-prima para o biodiesel (mamona e palma) diverso daqueles já praticados no Brasil em sistema de plantio em grandes áreas, com alta tecnologia e monocultura, como é o caso da cana de açúcar e da soja, são medidas que contribuem, em parte, para atenuar uma já apontada desvantagem do programa, que seria a degradação ambiental e o perigo para a segurança alimentar. A expansão da cana-de-açúcar no centro oeste brasileiro, por exemplo, cultivada em grandes superfícies territoriais, levando a consequente monotonia da paisagem agrícola e com base em degradantes condições de trabalho dos cortadores de cana, poderia levar ao deslocamento da pecuária e do cultivo de soja cada vez mais em direção à Amazônia, aumentando ainda mais o desmatamen-

to. Aponta-se ainda como desvantagem genérica dos programas de produção de biocombustíveis a ameaça à segurança alimentar mundial, pois, como afirmam Abramovay e Magalhães (2007), citando Jean-Marc Boussard, a “generalização e a exclusividade no uso de biocarburantes como fonte de energia poderia constituir uma pressão insuportável sobre as terras agrícolas”. Os produtos que inicialmente constituíam matéria-prima primordialmente alimentar, agora passariam também a se constituírem em matéria-prima de um importante setor de produção de combustíveis, o que levaria a redução dos estoques mundiais de alimentos e aumento dos preços dos produtos agrícolas, que são base da alimentação da população mundial, notadamente, milho e soja.

Contudo, em contraponto às desvantagens expostas anteriormente, o PNPB criou incentivos positivos, redução de carga tributária é um deles, para que se privilegie a produção de matéria-prima para a indús-

tria do biodiesel que não estão na base da alimentação, como o dendê e a mamona, e que podem ser cultivados por pequenos agricultores, inclusive aproveitando áreas que já se encontram degradadas, como o semi-árido brasileiro.

Outra estratégia de incentivos estabelecida pela normativa do PNPB é a criação do selo social para o biodiesel. Trata-se de espécie de certificação ainda restrita ao aspecto social que é dada pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário às indústrias que cumpram os seguintes requisitos expressos nos artigos 2º, 6º, 7º da Instrução Normativa do MDA nº 01 de 5 de julho de 2005:

- Os percentuais mínimos de aquisições de matéria-prima do agricultor familiar, feitas pelo produtor de biodiesel para concessão de uso do selo combustível social estabelecidos em 50% (cinquenta por cento) para a região Nordeste e semi-árido, 30% (trinta por cento) para as regiões Sudeste e Sul e 10% (dez por cento) para as regiões Norte e Centro-Oeste.

- Para concessão de uso do selo combustível social, o produtor de biodiesel deverá celebrar previamente contratos com todos os agricultores familiares ou suas cooperativas agropecuárias de quem adquira matérias-primas. As negociações contratuais terão participação de pelo menos uma representação dos agricultores familiares, que poderá ser feita por: I. Sindicatos de Trabalhadores Rurais, ou de Trabalhadores na Agricultura Familiar, ou Federações filiadas à Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura Contag; II. Sindicatos de Trabalhadores Rurais, ou de Trabalhadores na Agricultura Familiar, ou Federações filiadas a Federação dos Trabalhadores da Agricultura Familiar Fetraf; III. Sindicatos de Trabalhadores Rurais ou de Agricultores Familiares ligados à Associação Nacional dos Pequenos Agricultores ANPA; e IV. outras instituições credenciadas pelo MDA.

- Para concessão de uso do selo combustível social, o produtor de biodiesel as-

segurará a assistência e capacitação técnica a todos os agricultores familiares de quem adquira a matéria-prima.

O selo combustível social confere ao seu possuidor o caráter de promotor de inclusão social dos agricultores familiares enquadrados no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar PRONAF. Terá validade de 5 (cinco) anos a partir da data de publicação no Diário Oficial da União. O MDA avaliará, em uma frequência anual, o cumprimento, pelo produtor de biodiesel, dos critérios de concessão de uso do selo combustível social, mediante realização de avaliação externa.

A obtenção do selo social traz para a indústria do biodiesel vantagens como a garantia de mercado representada pelo direito de participar dos leilões de compra de biodiesel realizados antecipadamente pela PETROBRAS, e ainda atribui ao seu produto uma marca social que poderá lhes proporcionar maiores oportunidades de acesso e menores riscos de contestação por parte dos consumidores. Atualmente não se nega mais a dimensão ética que permeia a atividade negocial, complementar às dimensões econômica e legal. O PNPB busca encorajar a formação do mercado do biodiesel no Brasil, notadamente, com a dimensão da responsabilidade social que, segundo Abramovay e Magalhães (2007), é o resultado da coalizão de três atores sociais: empresas que passaram a adotar a responsabilidade social como núcleo de seus negócios; os movimentos sociais que de uma postura de contestação passaram a condição de parceiros nos negócios; e o Estado que passou a exercer um papel de coordenação de antigos interesses antagônicos dos sujeitos envolvidos no processo.

O termo responsabilidade social corporativa significa de maneira ampla que as decisões a serem tomadas nos negócios serão permeadas por valores éticos que incorporam o respeito pelas pessoas, pelas comunidades e pelo meio ambiente. Agin-

do dessa forma, as empresas tendem a conquistar o respeito das pessoas e comunidades atingidas por suas ações, o engajamento dos seus colaboradores e a preferência dos consumidores (Cf. MACHADO FILHO; ZYLBERSZTAJN, 2007).

Assim, supõe-se que as vantagens da certificação social sejam superiores às desvantagens da indústria em restringir sua liberdade de atuação no mercado substancializado na obrigação de vincular-se por contrato de aquisição de matéria-prima aos agricultores familiares, nos percentuais mínimos fixados em lei e na forma contratual estabelecida.

Ainda no contexto das vantagens e desvantagens da contratação entre a indústria produtora de biodiesel e os agricultores familiares representados por seus sindicatos ou associações, tem-se o seguinte panorama: para as indústrias de biodiesel, a integração contratual representa uma estabilização das fontes de abastecimento de matéria-prima, aliada a vantagem de não ficarem dependentes de um só tipo de matéria-prima (como ocorre com a produção de etanol a partir da cana-de-açúcar) e se beneficiarem dos menores custos de produção da agricultura familiar. Em contrapartida, para os produtores rurais envolvidos no processo, há a vantagem da inserção na cadeia produtiva do biodiesel que de outra forma não seria possível para a pequena produção, pois historicamente a produção de matéria-prima para indústria de combustíveis sempre foi privilégio de grandes proprietários de terras (latifundiários). A integração contratual com a indústria garante-lhes a compra do produto, o preço mínimo pré-estabelecido, o aporte de tecnologia, uma vez que o PNPB exige a execução de um plano de assistência técnica a cargo da indústria, além do que a intermediação dos sindicatos pode agir diretamente na negociação dos preços da matéria-prima e na organização do novo mercado.

Embora a indústria com a inserção no PNPB incorra em custos e despesas

consideráveis, como para a prestação da assistência técnica individualizada dos seus integrados, os agricultores familiares contam com vantagens conforme já discutido anteriormente, além do fato de que a intermediação dos sindicatos pode reduzir os custos na busca de novos integrados, bem como na execução dos contratos que passam a ser fiscalizados pelos sindicatos, o que tende a reduzir os riscos de quebra-contratual.

5. Conclusões

O Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel representa um esforço do governo brasileiro em criar condições para formação de um novo mercado em que há coparticipação de indústrias produtoras de biodiesel, agricultores familiares, movimentos sociais e órgãos governamentais no esforço conjunto de favorecer o uso de biocombustíveis cujo impacto ambiental positivo é de fundamental importância em face dos índices de poluição causados pelos combustíveis fósseis, de reduzir as desigualdades regionais e atenuar os índices de miséria criando uma alternativa rentável para pequenos produtores.

O PNPB utiliza para tanto uma técnica normativa de função promocional do ordenamento jurídico (Cf. BOBBIO, 1999, p. 13). Essa função pode ser assim explicada: quando o ordenamento atua na função repressiva e protetora, procura provocar certas condutas e atua sempre de forma negativa, prevalecendo a técnica do desencorajamento; quando atua na função promocional, a técnica típica é positiva, ou seja, há o encorajamento de certas condutas que, para se produzirem, necessitam das sanções positivas também ditas premiaias. As sanções premiaias lançadas pelo PNPB foram a redução de tributos específicos e a criação do selo combustível social, que dá às empresas produtoras de biodiesel vantagens mediante a contratação com a agricultura familiar, nos percentuais mí-

nimos e com a obrigatória intermediação dos sindicatos.

Contudo, alguns desafios ainda devem ser superados. Um deles seria o de estimular e apoiar a organização dos agricultores familiares em associações, cooperativas e outras formas de aglutinação social, para o fortalecimento do próprio sistema de integração contratual agroindustrial. É necessário começar a pensar numa regulamentação incentivadora do papel normativo a ser desempenhada pelos sindicatos e demais organizações dos produtores rurais, a exemplo, do que já ocorre no direito do trabalho e nas chamadas organizações interprofissionais atuantes em alguns países europeus.

Outro desafio a ser considerado no contexto do PNPB seria o de incentivar a implantação de sistemas integrados de produção de alimentos e de energia com aproveitamento, por exemplo, dos resíduos da produção do biocombustível na alimentação animal, na produção de biogás, na produção de energia elétrica e em compostos agrícolas que retornariam para a produção de alimentos. O plano de assistência técnica elaborado pelas indústrias em benefício dos agricultores familiares integrados poderia conter previsão obrigatória de técnicas já disponibilizadas pela Ciência agrária de produção integrada de energia e alimentos.

Enfim, ainda se impõe o desafio de ampliar o movimento de certificação, presente no PNPB por meio do Selo Combustível Social, que, a princípio, aborda somente a dimensão da inclusão social da agricultura familiar à cadeia do biodiesel, incluindo-se a certificação ambiental da produção de biodiesel, considerando-se que o esforço internacional de certificação e rastreabilidade dos biocombustíveis é um sinal importante do problema produzir matéria-prima para biocombustíveis sem promover maior degradação ambiental ou, ainda, promovendo a recomposição ambiental de áreas já degradadas.

A direção e o sentido do desenvolvimento do mercado do biodiesel deverão voltar-se para a qualidade e sustentabilidade não somente econômica, mas também social, ambiental e tecnológica. O papel do Direito será o de escolher os incentivos adequados insertos nas normas jurídicas de modo a promover a segurança e as condições favoráveis para o funcionamento dos mercados e outros arranjos institucionais.

Referências

ABRAMOVAY, Ricardo; MAGALHÃES, Reginaldo. *O acesso dos agricultores familiares aos mercados de biodiesel: parcerias entre grandes empresas e movimentos sociais*. Disponível em: <http://www.fipe.org.br/web/publicacoes/discussao/textos/texto_06_2007.pdf>. Acesso em: 03 out. 2007.

ACCARINI, José Honório. Biodiesel no Brasil: estágio atual e perspectivas. *Periódico Bahia Análise & Dados*, Salvador, v. 16, n. 1, jun. 2006.

ALPA, Guido. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. A cura di Guido Alpa et al. Milano: Giuffrè, 1982.

ALVES, Rosângela Costa. *A comunicação entre integradora e integrados: o caso da agroindústria suinícola no meio oeste catarinense, 1998*. Dissertação (Mestrado Extensão Rural) Departamento de Economia Rural, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa.

BANDO, Paulo Massanore. *Coordenação vertical no complexo agro-industrial frutícola brasileiro: uma proposta para a Zona da Mata Mineira, 1998*. Dissertação (Mestrado em Economia Rural). Departamento de Economia Rural. Universidade Federal de Viçosa.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília, Editora Unb, 1999.

BRASIL. Decreto 5297, de 6 de dezembro de 2004. Dispõe sobre os coeficientes de redução das alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes na produção e na comercialização de biodiesel, sobre os termos e as condições para a utilização das alíquotas diferenciadas, e dá outras providências. *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 dez. 2004. Seção 1, p. 2.

_____. Decreto 5298, de 6 de dezembro de 2004. Altera a alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre o produto que menciona. *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 dez. 2004. Seção 1, p. 3.

_____. Decreto 5457, de 6 de junho de 2005. Dá nova redação ao art. 3º do Decreto 5297 que reduz as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre a importação e comercialização do biodiesel. *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 jun. 2005. Seção 1, p. 1.

_____. Lei 11.097/05 de 13 de janeiro de 2005. Dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira e dá outras providências. *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 jan. 2005. Seção 1, p. 8.

_____. Lei 11.116 de 18 de maio de 2005. Dispõe sobre Registro Especial, na Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, de produtor ou importador de biodiesel e sobre a incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins sobre as receitas decorrentes da venda desse produto e dá outras providências. *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 maio. 2005. Seção 1, p. 2.

_____. Instrução Normativa nº 01 de 5 de julho de 2005. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Dispõe sobre os critérios e procedimentos relativos a concessão de uso do Selo Combustível Social. *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 jul. 2005. Seção 1, p. 65.

_____. Instrução Normativa nº 02 de 28 de setembro de 2005. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Dispõe sobre os critérios e procedimentos relativos ao enquadramento de projetos de produção de biodiesel ao Selo Combustível Social. *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 set. 2005. Seção 1, p. 125.

CECCHI, C.; CIANFERONI, R.; PACCIANI, A. *Economia e politica dell agricoltura e dell ambiente*. Milano: CEDAM, 1991.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 4 ed. (s.l.) A. Wesley, Longman, 2005.

JANNARELLI, Antonio. *Diritto agrário e società industriale*. T. 1. Bari: Cacucci, 1993.

_____. *Disciplina legale e prassi applicativa nei contratti di Integrazione verticale in agricoltura: 1*

esperienza francese. In: *Rivista di Diritto Agrario*, I, Milano: Giuffrè, 1981.

MACHADO FILHO, Cláudio Antonio Pinheiro; ZYLBERSZTAJN, Décio. *Responsabilidade social corporativa e a criação de valor para as organizações*. Série de Working Papers n. 03/024, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/wpapers>>. Acesso em: 27 set. 2007.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 170, ano 43, abr./ jun. 2006, Brasília.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de law & economics*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, s.d.

SILVA, Mariana Duarte. A economia de um direito humano: análise econômica do direito à liberdade de expressão garantido na Convenção Européia dos Direitos do Homem. In: *Revista de Direito Público, Doutrina Estrangeira*, n. 13, jul./ ago./ set. 2006.

SILVEIRA, Carla Diniz. *Estrutura e desempenho da agroindústria alimentícia no Brasil: evolução e tendências*, 1997. Dissertação (Mestrado em Economia Rural). Departamento de Economia Rural. Universidade Federal de Viçosa, Viçosa.

SZTAJN. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresarial e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

TRAISCI, Francesco Paolo. I contratti di integrazione verticale in agricoltura in Francia, Germania e Italia. *Rivista di Diritto Agrario*, parte. 1. Milano, 1992.

VALENZA PAIVA, Nunziata Stefania. *Os contratos de integração vertical agroindustriais: a viabilidade de uma disciplina legal em face da prática contratual brasileira (estudo comparativo doutrinário e legal dos sistemas italiano, francês e brasileiro)*, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Análise econômica do direito e das organizações. Direito e Economia*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

O método de construção da teoria da justiça e a posição original

Roberto Bueno

Sumário

1. Metodologia e instrumental da teoria da justiça. 2. O objeto da teoria da justiça. 3. A lista de bens primários tutelados. 4. A aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica. 5. Considerações finais.

1. Metodologia e instrumental da teoria da justiça

O ponto de partida de Rawls é o contratualismo, e isso é algo que fica claro já nas primeiras linhas de sua primeira grande obra (cf. RAWLS, 1993a, p. 19-23). Por meio do conceito de contratualismo do qual se socorre junto à tradição filosófico-política liberal, Rawls propõe-se estabelecer princípios a partir dos quais se possa fazer derivar algumas concepções sobre o justo que denominará princípios de justiça. Elaborados na posição original, eles orientam as relações que virão a ser travadas no marco das organizações e instituições sociopolíticas informadas pela justiça, bem como a própria estrutura delas.

Para alcançar seus propósitos, Rawls busca construir sua própria teoria ideal, ou seja, tem em vista caracterizar o que seja uma boa e justa organização para que todos exerçam suas próprias concepções do bem na vida em sociedade. Essas concepções de bem, no entanto, não podem ser entendidas como livremente exercíveis por

Roberto Bueno é Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

todos os cidadãos. Ao contrário, sua limitação encontra-se no quadro proposto pelo ordenamento legal derivado dos princípios de justiça. Portanto, como diz Grondona (2000, p. 148), “o bem deve ser obtido no quadro do direito, nunca fora dele” e isso porque é altíssimo o risco de abandonar a interpretação do que seja o bem àqueles que detêm o poder de em última análise dizer o direito. Desde logo, isso seria fugir à tradição filosófico-política da manutenção da tutela às liberdades que consiste na defesa da primazia do legal sobre o bom.

Esse é um ponto importante da teoria rawlsiana da justiça, angular mesmo, na medida em que, segundo ele, a justiça é “a primeira das virtudes das instituições sociais” (RAWLS, 1993a, p. 19). Ela representa para uma teoria social o mesmo que a verdade representa para todo aquele que se ocupe das questões científicas. Trata-se de um valor inerente ao próprio exercício de sua função de teórico da sociedade.

Para deixar patente esse princípio da justiça como virtude das instituições sociais e, por conseguinte, a necessidade de ocupar-se dela, o harvardiano sustenta não importar que as leis e instituições estejam ordenadas e sejam eficientes; se elas são injustas, terão de ser reformadas ou abolidas (cf. RAWLS, 1993a, p. 19). O fundamento de tudo e também a preocupação primeira é, portanto, a organização justa sobre a qual as instituições serão erigidas.

Tudo isso serve para ilustrar um dos aspectos importantes de sua teoria, a saber, que se trata de um ponto de partida ideal alicerçado na criticidade da analítica social concreta e não de uma pura proposição transcendental inaplicável às vicissitudes do mundo empírico. Nesse sentido, há quem argumente que o aparato rawlsiano apresenta uma estrutura de base ideal mas cuja perfeita justiça de que fala o filósofo harvardiano não denota senão a condição de possibilidade para o desenvolvimento de uma “teoria impura” passível de aplicação a todas as sociedades imperfeitas

realmente existentes (cf. BIDEI, 1995, p. 14). Não restam dúvidas de que a teoria da justiça de Rawls não é uma “justiça perfeita”, mas, antes e precisamente, representa uma justiça “possível” de realização entre os seres racionais e humanos que habitam as sociedades históricas. Segundo Bidet, a teoria de Rawls torna-se, assim, um parâmetro ideal para uma teoria real ou concreta, a qual cabe aplicar diretamente ao mundo. Isso significa precisamente a tentativa de proceder a uma substituição no âmbito da Filosofia Política da mítica figura do Leviatã pela da Justiça (cf. HÖFFE, 1991, p. 16).

Antes de seguir adiante com a abordagem da teoria da justiça propriamente dita, é necessário destacar uma das expressões que Rawls frequentemente utiliza: sociedade bem organizada. Para Rawls, uma sociedade pode receber o adjetivo de bem organizada quando sua estrutura básica está projetada não só para promover o bem de seus membros como também se encontra regulada por uma concepção de justiça.

Desse modo, a sociedade bem organizada de Rawls apresentará os seguintes requisitos:

a) que cada um dos indivíduos aceite e saiba que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça (aqui já está implícita a ideia que desenvolverá dos princípios de publicidade e reciprocidade);

b) que as instituições básicas satisfaçam, em regra, esses princípios (cf. RAWLS, 1993a, p. 21).

A ideia básica de Rawls (1993a, p. 21) nesse ponto é de que, quando os indivíduos, que, por definição, são socialmente geradores de conflitos, possam todos reconhecer alguns pontos de vista como de valia e interesse em comum ao que julguem capaz de dirimir suas contendas, eles servirão como garantidores da convivência social segura e, conseqüentemente, serão o “traço característico de uma sociedade bem organizada”. Nesse sentido, a tradição rawlsiana parece permitir estabelecer diálogo com Carnelutti em sua defesa do

direito como um instrumento de mediação de conflito quando o italiano sustenta que “dove conflitto di interessi no c’è, ivi non puo essere diritto percè ivi non é bisogno di diritto. Non existe fenomeno giuridico, alla radice del quale l’analyse non rintracci tale conflitto” (CARNELUTTI, 1940, p. 71). Para o eminente processualista italiano, o conflito passa a ocupar o centro do direito, elemento para o qual todo o ordenamento jurídico está voltado.

Em Rawls (1999d, p. 61), embora sob outro enfoque, a ideia apresentada por Carnelutti se fazia presente já em um de seus primeiros escritos, o artigo *Outline of a decision procedure for ethics* (1951), no qual, já em suas primeiras linhas, deixava clara a existência de concepções e interesses rivais que ensejam conflitos. Não se trata, exatamente, de um tema novo. Ainda em seus últimos anos, Bobbio (2005, p. 11-13) retomava o tema para mencionar tratar-se de um antigo assunto que envolvia as relações entre moral e política.

No fundo, quando Rawls menciona a problemática que envolve os conflitos em sociedade, o que faz é reconduzir ao centro do debate a questão hobbesiana da animosidade natural dos seres humanos que necessitam de uma instância pacificadora, bem ao contrário da percepção rousseauiana do doce homem vivente no estado de natureza (cf. ROUSSEAU, 1990, p. 170). Ao contrário do filósofo de Malmesbury, no entanto, sua alternativa não é a da constituição de um poder forte, senão, ao contrário, a construção de uma opção racional por meio da ação de homens livres que, ao procurar tutelar seus interesses, não poderão menos do que proteger os interesses de toda a sociedade em que viverão.

Uma das formas de reduzir essa tensão é a que Rawls encontra na retomada do argumento humeano derivado do convencionalismo que sustenta que os homens podem encontrar-se propensos a pacificar suas relações quando “eu me dou conta de que redundará em meu proveito o fato de que

eu deixe que outra pessoa desfrute da posse de seus bens, dado que esta pessoa atuará da mesma maneira contigo” (HUME, 1992, p. 659). Como se observa, essa é uma formulação bastante próxima daquilo que propõe Rawls no primeiro princípio de justiça logo acima enunciado.

A ação política desses seres racionais parte de pressuposto caro à teoria liberal clássica de que “a completa liberdade de contradizer e desaprovar nossa opinião constitui a condição que nos justifica assumir sua validade para fins práticos” (MILL, 1991, p. 91). Essa teoria aplicada à filosofia rawlsiana implica que intervenham em diálogo para criar princípios de justiça compartilhados por meio de um convênio social que lhes permita aplicá-los a uma estrutura básica que será o marco de sua convivência cotidiana, dentro da qual as diversas concepções morais (tomada essa expressão em sentido amplo) poderão encontrar lugar para expressar-se.

Rawls oferece sua ideia de sociedade bem organizada mas, não obstante, está atento ao fato de que essas características existem muito raramente, pois as sociedades existentes estão, em regra, a discutir o que é justo ou injusto, e os homens em desacordo sobre quais são os princípios que devem definir basicamente sua sociedade. Assim, é necessário recorrer à ideia de uma posição original em que se faz constar um consenso sobre ideias basilares e fundamentais como, por exemplo, a noção do justo.

2. O objeto da teoria da justiça

Atribuímos o adjetivo justo ou injusto a uma diversidade considerável de objetos, entre os quais as leis, as instituições, os sistemas sociais e as ações particulares de cada um dos indivíduos ou, mesmo, de grupos. Tudo o quanto se disse, diga e venha a ser dito sobre esse tema ainda conterà profunda carência de detalhamentos e continuará a apresentar brechas que manterão graves problemas insolúveis,

entre os quais a tentativa das teorias de explicar como ela poderá tornar operativa em sociedade um determinado conceito de justiça, seja ele qual for, haja vista ser unânime entre os teóricos a inoperância de qualquer sistema ou regime político que abra mão dessa ideia¹.

Queríamos resumir o objeto da teoria da justiça em nada mais do que uma linha e talvez devêssemos dizer que se trata de colocar os fundamentos para uma sociedade bem organizada (cf. MAFFETTONE, 1983, p. 13) a partir de uma concepção de justiça.

Embora as definições preliminares interessem, há necessidade de um conceito operativo de justiça, pois, ainda que provisório, as sociedades necessitam dele. Esse é um bom motivo para que Rawls faça seu o tema da justiça social que visa determinar como as instituições sociais procederão à distribuição de direitos e deveres fundamentais, assim como às vantagens provenientes da vida cooperativa em sociedade². (Cf. RAWLS, 1993a, p. 23)³

No que concerne à necessidade da vida em sociedade, encontramos um ponto que Rawls herda diretamente da tradição contratualista. Mesmo com um dos utilitaristas com cuja obra dialogou intensamente,

¹ Autor que transita em linha paralela à de Rawls e, por isso mesmo, insuspeito de corroborar suas teses, Hayek (1988, p. 119) dedica todo o capítulo oito de um de seus livros para sublinhar a importância do conceito de justiça “como fundamental ponto de partida de qualquer esquema legal [assim] como de sua adequada limitação”.

² Não resta dúvida de que fora apenas por esse aspecto e todos que vivemos em sociedades profundamente desiguais e, em certa medida, também profundamente injustas, conquanto não disponibilizadoras de oportunidades similares a todos, já disporíamos de razões suficientes para nos ocupar do pensamento filosófico político de Rawls.

³ Por outro lado, também interessa sublinhar que a necessidade de promover a distribuição tem antecedente teórico em Aristóteles. Quando este faz referência a que os bens devem ser desfrutados proporcionalmente, mesmo pelo governante, põe as bases argumentativas para o debate de uma sociedade em que a ilimitada desigualdade não é um bem em si, mas sim, ao contrário, que o valor igualdade deve ser levado em consideração.

Mill, Rawls apresenta proximidades. Mill sustenta, por exemplo, que os homens sentem necessidade de porem-se à salvo das maiores injúrias, que se interessam pela cooperação como forma de atingir seus objetivos e, por conseguinte, não tendo em vista tão somente interesses individuais, mas segundo a orientação de um interesse coletivo⁴. Tal orientação não exclui a perspectiva dos interesses individuais, pois conclama a intervenção da noção de reciprocidade, a qual, em Rawls (1996, p. 41), não é apenas entendida como mútua vantagem mas, antes, como “uma relação entre cidadãos em uma sociedade bem ordenada [...], expressada por sua concepção política pública da justiça”.

Muito embora apresente que se trata de mera condição para a cooperação social, o fato é que a proposta em si da sobreposição do interesse social ao individual como ponto de chegada, e também de partida, desconstitui as possibilidades de realização de uma teoria da justiça voltada ao cidadão. Não obstante, é o próprio Rawls (1993, p. 396) quem reconhece nos seres humanos uma inclinação para que seu bem-estar encontre a devida complementação no sucesso e alegria dos demais concidadãos. Com isso, a teoria rawlsiana delinea um perfil de pessoa humana que foge a um corte predominantemente egoístico ou, pelo menos, que lhe reconhece outras dimensões que exercem um papel importante na determinação das estruturas sociais vigentes que transcendem com sobras uma mera concepção individualista atomizada preponderante na maioria das sociedades ocidentais democráticas contemporâneas⁵.

⁴ Conforme foi ressaltado no capítulo II, item 4, em que trato da filosofia liberal e utilitária de Mill, seu liberalismo possui uma argumentação que, por vezes, abre as portas para as práticas socialistas, e nesse momento em que apresenta a argumentação da necessidade de sobrepor o interesse coletivo ao individual nos departamentos com um exemplo cabal desta leitura.

⁵ Desde logo, não é o escopo deste trabalho aprofundar nessa questão, mas interessaria explorar a questão de como a publicidade reforça o papel do indivíduo, e não o das relações coletivas (e quando a

Nesse contexto, torna-se valiosa a observação de Day (1996, p. 221) quanto ao objetivo de Rawls não consistir na elaboração de uma teoria geral mas, isso sim, na formulação de princípios de justiça social, expressão cujo alcance é o da promoção de direitos, deveres e vantagens na sociedade. O conceito de justiça na sociedade implica, fundamentalmente, em como esses bens serão distribuídos (Idem). Parte-se, portanto, de uma ideia visceralmente distinta da de Hayek (1988, p. 131), por exemplo, que sustenta não existir princípio algum capaz de orientar condutas individuais que configurem um modelo de distribuição que, nessa qualidade, possa receber o adjetivo justo.⁶

Mas a que vem o desenvolvimento de uma teoria da justiça para uma sociedade justa, estável e democrática? A resposta parece ser a de que vem para tornar possível existir durante um tempo prolongado uma sociedade de homens livres e iguais, os

publicidade foca o grupo o faz tendo em mira a decisão do indivíduo) que tem lugar em sociedade. Interessaria tabular em um trabalho interdisciplinar envolvendo a psicologia, a sociologia e a ciência política, entre outros ramos do saber, qual o impacto das peças publicitárias na formação da percepção do hiperdimensionamento da figura do indivíduo na sociedade e da formação de uma sociedade hedonista radical.

⁶ Desde logo, Rawls não poderá passar ao largo de argumentos desse tipo e muito embora não estabeleça o debate aberto com a obra hayekiana em seus trabalhos, isto sim, encontra-se implícito em seu pensamento assim como em todos os seus interlocutores uma série de problemas levantados pelo mestre vienês (1899-1992). Desde logo, do ponto de vista cronológico, não teria existido impedimento para o estabelecimento do diálogo entre ambas as obras. Não tendo sido direto, como apontei, ocorre por via dos discípulos de Hayek e de sua alimentação à teoria liberal por meio de seus trabalhos, aliás, é justamente em seu período de maturidade em que encontram-se localizadas suas preocupações com a economia política, com filosofia política e com a filosofia do direito, consagrando seu pensamento econômico como voltado às grandes questões sócio-políticas. Talvez o marco dessas preocupações políticas possa ser dado com seu clássico e muito popular livro *Road to serfdom* (1944), obra que conta com diversas traduções para o português. Uma delas é HAYEK, (1994). Para uma brevíssima e bem colocada biografia de Hayek ver: <http://www.institutoliberal.org.br/galeria_autor.asp?cdc=928>.

quais, não obstante, permanecem divididos pela defesa de diferentes doutrinas (cf. RAWLS, 1996, p. 29). Ainda resta por esclarecer quais são as instituições mais importantes que devem ser protegidas, e Rawls não é ambíguo a esse respeito: “constituição política e as principais disposições econômicas e sociais. Assim, a proteção jurídica da liberdade de pensamento e de consciência, a competição mercantil, a propriedade privada dos meios de produção e a família monogâmica [...]” (RAWLS, 1993a, p. 23)

Para Rawls (1993a, p. 23), contudo, a aplicação do conceito de justiça tem como objeto de primeira preocupação⁷ sua aplicação de uma estrutura básica da sociedade antes (ver item 3.2) que a concessão de prioridade a qualquer grau importante de igualitarismo⁸. Essa sua atenção à estrutura primária diz respeito às pré-condições para a estabilidade social e, por conseguinte, para a existência pacífica dos indivíduos em sociedade, os quais, naturalmente, podem ser tomados como proclives senão a comportamentos egoísticos, pelo menos, tendentes à proteção de seus interesses pessoais. Ao assumir esse ponto de vista e, portanto, distanciando-se de Mill⁹, Rawls

⁷ A esse respeito, o ator é bastante claro quando formula já nas primeiras linhas de *Uma teoria da justiça* que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais [...] não importa que as leis e as instituições estejam ordenadas e sejam eficientes: se forem injustas elas têm de ser reformadas ou abolidas” (RAWLS, 1993a, p. 19). Nesse sentido, discorda Parekh (2005, p. 137), argumentando que a justiça “não é a primeira das virtudes sociais porque parte de um conjunto de outras virtudes nas quais está inserida, e porque sua existência não é, senão, uma das muitas condições prévias necessárias para garantir a estabilidade social e política”.

⁸ Como diz Day (1996, p. 239), trata-se aqui de um clássico do “egalitarianism”, mas não de um igualitarismo absoluto, o qual, desde logo, renega.

⁹ Mill é direto quando sustenta uma posição antropológica menos pessimista ou realista do que a de Rawls, mais proclive ao hobbesianismo. Segundo Mill (1976, p. 28), “não há necessidade intrínseca de que qualquer ser humano seja um interessado egoísta, divorciado de todo o sentimento ou cuidado que se não centre na sua própria e miserável individualidade”. Mas ao que Mill liga tal comportamento socialmente interessado? Segundo o autor, ainda que em graus

tomará como ponto de partida, como diz Habermas (1991, p. 161), uma posição original em que necessitará colocar restrições de ordem normativa sob as quais os indivíduos livres, iguais e racionais intervirão na eleição dos princípios de justiça que intervirão em suas vidas por meio de sua aplicação à estrutura básica da sociedade.

O que o liberalismo político tem por objetivo em sua proposta de uma justiça como imparcialidade é o da elaboração de uma concepção política da justiça, isto é, uma de tal tipo que possa angariar o apoio de um consenso por sobreposição das doutrinas razoáveis presentes na sociedade, tanto em matéria religiosa como filosófica e moral. Nesse ponto, o que Rawls realiza é a construção do equilíbrio reflexivo, o qual consiste na assunção de que há questões morais cujo consenso é inviável e, portanto, a única chave para deslindar o problema é partir para a realização de juízos ponderados. Segundo Dworkin (1989, p. 241), de acordo com o equilíbrio reflexivo é

“a tarefa da filosofia moral proporcionar uma estrutura de princípios que fundamente essas convicções

desiguais de interesse, é possível esperar que os indivíduos nutram verdadeiro interesse pelos destinos da sociedade, isto é, apresentem-se genuinamente ocupados com o bem público desde que se lhe possa qualificar como um “ser humano rectamente educado” (*lb.*). Aqui há dois pressupostos intrínsecos à tese de que parte o argumento milliano. O primeiro, filosófico, inextricavelmente ligado às promessas do Iluminismo quanto ao desenvolvimento moral do ser humano. O outro pressuposto, de que a educação não apenas exerce um papel determinante nas opções morais do ser humano como, ainda, que o fato de que ele realmente tenha interesse nos assuntos públicos é algo realmente virtuoso. O que dizer, então, de uma opção moral e política de desinteresse pelos assuntos públicos? Poderíamos de alguma forma desestimular tal tipo de concepção de vida e forma de experiência vital? Parece difícil aceitar essa proposta. Rawls, com certeza, no âmbito de sua proposta de consenso por sobreposição, não argumentará de forma similar. As exclusões de formas de vida que propõe não têm por objetivo atingir enormes planícies axiológicas, antes pelo contrário, apenas aqueles que se demonstrem ampla e irreconciliavelmente como não razoáveis, irracionais ou, como chega a dizer, “loucas”. (RAWLS, 1993b, p. 17)

imediatas sobre as quais estamos mais ou menos certos, tendo em vista dois objetivos. O primeiro é que esta estrutura de princípios deve explicar as convicções demonstrando os pressupostos subjacentes que refletem. Em segundo lugar, deve proporcionar orientação para aqueles casos a respeito dos quais não temos convicções, ou quando essas são débeis ou contraditórias.”

Essa argumentação apresentada significa trabalhar com os pontos de convergência entre os intervenientes no debate de sorte a ir ampliando essa zona de convergência ética. Dessa maneira, como diz Oliveira (2003, p. 15), evita-se “resolver os problemas de fundamentação moral, como nos modelos metafísicos tradicionais, mas apenas apresenta argumentos razoavelmente defensáveis” e, ao evitar tal sorte de problemas filosóficos de fundo, abrimos as portas para a possibilidade do diálogo público.

Nesse contexto, devemos entender por doutrinas razoáveis aquelas que aceitam que os indivíduos são seres livres e iguais, concedendo-se um *status* de independência ao âmbito do político. Por outro lado, são reputadas como não razoáveis aquelas doutrinas que assim não entendem a posição do homem no mundo, adjetivando-se-lhes como irracionais ou, como chega a dizer Rawls (1993b, p. 17), “loucas”. Não obstante, Nozick (1988, p. 319), por exemplo, não defende ideia demasiado distinta sobre a existência de indivíduos protegidos em sua dignidade. Ao final de seu mais celebrado livro sustenta que

“[...] o Estado mínimo nos trata como indivíduos invioláveis, que não podem ser usados por outros como meios, ferramentas, instrumentos ou recursos, mas nos trata como pessoas que têm direitos individuais como a dignidade [...] Que nos tratem com respeito relativamente aos nossos direitos nos permite, individualmente ou com quem escolhamos decidir nossa vida, alcançar nossos fins e

nossa concepção de nós próprios, tanto como possamos, ajudados pela cooperação voluntária de outros que possuam a mesma dignidade.”

Decididamente, muito do que se encontra presente nessas últimas linhas da obra visceralmente crítica à Rawls não diverge de muitos propósitos de Rawls e, ainda, celebra um de seus pontos centrais, a saber, a influência da ética kantiana. Mas as diferenças afloram à medida que consideramos os meios de que lança mão Nozick em sua obra para alcançar esses mesmos fins. Ademais, a concepção de “indivíduos invioláveis” de Nozick parte de pressupostos bastante diversos da de Rawls. Em Nozick, nada há que fazer em sentido contrário à objeção de Berlin quanto à injustiça das extremadas misérias e desigualdades que a vida em sociedade pode proporcionar (cf. BERLIN, 1996, p. 194).

Rawls toma às ações desses indivíduos livres e racionais como seu ponto de partida. Isso torna claro como apenas cumprindo tal suposto necessário é que se poderá aplicar a ideia de justiça social a uma sociedade que se queira bem ordenar ou regular. Esse objeto da teoria da justiça, conteúdo que Rawls denominaria no desenvolvimento de seu trabalho como liberalismo político.

Nesse contexto, surge uma questão que cobra prioridade no que tange ao seu esclarecimento. Trata-se do entendimento acerca do que Rawls compreende por estrutura básica da sociedade. Segundo o filósofo harvardiano, esse conceito deve ser apreendido como o “modo em que as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social”. (RAWLS, 1993a, p. 23)¹⁰

Quando Rawls se refere a “instituições sociais mais importantes”, na verdade,

¹⁰ Nesse primeiro momento, fica posta essa primeira aproximação à ideia de estrutura básica que, contudo, carece de maior detalhamento, conforme voltaremos a ver no decorrer do livro.

remete à constituição política de uma sociedade, a qual deve ser alvo de atenção por parte das instituições, devendo estimular os cidadãos a reinterpretarem continuamente suas concepções abrangentes de justiça à luz daquela concepção política de justiça já elaborada na posição original pelas partes deliberantes racionais. Essa constituição política mantém estritos laços com as principais instituições econômicas e sociais que regem a sociedade.

Dentro dessas instituições se encontra a proteção jurídica da liberdade de pensamento e de consciência, a propriedade privada dos meios de produção, algo considerado por Rawls como indispensável ao avanço econômico e, enfim, para tornar operativo o segundo princípio da justiça, isto é, aquele que melhora a situação dos menos favorecidos quando os mais bem situados também obtêm melhoras para si próprios por meio da melhor organização e produtividade de suas atividades. Além dos elementos que vinham sendo citados no período imediatamente antecedente, também é necessário mencionar a competição comercial.

Especialmente quanto à ideia de que ele considera a competição comercial como uma das instituições sociais mais importantes e, logo, protegidas já desde a proposição da estrutura básica, avalio existir uma aporia em seu pensamento, pois bem adiante em sua obra diria que toda sua teoria da justiça é compatível tanto com o capitalismo como com o socialismo. Há entre nós quem, como Möller, em seus primeiros estudos, veja em nosso autor uma espécie de “liberal-igualitário”, quiçá de forma não muito dissimile daquela a que muitos também tentaram ver ao pensamento de Bobbio.

Ainda outro aspecto a ressaltar sobre a mencionada competição comercial é que Rawls a entende como indispensável ao avanço econômico e, enfim, para tornar operativo o segundo princípio da justiça, melhorando, assim, a situação dos menos

favorecidos. Além desses elementos componentes da estrutura básica que merecem a atenção dos princípios de justiça, entre eles também é incluída a família monogâmica, assim como outros componentes das instituições da estrutura básica da sociedade que visceralmente interferem nas perspectivas de vida de cada um dos membros da sociedade.

Rawls (1993a, p. 23) concede importância capital à ideia de aplicar a justiça social – a definir mais adiante qual o significado que essa expressão cobra em seu pensamento – à estrutura básica porque, quando esta define os direitos e deveres dos homens, acaba por influir em suas perspectivas de vida, quando então mostra quão profundos são os seus efeitos. Acaso pensemos em uma sociedade justa, haverá que mitigar os efeitos da loteria natural, seja ela relativa aos lugares que a sociedade lhe atribui ou àquelas outras vantagens derivadas de talentos ou capacidades naturais. Nesse particular, é interessante a crítica de Parekh, segundo quem a teoria de Rawls apresenta-se pouco convincente devido ao fato de que nem todas as teorias sociais (em sentido amplo) ou religiosas compartilham da visão do filósofo de Harvard sobre a necessidade de combater o mérito, uma vez que tanto hinduístas, budistas, jainitas e outros [...] pensam que os talentos naturais são o produto de atos meritórios do agente em uma vida passada e, por tanto, indubitavelmente merecidos (cf. PAREKH, 2005, p. 139).

Devido a esses argumentos, então, podemos sustentar que a doutrina de Rawls dá suficientes mostras de ser abrangente (*comprehensive moral doctrine*) quando precisamente apresenta-se como combativa dela e procurando consensos sobrepostos. Enfim, a crítica de Parekh (2005, p. 139) se centra em que Rawls exige que os demais se abstenham da defesa de suas teorias abrangentes (compreensivas) mas, no entanto, “retém e capitaliza injustamente as suas”.

Precisamente no que concerne ao ataque ao triunfo do talento e do mérito é que

Rawls torna explícito um problema que mais adiante tratará de combater ao aplicar a noção de justiça social (o que realiza ao lançar mão de seus princípios de justiça) à estrutura básica da sociedade, na qual, originariamente, encontramos imperfeições agudas no que concerne à situação de partida para que cada indivíduo possa dedicar-se à persecução de seus planos de vida, o que se materializa por meio das diferentes oportunidades iniciais na vida, quer sejam postas pela natureza quer pelas instituições sociais ou, ainda, por ambas ou apenas reforçada pelas últimas.

Rawls sustenta que todos os cidadãos dispõem de uma noção intuitiva, qual seja, a de que a estrutura básica das sociedades já existentes contém várias posições sociais e que os homens nascidos em posições sociais diferentes terão diferentes expectativas na vida, em suma, de alcançá-las. Este é fato que se deve tanto ao sistema político vigente como a circunstâncias econômicas e sociais. Dessa maneira, a conclusão é óbvia: temos instituições sociais que favorecem certas posições iniciais em detrimento de outras.

Esse favorecimento inicial que as instituições sociais concedem a alguns cidadãos em detrimento de outros não pode fundamentar-se em noções de mérito ou demérito, ao menos não quando o que tenhamos em vista seja organização de uma sociedade segundo parâmetros de justiça. Já a seu tempo, Mill (1976, p. 83) advertia que “uma pessoa tem direito ao que possa ganhar em honesta competição profissional, porque a sociedade não deve permitir que qualquer pessoa estorve os seus esforços para ganhar dessa maneira tudo quanto possa”. Ainda no contexto dessa mesma questão, Mill sugere analogia com uma associação industrial cooperativa. Sobre ela questiona se é ou não justo que o “talento ou a habilidade dêem direito a uma remuneração mais elevada?” (MILL, 1976, p. 88). A isso Mill (Idem) não hesita em responder que “a resposta negativa apoia-se em que todos os que fazem o melhor

que podem têm igual merecimento e não devem, com justiça, ser colocados numa posição de inferioridade por faltas de que não sejam culpados”.

O primeiro desse par de argumentos expostos em favor da meritocracia poderia ir bem, mas apenas superficialmente, pois não resistiria a uma segunda vista, mais detalhada. Por sua vez, o segundo, melhor exposto, parece convergir um pouco mais com o pensamento redistributivista de Rawls ao não colocar a questão da distribuição dos recursos – no caso o da retribuição pelo talento ou habilidade – como algo indissociado da aplicação do “melhor de si próprios”, e não unicamente ligados ao talento e/ou habilidade que a loteria natural lhes tenha conferido ou, então, os arranjos sociais lhes tenham possibilitado de modo diferenciado ao acesso concedido a outras pessoas. Mas o próprio Mill reitera que esse é o princípio abstrato mais elevado da justiça social e redistributiva (cf. MILL, 1976, p. 93).

Bem mais próximo aos nossos dias surgem argumentos de uma esquerda de caráter nacionalista-desenvolvimentista que não se distancia disso. Jaguaribe, por exemplo, defende que o conceito em si de desenvolvimento e o de crescimento econômico diferem. Seu raciocínio se conecta com a teoria rawlsiana na medida em que esta, ao buscar justiça, tende à promoção de recursos e, por seu turno, Jaguaribe (1969, p. 13), ao diferenciar desenvolvimento de crescimento econômico, o faz por meio da ideia de que o primeiro conceito envolve “um aperfeiçoamento qualitativo da economia”, feito “através de melhor divisão social do trabalho [ideia que em Rawls poderia encontrar-se representada pela igualdade de acesso às oportunidades], do emprego de melhor tecnologia e da melhor utilização dos recursos naturais e do capital”¹¹.

¹¹ É interessante sublinhar que Jaguaribe é autor que dialogou com a cultura norte-americana dos anos sessenta e, por conseguinte, não passou distante de uma série de doutrinas que, direta ou indiretamente, dialogaram com o pensamento de Rawls, muito embo-

Desde logo, como Mill responderia à questão acerca da competição em igualdade de condições mas que não tivera como pressuposto um equânime ponto de partida entre os competidores ou, ainda, como poderia resolver a questão das incomensuravelmente maiores chances dos mais bem posicionados – ou, mesmo, privilegiados – quanto a elementos absolutamente decisivos como o acesso à educação? Efetivamente, o liberal-utilitarismo de Mill não respondeu satisfatoriamente a essas questões, senão que as deixou em aberto. Sua resposta é claramente insatisfatória desde uma perspectiva rawlsiana, por exemplo, quando atribui à sociedade o dever de não permitir que qualquer pessoa estorve os esforços de cada um por ganhar tudo quanto possa. Este é um princípio claramente anti-intervencionista que casa à perfeição com os preceitos de uma teoria (neo)liberal como a de Hayek, mas não com os preceitos enunciados por Rawls em seu segundo princípio da diferença¹².

ra não tivesse ainda surgido sua obra máxima quando da publicação desse livro de Jaguaribe, cuja edição nacional foi publicada tão-somente em 1969 e cuja primeira edição encontrou lugar em Stanford, onde o pensador brasileiro trabalhava à época, em 1967. Não obstante certa possibilidade de acerçamento, resta todavia por sublinhar a nítida maior proximidade de Jaguaribe do pensamento de esquerda. O que se desprende desse seu período sessentista é que se apresenta mais próximo, por exemplo, do desenvolvimento passado por certa planificação econômica, antes do que por um maior grau de atuação das forças de mercado (JAGUARIBE, 1969, p. 17). O autor não nega o que chama de “desenvolvimento espontâneo”, conceito aproximado ao da mão invisível smithiana. Contudo, sua tese é de que esta é uma “hipótese estatisticamente remota” (Idem). A inclinação à esquerda de Jaguaribe (1969, p. 18) é exposta em sua preferência pelo modelo intervencionista (dirigista moderado?) do típico modelo de Estado francês e alemão, dos quais diz que, ao menos, pode admitir-se que suas economias sofreram alguma dose de condicionamento político.

¹² Esse é um ponto que deve ficar bastante claro, pois se trata de dois tipos bastante diversos de liberalismo. O liberalismo de Hayek, conhecido como neoliberalismo e, por outro lado, o de Rawls, cujo liberalismo tem o sentido que desfruta a expressão nos EUA, a saber, o corte das filosofias políticas que inspiram o pensamento democrata norte-americano.

Por outro lado, Mill (1976, p. 88) parece antecipar consideravelmente alguns aspectos do pensamento de Rawls e, em alguns momentos, até mesmo seu linguajar, quando sustenta que a sociedade que almeja o título de justa necessita “compensar os menos favorecidos por esta imerecida desigualdade de vantagens, de preferência a agravá-la”. Contrariar essa tese implica aceitar o princípio de que o trabalhador que rende mais ou, em outros termos, é mais eficiente, deve mesmo obter maior retorno financeiro por seu trabalho, quer seja pelo empregador direto ou pela sociedade (cf. MILL, 1976, p. 88)¹³.

Assim, Rawls (1993a, p. 23) conclui de modo taxativo que “é a estas desigualdades da estrutura básica de toda sociedade, provavelmente inevitáveis, às quais se devem aplicar em primeira instância os princípios de justiça social”. O filósofo não ataca as raízes da desigualdade com o fito de extirpá-las mas, isto sim, com o escopo de amenizá-las. Como diz Grondona (2000, p. 146), Rawls compreendeu que a desigualdade é uma condição para o progresso e que, “no limite, a igualdade e o progresso excluem-se de modo recíproco”. Desde logo, essa última ideia de Grondona pode ser subscrita sempre e quando entendamos que o “limite” ao qual se refere seja o de uma sociedade em que triunfe a igualdade plenamente abrangente, a saber, total e irrestrita em todas as dimensões possíveis. Isso não seria compatível com a liberdade nem com o progresso econômico¹⁴.

Pela iniciativa de aplicar os princípios de justiça social à estrutura básica, a ten-

dência é a produção de justiça nas circunstâncias da vida concreta. Acaso pensemos em sociedade justa, haverá que mitigar os efeitos da loteria natural (seja dos lugares que a sociedade lhe atribui ou aquelas outras vantagens derivadas de talentos ou capacidades naturais (cf. RAWLS, 1967-1968, p. 132).

À guisa de conclusão, é perceptível que para Rawls a concepção de justiça social concebida na posição original deve proporcionar uma pauta teórica que supere as diversas, e individuais, concepções sobre a justiça. Nesse sentido, Rawls supõe que os homens podem fazer mais do que agir meramente guiados por seus instintos ou, ainda, conforme uma pauta egoística. Sua suposição é de que os homens são seres morais e daí deriva a possibilidade de que possam realizar escolhas com transcendência moral e retratando instituições de convívio que reflitam a moralidade intrínseca a todos os cidadãos, resguardando-lhes direitos essenciais como a liberdade e a dignidade, tomada esta em sentido amplo que abrange direitos diversos, tais como a educação, a igualdade de oportunidades etc.

Como recorda Waldron (1999, p. 89), a justiça social não é apenas algo que podemos fazer por nós próprios mas, isto sim, que temos de realizar em conjunto, e uma ação em conjunto demanda que tenhamos valores compartilhados desde os quais possamos tornar os valores uma prática política concreta. Essa ideia ilustra que devemos valorar os aspectos distributivos inerentes aos debates que se põem na estrutura básica da sociedade, algo a que vai unido o conceito de justiça – observe-se tratar de algo aristotélico (ver ARISTÓTELES, 1952, p. 155-161)¹⁵ – ao qual cabe designar direitos e deveres e definir as vantagens sociais segundo os termos de justiça concebidos.

¹⁵ Há algo de aristotélico na argumentação rawlsiana, ainda que ele não adote exata ou explicitamente algumas posições do estagirita.

¹³ Acerca de uma possível área de diálogo do utilitarismo com a teoria da justiça rawlsiana, uma obra bastante útil é a de Maffettone (1983).

¹⁴ A esse respeito cabe acrescentar que a igualdade torna-se incompatível com o desenvolvimento e progresso econômico bem antes dessa curva que termina em estabilização que revela a plenitude da igualdade, cujo exemplo histórico são os países socialistas, que, embora longe de configurar uma sociedade plenamente igualitária, fizeram ruir seus respectivos sistemas econômicos.

3. A lista de bens primários tutelados

A tradição de reflexões filosófico-políticas acerca do atendimento às necessidades humanas, assim como às suas organizações institucionais que lhe deem lugar, remete aos clássicos do contratualismo moderno mas, também, a pensadores não expressamente mencionados, como Khaldun, segundo quem as necessidades fundamentais encontraram, historicamente, maior atenção nas sociedades nômades. Uma vez feita a transmigração para as cidades, sustenta, teve lugar a satisfação de outras necessidades, a saber, aquelas “oriundas do luxo e de aperfeiçoar tudo o que se relaciona com o seu estado e modo de viver” (KHALDUN, 1958, p. 207). Mas temos de admitir que os cidadãos das urbes contemporâneas não se satisfazem com os mesmos itens que os camponeses aos quais se referia Khaldun nem com aquilo solicitado por outros.

O ponto de partida da argumentação em torno a quaisquer seleções possíveis de bens que entendamos por primários ou, se se preferir, vitais, creio que deve ser a compreensão de que este tipo de bens necessários à vida são escassos, e isso não se refere tão somente àqueles indispensáveis à vida humana. Mesmo quando temos bens que garantem a vida, dá-se o fenômeno da insaciabilidade dos bens necessários ao espírito. Em seu tempo, Hume (1992, p. 656) recordava que “nunca se tem uma quantidade tal de bens que satisfaçam a cada um de nossos desejos e necessidades”.

Desde logo, a pergunta que emerge é por que se importar em alguma medida com a satisfação dos cidadãos? Isso tem a ver com a busca da felicidade? Se tem, deve ela ser puramente individual, dirigida pelo governo ou apenas parametrizada por ele? Mill (1976, p. 95), por exemplo, sugere que todos têm direito à felicidade, mas, para que isso se torne real, há de ser materializado “o direito igual a todos os meios de a alcançar”. Quando Rawls põe

em pauta a elaboração de listagem com bens primários (*primary goods*), visa atacar o problema que se centrará na abordagem que Mill reserva à felicidade, e que a tradição, de Locke a Jefferson e aos *Founding Fathers*, de uma ou outra forma também se preocupava. Rawls o faz, como diz Day (1996, p. 230), para promover a distribuição equitativa na sociedade desses bens primários que o conjunto da sociedade auxiliar na produção.

Mas Rawls, ao ocupar-se do tema, evita a determinação do sentido substantivo da felicidade, o que efetivamente seria incongruente com uma teoria moral abrangente (*comprehensive moral doctrine*), como a que defende em seus escritos de maturidade. Sua perspectiva é a de promover a distribuição desses bens primários ou básicos para todos, de sorte que seus planos de vida ou concepções de bem possam ser realizadas por cidadãos que, em sua totalidade, na qualidade de livres, possuem capacidade moral para nutrir uma concepção do bem (cf. RAWLS, 1996, p. 51). Enfim, se trata daquilo que Day (1996, p. 230) diz ser as coisas que todas as pessoas especialmente valorizam para atingir seus fins, concepções essas que são variáveis no decorrer da vida conforme os fins que são igualmente alteráveis.

A teoria rawlsiana parte de um conjunto de princípios de justiça elaborados racionalmente e em definitivo; a sociedade empírica haverá que contar com o apoio dos cidadãos concretos. Isso dependerá em boa parte não apenas da racionalidade dos atores que colocaram os princípios de justiça que são aplicados sobre a estrutura básica sobre a qual vivem os cidadãos concretos, mas, em boa parte, também devido à aderência desses cidadãos históricos, algo que depende fundamentalmente de como, com o passar dos tempos, alterarão seus planos de vida, suas perspectivas e, mesmo, as doutrinas compreensivas.

Parece que devemos reconhecer que os cidadãos realmente já não se satisfazem

tão-somente com o atendimento das necessidades básicas – e dito seja de passagem que todavia muitos Estados não lograram cumprir com funções básicas, que permanecem amplamente desatendidas – e com o atendimento de outras necessidades, tais como as que Khaldun denomina luxuosas. As de nosso tempo são necessidades superiores que ora conjugam essas enunciadas por Khaldun ora as transcendem, apontando a dimensões abstratas e de autorrealização. Esses são valores importantes para a realização de uma teoria da justiça e, por conseguinte, da proposta de uma sociedade bem organizada, como encontramos em Rawls.

Realizada a observação de que a ausência de uma proteção mínima importará em prejuízos e danos de distinta monta às partes deliberantes (livres, racionais e iguais, além de morais) e à própria estrutura básica de uma sociedade justa que pretenda erigir, eis que elas se relacionam no momento de elaborar princípios de justiça, de forma a cooperar na suplantação de circunstâncias impeditivas à afirmação de bens primários socialmente compartilháveis. Esse é um princípio de justiça cuja efetiva proteção dependerá de que em momentos posteriores (fase constitucional, legislativa ou judiciária)¹⁶ sejam encontrados mecanismos para resolver o problema posto.

A filosofia jurídica que perpassa o espírito dos seres racionais deliberantes não os insere em uma tradição próxima a vertentes jusnaturalistas. Ao contrário, Rawls sustenta que a sociedade bem organizada supõe que seus cidadãos não pensam nem estão condicionados por antecedentes fins sociais que justifiquem seus pontos de vista e da forma como a sociedade deva vir a ser organizada. Isso se dá à diferença de muitas sociedades do passado nas quais os valores e fins que informavam as vidas e a sociedade condicionavam o direito e o *status* dos indivíduos e classes, assim como

¹⁶ A definição dessas três etapas encontra-se em diversos trechos da obra de Rawls. Apenas a título exemplificativo, ver RAWLS (2000, p. 153).

os papéis desempenhados por cada um deles na busca por seus fins (cf. RAWLS, 1993b, p. 41).

Mas e o que são, do ponto de vista conceitual, os bens primários? Segundo Rawls (2000, p. 165), eles “são bens geralmente necessários como condições sociais e como meios polivalentes que permitam às pessoas buscar suas concepções determinadas do bem e desenvolver e exercer as duas faculdades morais”¹⁷. Eles permitem, em suma, que cada um busque seus fins últimos na medida em que constituem um mínimo denominador entre as diversas moralidades e planos de vida que coexistem em um determinado momento histórico. Temos como exemplo disso as noções de autorrespeito (*self-respect*) e de autoestima (*self-esteem*), que se fazem ainda acompanhar das liberdades básicas, rendas e direitos à educação e saúde. Todos esses são bens cuja instrumentalidade é patente e se tornam comuns para que as pessoas atinjam seus fins e cumpram seus planos de vida. Isto sim, todos realizam uma calibragem desses bens à medida que resultam proveitosos segundo suas concepções morais e seus planos de vida. A mescla deles é, parafraseando Nozick, uma mescla original.

Segundo Rawls (2000, p. 165), é medianamente claro por meio de sumária análise que os projetos racionais de vida possuem uma “certa estrutura” e, por conseguinte, essa estrutura é que deve procurar ser protegida quando da listagem dos bens primários.

Será com essa finalidade que Rawls desenvolverá boa parte de seus trabalhos acadêmicos. Ele intervém sugerindo que a questão pode, não sem esforço, ser resumida em assegurar bens sociais primários que representem um mínimo denominador

¹⁷ As duas faculdades morais (as quais Rawls denominaria “os dois casos fundamentais”, aparecem na seção VII do artigo *As liberdades básicas e sua prioridade*) são a capacidade de ser razoável e a capacidade de ser racional (RAWLS, 2000, p. 162-163).

de bens que são não apenas de interesse geral como necessários à generalidade das pessoas. Eles são *bens-meios* e *bens-fins*, isto é, utilizáveis para obter outro dos quais todos os humanos necessitam ou, no segundo caso, aspiramos por nossa própria condição, do que é exemplo a liberdade¹⁸, e que todos compartilharão em igualdade de condições.

Na relação desses bens sociais primários, podem ser listados direitos tais como liberdades, igualdade de oportunidades, igual acesso ao exercício e/ou disputa pelo poder, obtenção de receita, possibilidade concreta de ter acesso e desenvolver o autorrespeito ou, como prefiro denominar, de estruturas sócio-psíquicas de autoestima. Esses são bens que, segundo a linguagem do constitucionalismo, podem ser considerados inalienáveis. Dessa forma, mesmo o indivíduo menos privilegiado jamais poderá ver-se aliado do desfrute desses bens. É esse o teto mínimo proposto por Rawls para a sua teoria da justiça como equidade¹⁹ que, por sua vez, o utilitarismo não possui e que, quiçá, possa entender-se como sendo o seu tendão de Aquiles enquanto teoria da justiça.

Em síntese, pode ser dito que bens sociais primários são todos aqueles conferidos pela sociedade bem organizada e, portanto, justa, a partir da compreensão de que nenhum indivíduo pode viver sem eles e que devem, portanto, recebê-los de forma equitativa seu processo de distribuição. Enfim, “na teoria da justiça como equidade [...] as

¹⁸ Encontro-me proclive a admitir que a liberdade é tanto um *bem-meio* (instrumento apto a que alcancemos diversos objetivos) como um *bem-fim* (desfrutável em si mesma) do qual não podemos abrir mão quando temos em vista um projeto de vida ao qual apreciamos, seja ele qual for, e temos em vista seu cumprimento.

¹⁹ Interessa recuperar nesse momento a advertência que com muita propriedade realizou Bittar acerca da completa distinção existente entre o conceito de equidade em seu sentido clássico, aristotélico, e tal como ele aparece em Rawls. Segundo o jusfilósofo pátrio, em Aristóteles, o conceito se encontra relacionado como sendo um “corretivo da lei”, isto é, “como algo superior a um tipo de justiça, à justiça legal (*dikaíou nomimón*), e utilizada como corretivo da mesma (*epanphthoma nomimou dikaíou*)”. (BITTAR, 2004, p. 382).

liberdades básicas iguais para todos são as mesmas para cada cidadão [...]” (RAWLS, 2000, p. 177), cuja importância fica marcada pelo fato de realizar-se sua tarefa protetora já nos arranjos sociais iniciais por meio dos princípios de justiça.

Sem embargo, desde uma perspectiva histórica e teórica, trata-se menos de aceitar que a sociedade atribua direitos do que em compreender que eles provêm do entendimento de que os homens os conquistaram por meio da evolução das relações sociopolíticas. Por outro lado, e com o intuito de melhor caracterizar os bens sociais primários, pode ser dito que eles constituem todos aqueles que, em oposição aos que a natureza pode atribuir diretamente aos homens, tais como certa dosagem de inteligência (ou grau de habilidade mental específica, de força física etc.), eles estão alicerçados firmemente em uma teoria que vislumbra a necessidade de que o homem intervenha no processo legislativo, de sorte a corrigir disfunções e injustiças socialmente provocadas e moralmente insustentáveis.

Uma vez que, como disse Rousseau (1990, p. 7), “o espírito tem suas necessidades assim como o corpo e ambas são o fundamento da sociedade”. Tal espécie de abordagem teórica se sustenta em determinados princípios, os quais aparecem na teoria da justiça como equidade de Rawls. Nela sobressai, por exemplo, o quanto são aceitáveis a utilização dos princípios de justiça como instrumentos para a realização de qualquer plano racional de vida que considere igualmente o mesmo respeito pelos planos alheios (e/ou concorrentes) de vida racional, as quais os demais indivíduos se proponham realizar²⁰.

²⁰ Pode-se objetar a esse trecho (embora não tenha por escopo neste momento desenvolver tal possibilidade analítica) que Rawls retoma uma articulação lógica de inspiração aristotélica, a saber, que o “bom” (ao menos aquilo que Rawls considera bom e/ou desejável, a saber, uma sociedade livre e todas as instituições necessárias) deriva da aplicação prática do conceito de razão. Isso não está longe do que propõe

A exposição do parágrafo acima conecta-se com o princípio e, ao mesmo tempo, problema prático, de que os homens têm certas expectativas em suas vidas que não podem ver frustradas sem que isso encontre mediação em graves conflitos sociais. Rawls detecta e recepiona em sua obra a ideia de que as diferenças, sejam elas naturais ou sociais, intervêm de forma decisiva muitas vezes nessas expectativas, legítimas, que os seres humanos nutrem para o desenvolver de suas vidas. Como diz ele, “homens nascidos em posições sociais diferentes têm diferentes expectativas de vida, determinadas, em parte, tanto pelo sistema político como pelas circunstâncias econômicas e sociais”. (RAWLS, 1993a, p. 24)

Da legitimidade dessas expectativas expostas ao fim do parágrafo anterior e da frustração potencial advinda de que as variáveis naturais ou sociais podem proporcionar, deriva a concepção rawlsiana de corte construtivista de que há de intervir, ao menos até certo ponto, no sentido de que tenhamos como mediadora das relações sociais um conceito de justiça potencialmente equilibrado e equilibrador dessas relações, pois é sabido o quanto a sociedade favorece algumas posições iniciais de uns diante das ocupadas por outros (cf. RAWLS, 1993a, p. 24). São essas as desigualdades relativamente às estruturas básicas com as quais há de enfrentar-se uma teoria como a rawlsiana que visa à justiça social, sejam quais forem as críticas que ela possa suportar²¹.

Aristóteles (1994, p. 90) quando diz que “a virtude moral é uma disposição relativa à eleição, e a eleição é um desejo deliberado, o raciocínio tem que ser verdadeiro e o desejo reto para que a eleição seja boa”.

²¹ Desde logo, minha primeira referência teórica entre os críticos da “justiça social” ou “distributiva” é Hayek. O autor não se mostra tímido em suas críticas a esse conceito. Em resumidas contas, o autor sintetiza a ótica ameaçadora por meio da qual seu liberalismo observa o avanço desse conceito: “[...] ameaça destruir essa específica forma de interpretar a lei que converteu o direito em eficaz salvaguarda da liberdade individual” (HAYEK, 1988, p. 119). Desde logo, um liberal da estirpe de Hayek não poderia deixar de se contrapor a um conceito eminentemente

Contudo, essa posição de Rawls encontra-se longe de ser hegemônica ou gozar de irrefutáveis argumentos. Hayek, em sua bem escrita e fundamentada *Direito, legislação e liberdade*, retoma a mesma questão de uma ótica visceralmente distinta. Segundo o autor, em uma sociedade livre (conceito que não é nada estranho para Rawls nem para a tradição liberal a que pertence), “a incidência dos resultados sobre os diferentes sujeitos faz caso omissivo de toda consideração relativa à justiça” (HAYEK, 1988, p. 131). Enfim, o que nos diz, e por valer-nos de categorias rawlsianas para facilitar o trânsito e diálogo entre ambos, é que as diferenças no ponto de partida não podem ser tomadas como justas ou injustas e nem, portanto, encontrar em algum momento legitimação política em outro ponto para apoiar a inversão da ordem de coisas postas. Também não vai muito longe o próprio Nozick quando argumenta que não há como intervir nas livres escolhas realizadas pelos indivíduos, senão quando não possuam um justo título de propriedade. Ao fim e ao cabo, para Hayek (1988, p. 131), ali onde tenhamos uma sociedade em que os indivíduos e grupos ocupam posições que não dependem de ninguém, eis que as diferenças de receitas que cada um obtenha encontram-se perfeitamente legitimadas.

Nesse aspecto, o autor abre clara linha de debate com a posterior teoria rawlsiana, uma vez que implicitamente menciona um dos elementos dos princípios de justiça, a saber, a igualdade de oportunidades e o igual acesso às oportunidades sem discriminações. Contudo, Hayek contenta-se com isso, não vai além em suas exigências para admitir as desigualdades sociais. Rawls percorrerá caminho oposto, como temos oportunidade de observar ao examinar seus princípios de justiça.

redistributivista como o de justiça social. Muito embora não tenha sido oportunizado o seu debate com a obra rawlsiana, é de se supor o nível de esforços que poderia ter empregado para contrapor-se à influência do pensamento rawlsiano.

Todo esse debate propõe um problema, qual seja, da circunstância de que todos desejam maximizar sua participação na distribuição desses bens sociais primários? Este seria um caso a resolver? A questão aqui não é respondida por Rawls com base em um jogo de barganha (*bargaining game*) ou simplesmente barganha, território onde teriam lugar disputas quase infinitas pela maximização individual por tais bens. A alternativa de Rawls busca objetar a essa questão recorrendo mais uma vez ao conceito de racionalidade. Segundo ele, esse conceito levaria as partes a uma conduta mutuamente desinteressada, isto é, elas buscariam não a vitória no “jogo”, mas, sim, se adstrinjam à obtenção para si próprias do maior número de pontos em conformidade com o seu sistema de fins, sem preocupar-se em diminuir a pontuação das outras partes, ou sequer preocupar-se em maximizar ou minimizar a diferença entre seus êxitos e o dos outros (cf. RAWLS, 1993b, p. 172).

É nesse ponto que surge a discussão sobre se o sentimento de inveja não estaria sendo insuficientemente considerado ou, até, desprezado pelo autor em seu sistema. A verdade é que Rawls o considera, mas, logo após, termina por excluí-lo devido a que aos indivíduos, com seus fins e ações racionais “não lhes resultaria insuportável saber ou dar-se conta de que outros têm uma quantidade maior de bens sociais primários [...]” (RAWLS, 1993ba, p. 170). Isso ocorre porque a eles o que realmente interessa é que cada um possua um plano de vida que é próprio suficiente para si, e o alcançá-lo lhe basta, sem mais²². Os indivíduos possuem um sentimento seguro do próprio valor (e querem realizá-lo), assim como de seu plano de vida racional. Isso faz com que não desejem aban-

²² De minha parte, não compartilho da visão de que mesmo o mais racional entre os indivíduos históricos possua um plano de vida com limites tão claros a perseguir e que seu contentamento dê-se, inexoravelmente, com atingi-los, sem o acréscimo de outros, por não falar em trocas ou substituições de objetivos, algo derivado das alternativas que a dinâmica da vida impõe, assim como aos valores que lhe subjazem.

donar quaisquer dos seus objetivos, ainda que os outros disponham de mais meios para satisfazer os seus (RAWLS, 1993a, p. 171), ainda que isso não implique elidir a ideia de que se encontrem sujeitos à mudança de planos, objetivos e/ou valores.

Essas linhas recém postas expõem uma reflexão rawlsiana algo distanciada de uma filosofia como a que caracteriza boa parte da sociedade moderna, vale dizer, consideravelmente hedonista, quando não hedonista radical; todavia, ela é maximizadora não apenas de seus desejos como também potencializadora do sentimento de inveja, o que torna ainda mais difícil satisfazer seus desejos. Daí os conflitos que o próprio Rawls, de fato, não desconheceu, pois, assim como fora ressaltado por Hobbes, eles se apresentam como inevitáveis em sociedade.

Rawls não se descuida da necessidade de proceder a uma listagem dos bens primários na teoria da justiça como equidade. Já em seu artigo *As liberdades básicas e sua prioridade*, Rawls (2000, p. 166-170) volta ao tema e anuncia cinco categorias de bens primários, a saber: 1) as liberdades básicas (entre as quais, a de pensamento e a de consciência); 2) liberdade de movimento e a livre escolha da ocupação; 3) os poderes e suas prerrogativas das funções e dos postos de responsabilidade; 4) a renda e a riqueza, consideradas em seu valor de troca; 5) as bases sociais do respeito próprio. O que se vislumbra aqui é uma interessante listagem mas que, como diz o autor, não pode comprometer-se com a extensão sob pena de provocar o debilitamento da proteção das liberdades mais essenciais (cf. RAWLS, 2000, p. 152).

Desde logo, uma das críticas que podem ser opostas ao apresentado no parágrafo acima, subjacente à atuação dos indivíduos deliberantes na posição original, é o expressivo e qualitativamente considerável volume de informações às quais não têm acesso devido à operatividade do véu da ignorância²³. Sendo assim, como esses indi-

²³ Entre os aspectos que os parceiros que deliberam na posição original desconhecem, encontra-se o conte-

víduos representativos poderiam discernir não só os interesses como os valores morais desejáveis pelo conjunto dos representados na posição original? Efetivamente, do que se trata é da observância da existência de características e/ou necessidades e valores mínimos compartilhados por todos quanto almejem a proteção de seus interesses, o desenvolvimento histórico da sociedade em que esteja inserido, assim como a busca e afirmação de seu(s) plano(s) de vida.

O não conhecimento dos representados e de inúmeros outros aspectos do mundo empírico que lhes envolve não é obstáculo suficientemente forte para impedir a elaboração da supracitada lista de bens primários. Rawls propõe um conceito de pessoa sobre o qual os seres deliberantes se apoiam no sentido de elaborar a listagem desses bens primários. O que efetiva e positivamente permitirá que os parceiros na posição original elaborem tal lista é a estrutura geral dos projetos de vida racionais (que encontra limitações quanto à sua admissibilidade tão-somente no que concerne aos propósitos atentatórios aos princípios de justiça) das pessoas – esses sim conhecidos pelos seres racionais deliberantes envolvidos sob o véu da ignorância na posição original –, os quais contêm e expressam dados gerais sobre a psicologia humana (mas não conhecem detalhes sobre sua própria) tanto quanto sobre o funcionamento das instituições (cf. RAWLS, 2000, p. 169).

4. A aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica

Como é sobejamente sabido, Rawls insere-se na tradição contratualista de matriz liberal que remete à filosofia política de Locke (1632-1704), Rousseau (1712-1778)

údo das concepções de bem das pessoas representadas assim como os fins últimos a que se propõem realizar. Igualmente desconhecem os objetos de seus compromissos e de suas fidelidades, assim como a visão que têm da sua relação com o mundo (religiosa, filosófica ou moral) com referência à qual essas finalidades e essas fidelidades são compreendidas (cf. RAWLS, 2000, p. 169).

e Kant (1724-1804). Desde logo, o que Rawls propõe é uma teoria cuja sofisticação transcende os limites dos clássicos, muito embora mantenha muito de Kant, como se percebe do que foi apresentado até aqui. Rawls (1993a, p. 19, 28) pretende apresentar uma concepção da justiça que, segundo ele, “leve a um nível mais elevado de abstração à conhecida teoria do contrato social” tal como advém dos filósofos do classicismo contratualista, notadamente da tríade nomeada logo ao início do parágrafo (cf. RAWLS, 1999a, p. 159).

Dessa forma, esses princípios de justiça acordados sob o véu da ignorância terminam por ser aplicados à estrutura básica da sociedade (*basic structure of society*). Ela consiste na atribuição de direitos e deveres aos cidadãos, os quais efetivamente terminarão por determinar as expectativas vitais dos cidadãos no que concerne aos valores e várias dimensões da vida (economia, moralidade, projetos pessoais, etc.). Sendo assim, sua importância não pode ser relevada. A teoria rawlsiana compreende seu papel e concebe a estrutura básica da sociedade como objeto primário de justiça, o que se deve a que

“[...] seus efeitos são profundos e estão presentes desde o começo. [...] A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade”. (RAWLS, 1993a, p. 23)

Na concepção do filósofo harvardiano, e não sem razão, há elementos componentes da estrutura básica cuja repercussão é tão ampla que verdadeiramente condiciona as chances de cada indivíduo, as possibilidades de alcançar suas metas, quer do ponto de vista moral ou profissional e também o desenvolvimento ulterior de toda uma sociedade histórica. Logo ao início de sua obra magna, o autor dá mostras de alguns deles, enunciando, por exemplo, a constituição

política e os principais acordos econômicos e sociais (cf. RAWLS, 1993a, p. 23). Especificamente, Rawls (1993a, p. 23) nos diz que fazem parte deles a “proteção legal à liberdade de pensamento e de consciência, os mercados competitivos, a propriedade particular no âmbito dos meios de produção e a família monogâmica”.

Essa linhagem de valores que bem podem ser interpretados como liberais (ver PAREKH, 2005, p. 144) é ideia que voltaria a ser trabalhada, desenvolvida e, em certa medida, revista, como tantas outras, nos anos subsequentes à publicação da *Teoria da justiça*. De qualquer sorte, garantir a acessibilidade a esses elementos viabiliza condições de equidade para que os indivíduos dediquem-se à busca da consecução de seus diferentes planos de vida. Esses bens têm de permanecer acessíveis sempre até porque os planos de vida e as concepções sobre o bem são alteráveis, como já reconhecia Rousseau²⁴, e uma teoria finalista ou consequencialista não daria conta dessa dimensão de forma satisfatória.

Os princípios de justiça que Rawls (1993, p. 28) propõem em sua teoria são aquela classe de “princípios que as pessoas livres e racionais interessadas em promover seus próprios interesses aceitariam em uma posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação”. É digno de nota que todos aqueles que interferem na posição original o fazem segundo princípios de racionalidade, e também alicerçados em conceitos antropológicos da proteção e maximização de suas concepções sobre o bem e seus interesses particulares. Aliás, não é por outro motivo que Rawls tem de lançar mão do conceito de véu da ignorância, artifício teórico que constitui a única condição sob a qual os seres deliberantes podem acordar princípios de justiça virtualmente eficazes

²⁴ A esse respeito, o autor foi bastante claro ao dizer que “nossas necessidades e nossos prazeres trocam de objeto ao longo do tempo”. (ROUSSEAU, 1990, p. 201)

para a operacionalização de uma sociedade justa e bem organizada.

Na posição original, deparamo-nos com seres livres, iguais e racionais cujo perfil é similar ao que propõe Kant (1989). Essa vontade legisladora autônoma do homem evidencia-se ao estabelecer os princípios de justiça que delimitam o campo de ação dentro do qual será possível os homens entregarem-se à procura da satisfação de seus interesses sem lesar a consecução dos fins a que se propõem os demais que com eles convivem em sociedade. De qualquer sorte, essa intervenção legisladora autônoma humana dialogará com seu entorno, traduzindo isso para o nível da conduta legisladora dos princípios de justiça pela proteção às liberdades segundo os termos postos por sua tradição cultural, com o que mesmo utilitaristas põem-se de acordo²⁵. Enfim, nos deparamo-nos aqui com que essa proteção não pode, como diz Parekh (2005, p. 136), resolver-se em um vazio histórico ou cultural, senão o contrário, é a partir de suas informações que tal proteção deverá tornar-se possível. Portanto, o pré-requisito para que elaboração de princípios de justiça é preenchido apenas quando

“As pessoas vivem juntas durante um certo período de tempo e desenvolvem interesses comuns, com uma língua compartilhada e uma cultura própria, hábitos de cooperação e, ao menos, certo grau de comprometimento, encontram-se em situação de debates sobre uma concepção comum de justiça e de defini-la²⁶ [...]”. (PAREKH, 2005, p. 136)

Segundo essa perspectiva, os princípios de justiça carecem da prévia criação de va-

²⁵ Smart (1981, p. 62), por exemplo, sustenta que os homens são o “resultado da herança e do meio ambiente”.

²⁶ Segundo Parekh (2005, p. 136), “isto se aplica especialmente às sociedades profundamente divididas cujos membros não apenas não conseguem colocar-se de acordo sobre a natureza, os critérios e os limites da justiça como geram novas fontes de tensão quando tentam debates sobre o tema”.

lores comuns, de interesses e sentimentos compartilhados. Os princípios de justiça estabelecidos – e os examinaremos adiante no que diz respeito ao conteúdo – regularão, em síntese, os termos formais em que terá lugar a cooperação social, assim como as formas de governo que poderão, em congruência com tais princípios, ser estabelecidas. Esse é o contexto em que se dá a aplicação da justiça como equidade. Essa ideia de cooperação é o que possibilita e justifica que as instituições coletivas possam ser constituídas sob o manto da desigualdade.

Em outros termos, como diz Maffettone (1983, p. 18), trata-se de um prévio juízo a favor dos menos privilegiados que tornam possível constituir a empresa cooperativa que denominamos sociedade, em que a desigualdade apenas poderá justificar-se nos termos do princípio da diferença, mas não com uma grande diferença entre os proveitos obtidos por meio dos princípios estabelecidos por todos os seus partícipes.

Essa é uma leitura que guarda similaridade com Mill, segundo quem as sociedades, assim como os indivíduos, têm peculiaridades, guardam em si mesmas diferenças fundamentais, o suficiente para que não sejam viáveis esquemas, arranjos e filosofias políticas universais, exceto sob a condição de que realizem adequações às suas próprias realidades ou, como diz Mill, quando se dê mediada por uma “filosofia de caráter nacional”.

Não obstante a definição formal, que deita raízes em Kant, uma das críticas que podem ser feitas ao prussiano é de que sua limitação ao aspecto formal pode gerar desigualdades consideráveis – e isso efetiva e infelizmente tornou-se uma realidade – e, daí, dar lugar a falta de acesso à justiça (cf. PILON, 2006, p. 69). Essa é uma tarefa da qual Rawls não descuidou ao propor a estrutura básica da sociedade, na qual as diferenças substanciais são limadas com a finalidade de projetar a aplicação dessa estrutura a uma sociedade que goze de um ní-

vel igualitário mínimo. O norte-americano, contudo, é claro quanto ao seu propósito material ou substancialista em matéria de justiça (cf. RAWLS, 1993a, p. 11).

Mas, enfim, a essa altura podemos questionar sobre qual o conteúdo da estrutura básica da sociedade na concepção rawlsiana. Conceito importante em sua teoria, o norte-americano logrou delimitá-lo com clareza. Segundo ele, trata-se de eleger princípios sólidos o suficiente para “encorajar certas doutrinas compreensivas e modos de vida” (cf. RAWLS, 1993b, p. 195). A estrutura básica da sociedade, como bem ressalta Parekh, não apenas está constituída por uma dimensão política e econômica, como foi dito por Rawls, como também por uma outra diversa dimensão cultural. A justificativa de Parekh (2005, p. 314) é que esse elemento cultural representa o elo entre os princípios de justiça, as liberdades e os direitos e oportunidades culturais.

Por outro lado, o que concerne aos princípios de justiça encorajar ou desencorajar no âmbito de uma sociedade bem organizada? Seguramente, cabe o desencorajar doutrinas compreensivas antagônicas aos princípios de justiça e que estimulem, por exemplo, a escravidão ou os conflitos étnicos, a degradação de pessoas ou grupos (cf. RAWLS, 1993b, p. 196). Essa é uma interpretação que não termino de observar muito claramente na leitura realizada por Day (1996). Segundo ele, Rawls defenderia, em situações extremas, até mesmo a escravidão. Diz ele que “the owner of all the wealth is bound in any rearrangement. Similarly, in certain circumstances, serfdom would be justified, when there was no way of improving the lot of the serfs without worsening the position of their lord”. (DAY, 1996, p. 236)

5. Considerações finais

Ao fim e ao cabo, sempre cabe ponderar que, como diz Mill, a história social e das instituições que lhe conformam “deixam

sucessivamente de ser considerados como necessidades primárias da existência social para passarem à categoria de injustiças e tiranias universalmente estigmatizadas. Assim aconteceu com as distinções entre escravos e homens livres, nobres e servos [...]” (MILL, 1976, p. 5-96). Sendo assim, essas estruturas cujos conteúdos morais nos causam repelência não devem, contudo, deixar de ser entendidas em perspectiva.

Podemos entender algumas limitações que lhes sejam postas para tornar factível sua efetivação. Nesses termos, a proposta de estrutura básica apresenta-se concebida por Rawls (1993b, p. 11) para operar no marco de uma “moderna democracia constitucional”, a qual sempre propôs como objeto de seus estudos (cf. OLIVEIRA, 2003, p. 21), o que, por conseguinte, desautoriza a que a crítica ao seu trabalho seja pautada por outros parâmetros, o que é, no mínimo, cometer uma impropriedade.

Desencorajar doutrinas antagônicas como essas, que defendem institutos como a escravidão, pressupõe uma firme convicção e difusão de que esses valores não podem ser compartilhados por uma sociedade bem organizada que apenas pode encontrar seu perfeito desenvolvimento naquilo que Rawls denomina de moderna democracia constitucional.

Em outro trecho de sua obra, Rawls remarca que a estrutura básica deve ser entendida como “the way in which the major social institutions fit together into one system, and how they assign fundamental rights and duties and shape the division of advantages that arises through social cooperation. Thus the political constitution, the legally recognized forms of property, and the organization of the economy, and the nature of the family, all belongs the basic structure” (RAWLS, 1993b, p. 258). Será na posição original, quando os indivíduos deliberantes ocupar-se-ão da escolha dos princípios de justiça que efetivamente protejam as diversas concepções do bem e, em sentido amplo, que garantam as condições

políticas e sociais necessárias para o desenvolvimento (cf. RAWLS, 2000, p. 175).

Nesse contexto, e com o objetivo de auxiliar a alcançar o objetivo, é concebida a estrutura básica da sociedade como uma “organização que maximiza os bens primários à disposição dos menos favorecidos para que eles utilizem as liberdades básicas que estão à disposição de todos” (cf. RAWLS, 2000, p. 177).

Os princípios de justiça vão projetar-se sobre a estrutura básica da sociedade devido à necessidade de ordenar as principais instituições sociais, de sorte que a inter-relação entre todos permita o objetivo de cooperação. A operatividade do conceito de justiça depende, portanto, de como eles estarão articulados na estrutura básica da sociedade e dos efeitos práticos – de justiça como equidade – que possam surgir. Em seus termos, Rawls (1993a, p. 23) explica-nos que a justiça na sociedade bem organizada depende, fundamentalmente, de como “[...] se atribuem os direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade [...]”.

Referências

- ARISTÓTELES. *Moral a Nicômaco*. Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1952.
- BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1996.
- BIDET, Jacques. *John Rawls et la théorie de la justice*. Paris: PUF, 1995.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *O final da longa estrada: considerações sobre a moral e as virtudes*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Roma: Foro Italiano, 1940.
- DAY, John. John Rawls: A theory of Justice. In: FORSYTH, Murray & KEENS-SOPER, Maurice. *The political classics: Green to Dworkin*. New York: Oxford University Press, 1996.

- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- GRONDONA, Mariano. *Os pensadores da liberdade: de John Locke a Robert Nozick*. São Paulo: Mandarim, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. 1 ed. Barcelona: Paidós / I.C.E. – U.A.B., 1991.
- HAYEK, Friedrich August von. *Legislación, derecho y libertad: el espejismo de la justicia social*. v. 2. Madrid: Unión editorial, 1988.
- _____. *Caminho da servidão*. 1 ed. Rio de Janeiro: Bibliex cooperativa, 1994.
- HOBBS, Thomas. *El Leviatán*. Madrid: Alianza Universidad, 1992.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid: Tecnos, 1992.
- JAGUARIBE, Hélio. *Desenvolvimento econômico e desenvolvimento político*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.
- KANT, Emmanuel. *A metafísica dos costumes*. A doutrina do direito e a doutrina das virtudes. Bauru: Edipro, 2003.
- _____. *Doutrina do Direito*. 4. ed. São Paulo: Ícone, 1993.
- _____. *Antropologia*. Madrid: Alianza, 1991.
- _____. *La paz perpetua*. México: Porrúa, 1990.
- _____. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989a.
- _____. *Crítica de la razón práctica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989b.
- _____. *A paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 1989c.
- _____. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.
- KHALDUN, Ibn. *Os prolegômenos ou filosofia social*. Tomo primeiro. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1958.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- MAFFETONE, Sebastiano. *Utilitarismo e teoria della giustizia*. Napoli: Bibliopolis, 1983.
- MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1991.
- _____. *Utilitarismo*. Coimbra: Atlântida Editora, 1976.
- MÖLLER, Josué Emilio. *A justiça como equidade em John Rawls*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- NOZICK, Robert. *Anarquía, estado y utopía*. 1 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- PAREKH, Bhikhu. *Repensando el multiculturalismo: diversidad cultural y teoría política*. Madrid: Istmo, 2005.
- PILON, Almir José. *Liberdade e justiça: uma introdução à filosofia do direito em Kant e Rawls*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.
- _____. La justificación de la desobediencia civil. In: RAWLS, John. *Justicia como equidad*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1999a.
- _____. La independencia de la teoría moral. In: RAWLS, John. *Justicia como equidad*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1999b.
- _____. El constructivismo kantiano en la teoría moral. In: RAWLS, John. *Justicia como equidad*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1999c.
- _____. Esbozo de un procedimiento de decisión para la ética. (1951). In: RAWLS, John. *Justicia como equidad*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1999d.
- _____. *El liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- _____. *Teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- _____. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993a.
- _____. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993b.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*. Madrid: Tecnos, 1990.
- SMART, J. C. e WILLIAMS, Bernard. *Utilitarismo: pro e contra*. Madrid: Tecnos, 1981.
- SIDGWICK, Henry. *The Methods of Ethics*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1982.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *The dignity of legislation*. Cambridge University Press, 1999.

Os caminhos da cidadania

A legislação brasileira referente à pessoa idosa (1988-2003)

Cristina de Cássia Pereira Moraes
Rildo Bento de Souza

Sumário

1. Introdução. 2. A Constituição de 1888: “A Constituição Cidadã!”. 3. As políticas sociais da década de 1990. 4. O Estatuto do Idoso (2003). 5. A cidadania e a legislação: os caminhos em construção. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Nas últimas décadas, o assunto do acelerado crescimento da população idosa, tanto no Brasil quanto no mundo, tornou-se proeminente nos centros de discussões, e isso refletiu na forma de se pensar a pessoa idosa dentro da legislação brasileira.

A medida que essa população se fez representar numericamente dentro da nossa sociedade, tentou-se remediar a situação com políticas públicas, cujo intuito é o de assegurar a harmonia dos diferentes grupos etários. Dessa assertiva, porém, alguns questionamentos emergem: que critérios são utilizados para condicionar determinada pessoa dentro de algum grupo etário, como a velhice, por exemplo? Por que nas últimas décadas houve tantas políticas públicas voltadas para a população idosa? O envelhecimento populacional pode ser considerado, no Brasil, como um problema social?

Nosso objetivo é, a partir da vasta legislação brasileira que abordou a pessoa idosa, identificar os caminhos que lhes garantiram

Cristina de Cássia Pereira Moraes é Professora Adjunta do Departamento de História da Universidade Federal de Goiás

Rildo Bento de Souza é Mestrando em História da Universidade Federal de Goiás.

a cidadania dentro da sociedade de forma efetiva.

2. A Constituição de 1888: “A Constituição Cidadã!”

No ano de 1988 o Brasil promulgava a sua oitava Constituição¹, a primeira na retomada do sistema democrático, após os 21 anos do Regime Militar. Esse período, conhecido como Nova República, se iniciou “em clima de otimismo, embalada pelo entusiasmo das grandes demonstrações cívicas em favor das eleições diretas. O otimismo prosseguiu na eleição de 1986 para formar a Assembléia Nacional Constituinte, a quarta da República” (CARVALHO, 2006, p. 200).

Realizada a eleição, o Congresso Nacional iniciou as atividades constituintes em 1º de fevereiro de 1987, sob a liderança do deputado Ulisses Guimarães. Durante a Assembleia Constituinte, pela primeira vez na história do país, foram aceitas emendas populares; essas propostas, entretanto, deveriam ser encaminhadas por pelo menos três organizações oriundas da sociedade civil acompanhadas por 30 mil assinaturas. Essas campanhas circulavam todo o país, visando incorporar medidas institucionais em favor dos trabalhadores, das minorias raciais e sexuais, da mulher, da criança, do jovem e do meio ambiente, etc. (SILVA, 1996, p. 342-343)

A Constituição foi finalmente promulgada em 5 de outubro de 1988 apresentando “245 artigos e 70 disposições transitórias, tratando de vastíssima gama de assuntos”.

¹ Segundo Iglesias (1986), até o ano de 1986, o país havia conhecido sete Constituições, a saber: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969. Sendo que “delas, só três saíram de uma Assembléia Constituinte: 1891, 1934 e 1946. Em 1823 houve uma Constituinte que não fez uma Constituição. A de 1967 foi feita por legislatura comum, completamente deformada em sua composição, com inúmeros parlamentares cassados, pela palavra mais vida na crítica, pela contundência da denúncia ou simples capricho de algum poderoso eventual. A de 1969 por uma Junta Militar, sem mais, de modo ainda mais chocante” (IGLÉSIAS, 1986, p. 87).

Entre todas as Constituições brasileiras é a mais democrática e a que mais se preocupa com os direitos sociais², fato que lhe valeu o epíteto de “Constituição Cidadã”³ (SILVA, 1996, p. 343).

“A Constituição de 1988 ampliou (...), mais do que qualquer de suas antecedentes, os direitos sociais. Fixou em um salário mínimo o limite inferior para as aposentadorias e pensões e ordenou o pagamento de pensão de um salário mínimo a todos os deficientes físicos e a todos os maiores de 65 anos, independentemente de terem contribuído para a previdência. Introduziu ainda a licença-paternidade, que dá aos pais cinco dias de licença do trabalho por ocasião do nascimento dos filhos.” (CARVALHO, 2006, p. 206)

No que se refere à pessoa idosa, a Constituição brasileira de 1988 introduziu, pela primeira vez, direitos específicos para essa parcela da população, consagrando antigas reivindicações dos movimentos sociais e legislando sobre os vínculos familiares, ao definir as responsabilidades entre as gerações que, até então, não haviam sido explicitados (CABRAL, 2004, p. 7). Esses direitos específicos que a autora se refere são, principalmente, os artigos 229 e 230.

“Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade (BRASIL, 2001, p. 47)”.

² A Constituição considera direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (BRASIL, 2001, p. 43).

³ O autor analisa o processo Constitucional como fruto de um jogo dos mais variados interesses, que permearam a discussão sobre alguns pontos, como, por exemplo, a duração da jornada de trabalho, que dividiu patrões e sindicatos. Mesmo marcada por grandes contradições, a Constituição foi elaborada de tal forma que impedisse o retorno de governos ditatoriais (SILVA, 1996, p. 344).

Este artigo evidencia uma preocupação no tocante à assistência à pessoa idosa. Essa assistência deveria ser feita pelos filhos. Essa troca de responsabilidades é muito interessante. Os filhos, que um dia foram assistidos pelos pais, agora teriam que retribuir essa consideração. Com isso, a Constituição entra no âmbito familiar, delega atribuições para os filhos, responsabilizando-os pelo trato aos pais que chegarem à velhice. Vale lembrar que essa velhice não é estipulada cronologicamente, ou seja, não há uma idade, talvez porque a velhice neste caso esteja intrinsecamente ligada à saúde.

Noutro passo, o artigo 230, complementando o anterior, reza que:

“Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” (BRASIL, 2001, p. 47)

Isso posto, podemos constatar que, na Constituição, a questão do envelhecimento populacional é tratada como um problema social. Um problema que ultrapassa o âmbito familiar. Um problema que diz respeito primeiramente à família, mas também à sociedade e ao Estado. Há nas entrelinhas um discurso que permeará todas as políticas públicas que foram elaboradas posteriormente: a busca pela harmonia entre os grupos etários no Brasil. A pessoa idosa, não sendo somente de responsabilidade da família, encontra, pelo menos hipoteticamente, amparo na sociedade e no Estado; a estes, fica a responsabilidade de buscar formas de inseri-la na comunidade. Ao defender a sua dignidade, garantir seu direito primordial, que é o direito à vida, prega-se uma doutrina que visa aglutinar no seio da sociedade todos os grupos etários.

Ou seja, não se deve excluir a pessoa idosa, principalmente nos asilos; a família é a principal responsável pela sua dignidade e bem-estar. O artigo 229 já aponta suas diretrizes, a de que a pessoa idosa deve ser assistida

pelos filhos. O que quer dizer “assistir”? O assistir refere-se à assistência, no sentido mais amplo da palavra, que diz respeito a moradia, alimentação e saúde. Ora, esses também são responsabilidades do Estado. Nessa perspectiva, o âmbito familiar com o público se confundem na busca pela emancipação da pessoa idosa como portadora de direitos. Outrossim, o primeiro parágrafo do artigo 230⁴ reza que os programas que visam amparar o idoso deverão ser executados, preferencialmente, em seus lares.

Ademais, o discurso da Constituição é claro: a pessoa idosa deve ser tratada como um problema social, porém o *locus* desse problema se encontra na família, que tem o dever de ampará-la. Os programas que futuramente seriam desenvolvidos pelo Estado ocorreriam no seio do lar. Porém, não se diz diretamente como seria tratada a pessoa idosa que não disponha de recursos, nem de familiares. Nesse ponto entraria a contribuição da sociedade. Seria a sociedade que garantiria a participação na comunidade, a dignidade e o bem-estar. O *preferencialmente* no primeiro parágrafo do artigo 230 evidencia que talvez essa pessoa idosa fosse atendida em outros lugares, como os asilos, por exemplo.

A partir, principalmente, dos artigos 229 e 230, mas também de outros que dizem respeito a assistência social e a previdência, foram elaborados, na década de 1990, um amplo conjunto de leis que privilegiavam a pessoa idosa brasileira, entre eles destacamos a Lei Orgânica de Assistência Social (1993), a Política Nacional do Idoso (1994) e a Política Nacional de Saúde do Idoso (1999). É sobre esses três dispositivos que abordaremos a seguir.

3. As políticas sociais da década de 1990

A redemocratização do país e a promulgação de uma nova Constituição não

⁴ “§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares” (BRASIL, 2001, p. 47)

foram garantias de que os problemas que afligiam a maioria da população fossem rapidamente resolvidos (CARVALHO, 2006, p. 203). Na década posterior, além das dificuldades características de países em desenvolvimento, como infraestruturas, analfabetismo e saúde, a problemática do idoso se descortinou como um dos grandes problemas a serem enfrentados, principalmente pela escassez dos recursos (KALACHE, 1996, p. 14).

Desse modo, durante toda a década de noventa, a problemática em relação à pessoa idosa foi amplamente discutida. O Estado brasileiro apropriou um discurso que visava fornecer um forte aparato legal em relação à pessoa idosa, por intermédio das políticas públicas. Porém, suas diretrizes foram elaboradas com base em iniciativas de outros estados ou de determinados grupos sociais (ABREU FILHO, 2004; CABRAL, 2004; FARIA, 1996; MINAYO, 2004).

A pessoa idosa, como é responsabilidade da família, da sociedade e do estado, como reza a Constituição no seu artigo 230, no que concerne a este último, as iniciativas não chegaram a ser modestas. Entre os anos de 1993 a 1999, a pessoa idosa se viu representar em diversas políticas públicas. Entre estas ressaltaremos a Lei Orgânica de Assistência Social (1993), a Política Nacional do Idoso (1994) e a Política Nacional de Saúde do Idoso (1999).

Ainda no tocante à Constituição, o seu artigo 203 é dedicado a assistência social, cujos objetivos vão desde “a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, até mesmo “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso”, desde que comprovem não possuir condições de se proverem, “conforme dispuser a lei” (BRASIL, 2001, p. 46-47). Contudo, o fato de possuir uma lei exposta na Constituição não garante, entretanto, o seu cumprimento, já que a expressão “conforme dispuser a lei” “obriga a edição de uma lei ordinária para regulamentar a

aplicação deste direito, para que ele possa ser pago ou exigido o seu pagamento⁵” (FARIA, 1996, p. 78). Portanto, para que este propósito fosse melhor aprofundado e discutido, a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, foi editada.

A LOAS é constituída por 42 artigos, cujo objetivo é a promoção da assistência social, como instrumento capaz de superar as desigualdades existentes na população brasileira. Nesta dita população, a LOAS buscava, sobretudo, englobar em um único programa de assistência as famílias carentes, as crianças, os adolescentes, os deficientes e os idosos. No entanto, como ação concreta de assistência social, privilegiando a pessoa idosa, a LOAS garantia, no seu artigo 20:

“(…) 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos⁶ ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.” (BRASIL, 2003, p. 27)

Este programa foi chamado de “Benefício de Prestação Continuada”. Trata-se de um benefício não contributivo, ou seja, não é necessária contribuição prévia para obtê-lo, como ocorre com as aposentadorias. O dinheiro para o pagamento destes benefícios viria do Fundo Nacional de Assistência Social⁷, sendo, entretanto, repassados para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS),

⁵ “Com a promulgação da Constituição, um novo conceito de política social foi materializado no conjunto da Seguridade Social, compreendendo a Saúde e a Previdência Social. Cada um desses elementos particulariza um segmento da população brasileira. A Saúde, direito de todos (...), é universal; a Previdência Social atende aos que lhe são contribuintes e a Assistência Social é prestada aos necessitados e desamparados”. (FARIA, 1996, p. 77)

⁶ Em 2003, o Estatuto do Idoso, no Art. 34, reduziu esta idade para 65 anos. (BRASIL, 2004, p. 15)

⁷ O Fundo Nacional de Assistência Social foi instituído pela Lei nº 8.742, a LOAS, e regulamentado pelo Decreto nº 1.605, de 25 de agosto de 1995. (BRASIL, 2003, p. 45)

que efetivaria os pagamentos. Contudo, este benefício, ao contrário das aposentadorias e pensões, não é vitalício, tendo, por sua vez, que ser revisto no intervalo de dois anos, para que fossem novamente avaliadas as condições que levaram uma pessoa a se enquadrar neste programa (BRASIL, 2003, p. 29; PEREIRA, 2006, p. 40).

Para se ter uma ideia do impacto deste programa ao erário público, no ano de 2005, dois bilhões e novecentos milhões, cerca de 82% dos recursos reservados ao programa “Proteção Social ao Idoso”, foram revertidos ao pagamento do “Benefício de Prestação Continuada” (SALVADOR, 2006, p. 43).

A LOAS, entretanto, no que diz respeito ao atendimento a pessoa idosa, designa obrigações nas três esferas de governo: o federal, o estadual e o municipal. No primeiro, a transferência de renda para os idosos sem condições de se prover foram as medidas mais importantes, e já discutidas anteriormente. No que se refere as outras duas esferas, suas funções englobam: a destinação de recursos financeiros para o pagamento de auxílios natalidade e funeral; executar projetos de enfrentamento da pobreza, em parceria com a sociedade civil; atender ações assistenciais de caráter de emergência, entre outros (BRASIL, 2003, p. 15-18).

Nessa perspectiva, segundo Pereira, “a Assistência Social destaca-se como importante fonte de melhoria das condições de vida e de cidadania desse estrato populacional em irreversível crescimento” (2006, p. 37). A autora ainda complementa afirmando que, com a promulgação da Constituição de 1988, a Assistência Social ganhou nova institucionalidade, pautada pelo paradigma da cidadania. O fato de que a Assistência Social passou a ser regida por uma Lei Federal:

“(…) conferiu-lhe características que a fizeram distanciar-se de práticas ‘assistencialistas’ com que sempre foi identificada. Isso quer dizer que,

a partir da Constituição de 1988 e da LOAS, estabeleceu-se (...) a diferença marcante entre a Política Pública de Assistência Social e ‘assistencialismo’ vulgar praticado indiscriminadamente como um desvio ou doença da Assistência.” (PEREIRA, 2006, p. 37)

Por conseguinte, no ano posterior à promulgação da Lei Orgânica de Assistência Social, entrou em vigor a Política Nacional do Idoso, Lei nº 8.842 de 4 de janeiro de 1994, regulamentada pelo Decreto nº 1.948, de 3 de julho de 1996. Seguindo a linha adotada pela Constituição de 1988 no seu artigo 230, a texto da Política Nacional do Idoso versa, no seu art. 3º, II parágrafo, que o “processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informações para todos” (BRASIL, 2003a, p. 7).

Ao analisar a vasta literatura produzida neste período sobre a pessoa idosa, Cabral percebeu a importância que teve essa política pública em nosso país, principalmente porque ela contribuiu:

“(…) para o reconhecimento dos direitos dos cidadãos envelhecidos, ao mesmo tempo em que convoca a sociedade para tomar posição frente ao problema, sem considerá-lo de forma alarmista, como aconteceu com outras sociedades, e sem ignorá-lo, como acontecia até recentemente. Pelo perfil jovem da população brasileira, cujos interesses deviam ser privilegiados para assegurar a continuidade da sociedade, a população idosa, pouco se fazia representar. Ademais, muitas noções equivocadas sobre a velhice impediam que se refletisse sobre as necessidades de legitimar as causas dos mais velhos” (CABRAL, 2004, p. 10).

Tendo como objetivo a efetivação dessa Política, em 1996, ano da sua regulamentação, foi lançado o “Plano de Ação Governamental Integrado para Desenvolvimento da Política Nacional do Idoso”, elaborado sob

a coordenação da Secretaria de Assistência Social, com um grupo interministerial⁸ e também com a participação da Sociedade Civil. Ou seja, esse decreto fez com que os Ministérios tivessem uma pauta voltada para garantir os interesses da população idosa.

Na área da educação, esportes e lazer, a Política Nacional do Idoso fez propostas inovadoras, principalmente no tocante ao estímulo à educação para o envelhecimento, como a criação das UNATIs – Universidades Abertas para a Terceira Idade (BRASIL, 2003a, p. 16). Entretanto, a maioria dos programas propostos se realiza desde os anos setenta, porém para um grupo limitado de idosos. Nessa perspectiva, podemos citar os clubes da terceira idade, que foram criados na Europa na década de setenta, proliferando-se na década posterior. No Brasil, esses clubes e universidades, voltados para a pessoa idosa, foram criados no decorrer da década de noventa, a título de exemplo: as primeiras universidades voltadas para o atendimento à pessoa idosa foram a Universidade Federal de Santa Catarina e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que trabalharam a reinclusão dessas pessoas com outros grupos, rompendo, assim, com o preconceito da idade (CABRAL, 2004, p. 9-12).

Ademais, a Política Nacional do Idoso, implementou os cursos de Geriatria e Gerontologia “como disciplinas curriculares nos cursos superiores”. Ainda houve a inclusão da Geriatria “como especialidade clínica, para efeito de concursos públicos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais” (BRASIL, 2003a, p. 14-15). Embora instituídas como disciplinas curriculares previstas em lei, somente a partir da década de noventa devemos nos atentar

⁸ Os órgãos que compunham essa iniciativa foram: Ministério da Previdência e Assistência Social, Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, Ministério do Planejamento e Orçamento, Ministério da Saúde, Ministério da Educação e do Desporto, Ministério do Trabalho, Ministério da Cultura e Ministério da Justiça (BRASIL, 2003a, p. 21-36).

para o fato de que desde os anos sessenta o Brasil possui a Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia – SBGG (LOPES, apud CABRAL, 2004, p. 5).

Entre as inúmeras atribuições dos ministérios, que fazem parte da Política Nacional do Idoso, destacaremos algumas mais abrangentes e relevantes que dizem respeito à pessoa idosa. Ao Ministério da Previdência e Assistência Social competia “coordenar as ações relativas à Política Nacional do Idoso” (BRASIL, 2003a, p. 22). O Ministério da Justiça, por sua vez, teria o dever de “zelar pela aplicação das normas sobre o idoso determinando ações para evitar abusos e lesões a seus direitos”, sendo que “todo cidadão tem o dever de denunciar à autoridade competente qualquer forma de negligência ou desrespeito ao idoso” (BRASIL, 2003a, p. 36).

A competência de estabelecer “alternativas habitacionais adequadas para a população idosa”, como “viabilizar linhas de crédito visando o acesso a moradias para o idoso”, ficaria sob a responsabilidade do Ministério do Planejamento e Orçamento (BRASIL, 2003a, p. 28). O Ministério da Saúde, por sua vez, estabeleceria condições para “garantir ao idoso a assistência integral à saúde⁹ (...) nos diversos níveis de atendimento do Sistema Único de Saúde – SUS” (BRASIL, 2003a, p. 30).

Curiosamente, ao Ministério do Trabalho coube somente uma diretriz a ser cumprida em relação à pessoa idosa: “garantir mecanismos que impeçam a discriminação do idoso quanto à sua participação no mercado de trabalho” (BRASIL, 2003a, p. 34). Concomitante a isso, ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, ficou a tarefa de estimular “com antecedência mínima de dois anos (...) a criação e a manutenção de programas de preparação para as aposentadorias” (BRASIL, 2003a, p. 26-27). A

⁹ Segundo a Política Nacional do Idoso, o conceito saúde é “entendida como o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos”. (BRASIL, 2003a, p. 30)

respeito dessa atribuição do INSS, Cabral (2004, p. 14) se mostra um pouco pessimista ao afirmar que:

“Considerando-se as projeções para o contingente de pessoas que envelhecem e estarão se aposentando nos próximos anos, uma atividade de tal envergadura implicará, necessariamente, não só num efetivo quadro de especialistas qualificados, mas, também, em recursos para torná-lo acessível a todos.”

Nessa premissa, Cabral (2004) lança três impedimentos que dificultariam a viabilização desses objetivos. Em primeiro lugar, a falta de especialistas qualificados em tratar diretamente com a pessoa idosa; e o segundo, ainda mais problemático, que é a questão dos recursos financeiros para tal empreitada, que, de acordo com a autora, constitui em um problema axial. Partindo do pressuposto de que se consigam os recursos, um terceiro impedimento se descortina: a abrangência do programa. Esse exemplo levanta uma série de questões que pretendemos aprofundar na última parte deste artigo, em que tentaremos articular o discurso dessa legislação à guisa do conceito de cidadania.

Por fim, nos resta ainda mencionar uma última e importante diretriz que a Política Nacional do Idoso estabeleceu: o Conselho do Idoso. Estes, por sua vez, atuam em todas as esferas de governo: o federal, o estadual e o municipal, cujo objetivo seria “a formulação, coordenação, supervisão e avaliação da política nacional do idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas” (BRASIL, 2003a, p. 11). Outrossim, os primeiros conselhos do idoso foram instituídos no início da década de oitenta (CABRAL, 2004, p. 6). Entretanto, foram necessários mais de dez anos para que essa iniciativa fosse institucionalizada em forma de uma lei federal.

Ao lançarmos um olhar sobre a Política Nacional do Idoso, deparamo-nos com um quadro perturbador. Porém, esse quadro

não traz dados estatísticos, e sim questionamentos. Qual a dimensão real das realizações da Política Nacional do Idoso? Que abrangência de atuação suas diretrizes conseguiram alcançar? Embora muito bem planejada, conseguiu a Política Nacional do Idoso melhorar a qualidade de vida do seu público alvo?

Poeticamente, ou até mesmo ironicamente, a Política Nacional do Idoso traz esse seguinte propósito:

“Valorizar o registro da memória e a transmissão de informações e habilidades do idoso aos mais jovens, como meio de garantir a continuidade e a identidade cultural” (BRASIL, 2003a, p. 18).

Há, nesta citação, algo que é percebido quando analisado nas suas entrelinhas: a busca pela harmonia entre os grupos de idade no Brasil, que já chamamos a atenção páginas atrás. No final, o propósito dessa política, como ressaltamos no primeiro parágrafo, é o de inserir este contingente de pessoas acima de sessenta anos dentro da dinâmica da nossa sociedade. À época, mobilizaram quase todos os ministérios, estabeleceram diretrizes e investiram recursos. Conseguiram alcançar o objetivo? A resposta para tal pergunta não se valem dos tão recorrentes monossílabos, sim ou não; porém, podemos presumir que o seu objetivo era muito mais complexo do que os autores dessa política imaginaram.

No fim da década de noventa, em 1999, atendendo reivindicações expressas na Política Nacional do Idoso para a área da saúde¹⁰, o governo brasileiro, considerando a necessidade desse setor dispor de uma política relacionada à saúde do idoso, instituiu a Política Nacional de Saúde do Idoso, Portaria nº 1.395/GM, de 10 de dezembro de 1999.

¹⁰ Entre essas reivindicações, destaca-se o segundo parágrafo do Art. 10, inciso 2, que reitera como função do Ministério da Saúde, “prevenir, promover, proteger e recuperar a saúde do idoso, mediante programas e medidas profiláticas” (BRASIL, 2003a, p. 14).

O seu processo de elaboração envolveu consultas a diferentes segmentos envolvidos direta ou indiretamente com o tema. Com isso, o Ministério da Saúde teve que readequar seus planos, programas, projetos e atividades na conformidade das diretrizes e responsabilidades estabelecidas na referida política (BRASIL, 1999, p. 1).

Logo na sua introdução, a Política Nacional de Saúde do Idoso reconhece que o principal problema que afeta a pessoa idosa, como consequência da evolução de suas enfermidades e de seu estilo de vida, é a perda da sua capacidade funcional, ou seja, a perda das habilidades físicas e mentais. Nesse sentido, a política apresenta:

“(…) como propósito basilar a promoção do envelhecimento saudável, a manutenção e a melhoria, ao máximo, da capacidade funcional¹¹ dos idosos, a prevenção de doenças, a recuperação da saúde dos que adoecem e a reabilitação daqueles que venham a ter a sua capacidade funcional restringida, de modo a garantir-lhes permanência no meio em que vivem, exercendo de forma independente suas funções na sociedade” (BRASIL, 1999, p. 6).

¹¹ “O conceito de capacidade funcional é particularmente útil no contexto do envelhecimento. Envelhecer, mantendo todas as funções, não significa problema, quer para o indivíduo ou para a comunidade. Quando as funções começam a se deteriorar é que os problemas começam a surgir. O conceito está intimamente ligado à manutenção de autonomia (...)” (VERAS, 1996, p. 384). Segundo o texto da Política Nacional de Saúde do Idoso, “o conceito de capacidade funcional, ou seja, a capacidade de manter as habilidades físicas e mentais necessárias para uma vida independente e autônoma. Do ponto de vista da saúde pública, a capacidade funcional surge como um novo conceito de saúde, mais adequado para instrumentalizar e operacionalizar a atenção à saúde do idoso. As ações preventivas, assistenciais e de reabilitação devem objetivar a melhoria da capacidade funcional ou, no mínimo, a sua manutenção e, sempre que possível, a recuperação desta capacidade que foi perdida pelo idoso. Trata-se, portanto, de um enfoque que transcende o simples diagnóstico e tratamento de doenças específicas” (BRASIL, 1999, p. 5)

Como aparato legal, a Política Nacional de Saúde do Idoso apresenta entre as suas principais diretrizes¹²: “a promoção do envelhecimento saudável”; “a manutenção da capacidade funcional”; “a assistência às necessidades de saúde do idoso”; “a reabilitação da capacidade funcional comprometida”; “a capacitação de recursos humanos especializados”; “o apoio ao desenvolvimento de cuidados informais”; e “o apoio a estudos e pesquisas” (BRASIL, 1999, p. 7).

Todas essas diretrizes convergem para um único objetivo: o de assegurar a cidadania para a pessoa idosa no setor de saúde. Essa relação entre pessoas idosas e saúde pública revela um quadro desanimador. Em primeiro lugar, “é amplamente conhecido que os idosos são usuários dos serviços de saúde em taxa mais alta do que os demais grupos etários” (VERAS, 1996, p. 390). Em decorrência da perda da capacidade funcional:

“(…) os problemas de saúde dos idosos, além de serem de longa duração, requerem pessoal qualificado, equipe multidisciplinar, equipamentos e exames complementares de alto custo, ou seja, exigem o máximo da parafernália do complexo médico-industrial da área da saúde” (VERAS, 1996, p. 391).

A Política Nacional de Saúde do Idoso reconhece esses atenuantes no tratamento da pessoa idosa, pois, em geral, suas doenças são crônicas e acarretam outras, elas também “perduram por vários anos e exigem acompanhamento médico e de

¹² Para colocar em prática essas diretrizes, o Ministério da Saúde tinha por propósito estabelecer articulações com outros ministérios e secretarias do governo federal, além de instâncias dos governos estaduais e municipais, a saber: Ministério da Educação, Ministério da Previdência e Assistência Social, Ministério do Trabalho e Emprego, Secretaria de Estado do Desenvolvimento Urbano, Ministério da Justiça, Ministério do Esporte e Turismo, Ministério da Ciência e Tecnologia, Secretaria Estadual de Saúde, Secretaria Municipal de Saúde ou organismos correspondentes. (BRASIL, 1999, p. 14-18)

equipes multidisciplinares permanentes e intervenções contínuas". Por fim, conclui que "o apoio aos idosos praticado no Brasil ainda é bastante precário" (BRASIL, 1999, p. 3). Todos esses agravantes elevam o custo do atendimento médico à pessoa idosa, pois, além disso, "os riscos de complicações secundárias decorrentes de internações são maiores" (VERAS, 1996, p. 392).

Porém, para que as a pessoa idosa, consiga de fato, um melhor sistema de saúde que esteja preparado para atender e compreender suas especificidades, o governo necessita entender que "saúde não é sinônimo de assistência" (VERAS, 1996, p. 391). Principalmente nessa fase da vida, em que o organismo naturalmente tende a diminuir sua capacidade funcional, é que se deve investir em medidas preventivas, a começar na infância e continuar pela vida adulta.

4. O Estatuto do Idoso (2003)

Em 2003, as estatísticas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com dados referentes a 2002, apontavam que 43%, dos que tinham 60 anos ou mais, possuíam renda *per capita* abaixo de um salário mínimo. O mais agravante é que 4.870.336 (30,4%) de idosos continuavam a trabalhar, seja para se autossustentar, seja para auxiliar na subsistência de sua família. Às vésperas de ser sancionado o Estatuto do Idoso, o país não havia conseguido oferecer uma velhice tranqüila a seus cidadãos envelhecidos (MINAYO, 2004, p. 9).

Enquanto o Estado dedicava tempo e recursos na elaboração de várias políticas públicas, como vimos anteriormente, essas, por sua vez, não absorviam a maior parte do seu público alvo, principalmente pelo rápido crescimento da população idosa na sociedade brasileira.

Esse quadro despertou, no início do século XX, grande preocupação de vários setores da sociedade. Diversos fatores, como pretendemos abordar mais adiante,

foram determinantes para que, em 2003, mais precisamente no dia 1º de outubro, o Estatuto do Idoso fosse sancionado pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

O projeto do Estatuto, Lei Federal nº 10.741, foi elaborado pelo, à época, deputado Paulo Paim (PT-RS) e ficou sete anos tramitando pelo Congresso Nacional (MUSSI; PIARDI, 2004, p. 11). Entre as diretrizes, o Estatuto do Idoso "estabelece como dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos dos idosos e zelar pela sua dignidade¹³" (ABREU FILHO; FRAGOSO, 2004, p. 86).

O Estatuto do Idoso considera uma pessoa como sendo idosa aquela "com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos" (BRASIL, 2004, p. 9). O principal objetivo era o de estabelecer medidas de proteção a este contingente considerável da população. Ademais, o Estatuto também:

"(...) regulamenta os direitos dos idosos, determina obrigações às entidades assistenciais, estabelece penalidades para diversas situações de desrespeito aos idosos, além de atribuir uma série de competências e responsabilidades ao Ministério Público." (MUSSI; PIARDI, 2004, p. 11)

Além de descrever e enumerar os direitos dos idosos e estabelecer prioridades, o Estatuto indica os mecanismos pelo qual o idoso pode estar exigindo o cumprimento de seus direitos fundamentais, exercendo desse modo sua cidadania. Para tanto, a participação dos idosos nesse processo se daria "por intermédio de entidades representativas" (ABREU FILHO, 2004, p. 9). Dessas entidades, que atuariam como fiscalizadoras nesse processo, destacam-se: o Ministério Público, o Conselho do Idoso, a Ordem dos Advogados do Brasil e "associações que contenham em seus estatutos

¹³ Os autores, neste caso, consideram dignidade "colocar o idoso a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor". (ABREU FILHO; FRAGOSO, 2004, p. 86)

sociais a possibilidade de demandar em juízo para garantia de direito dos idosos” (MUSSI; PIARDI, 2004, p. 23).

Nisso concerne a importância do Estatuto do Idoso, que é o de colocar à disposição do idoso instrumentos que lhe assegurem seus direitos que tanto podem ser as políticas públicas, que é uma atuação do governo, quanto instrumentos judiciais, a primeira atuando de forma preventiva e a segunda de modo repressivo “minorando as conseqüências de possíveis violações ocorridas” contra a pessoa idosa (ABREU FILHO; SILVA, 2004, p. 23).

Ao longo dos seus 118 artigos, o Estatuto do Idoso privilegia como sendo direito da pessoa idosa a saúde, a alimentação, a educação, a cultura, o esporte, o lazer e o trabalho. A esses direitos somam-se outros, que são decorrentes dos primeiros, como a cidadania, a liberdade, a dignidade e o respeito. Para cada direito o Estatuto lança as mais variadas diretrizes. É justamente nisso que está o maior desafio a ser enfrentado: a viabilização de recursos para a implementação dessas medidas.

“(…) torna-se subjetiva e difícil a abordagem, conclusiva e concreta, quanto ao comportamento do Estado Brasileiro na consolidação do Estatuto do Idoso, como Carta de Cidadania. Isto porque, tanto a União, quanto os Estados e Municípios devem viabilizar a constituição do Fundo Especial para apoio da política do idoso; o quadro de servidores efetivos que desenvolverão, junto ao Conselho do Idoso, a função de fiscalização das entidades de atendimento governamentais e não governamentais; e a edição da legislação que estabelecerá os procedimentos jurídico-administrativos para expedição e processamento dos autos de imposição de penalidades” (ABREU FILHO; ABREU; SILVA, 2004, p. 81).

Seguindo esse mesmo discurso, Minayo (2004, p. 38) complementa:

“O Estatuto que prevê um país generoso com os seus velhos tem problemas na prática: na destinação de recursos, na disponibilização de equipamentos e na construção de instrumentos concretos de atuação”.

O próprio Estatuto no seu artigo 115 postula que, enquanto não fosse criado o Fundo Nacional do Idoso, os recursos para prover os “programas e ações relativos ao idoso” seriam destinados ao Fundo Nacional de Assistência Social, por meio do Orçamento da Seguridade Social (BRASIL, 2004, p. 32).

Para além disso, uma outra importante medida, até mesmo para futuras análises do processo de envelhecimento populacional, foi a inclusão “nos censos demográficos dados relativos à população idosa do País” (BRASIL, 2004, p. 33).

Após essas breves considerações, uma questão emerge: por que 2003? Esse questionamento, um tanto pobre no sentido de tentar inquirir o nosso objeto, faz todo sentido quando é lançado dentro de um processo, cujo centro deste é a sociedade brasileira. Se havia sete anos que o projeto do Estatuto do Idoso estava tramitando no Congresso Nacional, por que foi sancionado somente em 2003? Será que a burocracia do sistema democrático emperrou o andamento do processo ou este foi adiantado devido a algumas circunstâncias? Em 2003, o Estatuto do Idoso seria levado a votação de qualquer modo ou o levaram por pressão externa?

O certo é que a discussão e a votação do Estatuto do Idoso poderia ocorrer em qualquer ano, porém o ano de 2003 foi frutífero no que concerne a uma familiarização com o problema do envelhecimento populacional, por parte dos mais distintos segmentos da sociedade. Para tentarmos responder essas questões, ressaltamos dois acontecimentos que fizeram com que a sociedade refletisse sobre essa a condição do idoso em 2003. O primeiro deles é a Campanha da Fraternidade, da Conferência Nacional

dos Bispos do Brasil – CNBB, cujo título era: “Fraternidade e Pessoas Idosas. Vida, dignidade e esperança”. O outro fator foi a novela “Mulheres Apaixonadas”, da Rede Globo. Nessa perspectiva, Minayo (2004, p. 11) salienta que:

“A decisão política de universalizar direitos e proteger a todos os idosos é uma atitude nova, própria deste momento histórico da consciência nacional. É um avanço do pensamento que precisa ser concretizado na prática”.

Ou seja, a preocupação da sociedade com a problemática da pessoa idosa está intrinsecamente ligada ao momento histórico. Este, por sua vez, passou pela mediação, a nosso entender, primeiramente da Igreja e depois da mídia, sendo que esta última, obviamente, conseguiu atingir a um número maior de pessoas. No que concerne à primeira, a Igreja Católica, sempre no início da quaresma, período que antecede a Páscoa, por meio da CNBB, realiza a Campanha da Fraternidade, cujo objetivo é pautar as reflexões dos católicos, principalmente durante as missas. Desse modo, a CNBB lança, anualmente, um tema novo para ser debatido e discutido. Em 2003, o tema escolhido foi a pessoa idosa, em que o texto-base da Campanha da Fraternidade ressalta:

“(…) os reflexos que as mudanças culturais vêm provocando em nossa sociedade. Nele, é refletido que a tecnologia acaba por determinar os rumos da modernidade, pois coloca as pessoas a seu serviço, criando novas necessidades. Esses avanços tecnológicos parecem inconciliáveis com pessoas menos ágeis, ou de mais idade, que não acompanham o desenvolvimento desses aparatos. (...) O conhecimento originário das vivências e experiência de vida, que as pessoas idosas têm muito a contribuir, às vezes, é substituído pelo domínio dos saberes tecnológicos.” (SILVA JUNIOR, 2003, p. 149)

Portanto, o objetivo da Campanha da Fraternidade era refletir sobre a condição da pessoa idosa, dentro da sociedade moderna. Com um discurso alertando a sociedade para o acelerado crescimento populacional, a sociedade brasileira começou a perceber que mais de quinze milhões de pessoas passavam por determinados problemas, característicos da idade, mas que eram agravados pela forma como a mesma sociedade tratava esses indivíduos.

Porém, foi com a novela *Mulheres Apaixonadas* que a situação ganhou uma dimensão enorme dentro dos grupos de discussão. De autoria de Manoel Carlos, a novela retratava o drama de um casal de idosos, Leopoldo e Flora, interpretados por Oswaldo Louzada e Carmem Silva, respectivamente, que dividiam o apartamento com o filho. A indignação popular se mostrava na forma como a neta tratava seus avós, evidenciando “uma situação de desrespeito e intolerância com pessoas idosas” (PITTA, 2003, p. 67).

Se o objetivo da novela era chamar a atenção para os problemas enfrentados pela pessoa idosa na nossa sociedade, conseguiram com muito êxito. O que evidencia a influência da mídia são os números do Disque-Denúncia, que aumentaram 85% durante o período em que a novela esteve no ar, em comparação com o mesmo período do ano anterior, ou seja, 2002 (ABREU FILHO; FRAGOSO, 2004, p. 90).

Tanto a Campanha da Fraternidade quanto a novela “Mulheres Apaixonadas”, da Rede Globo, contribuíram para que, à época do Estatuto do Idoso, a sociedade brasileira tivesse pronta para discutir o tema. Entretanto, não foi com um Estatuto que se resolveu o problema do idoso dentro da sociedade. As medidas são muito válidas, porém é preciso serem consolidadas na prática. Como vimos no primeiro parágrafo, a situação do idoso na nossa sociedade é preocupante. Eles são muitos e vivem em realidades tão distintas que o primeiro passo para se tentar caminhar,

rumo à consolidação desses direitos, seria reconhecer no idoso uma pessoa que “goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, e que cabe à família, à comunidade, à sociedade, e ao Poder Público assegurar o seu “direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade” (BRASIL, 2004, p. 9). Resumindo: cidadania.

5. A cidadania e a legislação: os caminhos em construção

Após essa breve síntese das políticas públicas que contemplaram a pessoa idosa, podemos concluir que essa parcela da população é amparada por uma vasta legislação. Entretanto, a legislação é um dispositivo que necessita de determinados mecanismos para se efetivar de fato. São esses mecanismos, ou caminhos, que pretendemos explorar à guisa do conceito de cidadania.

Um dos principais teóricos que pautaram suas reflexões sobre este conceito foi o sociólogo britânico T. H. Marshall, cuja análise parte da Inglaterra e como ocorreu o processo da conquista de cidadania neste país. Para tanto, a conquista, para esse autor, se efetuou via “elementos”, que se desmembram em três, a saber: o civil, o político e o social. O elemento civil são aqueles direitos “necessários à liberdade individual”, entre eles os de ir e vir, a liberdade de imprensa, de pensamento, de fé, de propriedade, e principalmente o direito à justiça. O elemento político, por sua vez, se constitui como “o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo”. Noutro passo, o elemento social se constitui por todos aqueles direitos que vão desde ao “bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado

de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade”. Outrossim, o sistema educacional e os serviços sociais são exemplos de ação do elemento social (MARSHALL, 1988, p. 9). Em síntese, o cidadão, segundo Marshall, era aquele indivíduo que usufruía desses três elementos igualmente. O referido autor também pontuou os séculos XVIII, XIX e XX como os períodos em que se conquistaram os direitos civis, políticos e sociais respectivamente.

Entretanto, essa teoria se distancia num universo utópico e pouco concreto, quando tentamos pensar o Brasil. Pensar a cidadania como uma síntese conquistada dos direitos civis, políticos e sociais é muito bonito; entretanto, na prática, quando tomamos a legislação brasileira para analisarmos a situação da pessoa idosa na sociedade, concluímos que ainda resta um longo caminho a ser percorrido. Destarte, as iniciativas não chegaram a ser modestas; a legislação é vasta, porém, não consegue atender a todos os direitos expostos por Marshall para compreender a cidadania.

Partindo do pressuposto que a realidade brasileira é diferente da Inglaterra dos idos de 1950, sociedade de Marshall, é de fundamental importância que estudemos esse processo a partir de análises brasileiras. Nesse contexto, o riquíssimo ensaio de José Murilo de Carvalho: “Cidadania no Brasil: o longo caminho” se descortina como um precioso achado para compreendermos a cidadania em nosso país.

A respectiva análise de Carvalho parte da teoria de Marshall; entretanto, o referido autor defende que a aquisição dos direitos que compõem a cidadania no Brasil se deram de forma inversa. Enquanto na Inglaterra primeiro vieram os direitos civis, depois os políticos e posteriormente os sociais; no Brasil, primeiro vieram os direitos sociais, cujo ápice se deu num período de supressão dos direitos políticos, ou seja, na ditadura de Getúlio Vargas. Outrossim, os direitos políticos, vieram de forma bizarra e basicamente se constituem no direito ao voto. Por fim,

muitos direitos civis ainda estão inacessíveis para a maioria da população. Ao transpor a teoria de Marshall (2006, p. 219-220) para o Brasil o autor conclui que a “pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo”. Ou seja, a cidadania brasileira pode ser resumida apenas na conquista dos direitos sociais. Ademais, a proeminência de um dos direitos, o social, em detrimento de outros dois, o civil e o político, torna-se um campo fértil para inquirições.

“Assim, apesar de uma certa divisão entre direitos individuais e direitos sociais, na realidade todos os direitos são sociais, na medida em que todos supõem interação entre pessoas ou grupos, mas costuma-se chamar de sociais apenas os direitos à educação, à moradia, ao trabalho e às condições de vida” (FARIA, 1996, p. 77).

A autora citada acima possui uma concepção muito ampla do que considera ser os direitos sociais; os direitos individuais estão no patamar dos direitos civis e políticos. Ademais, Faria (1996, p. 77) concebe o direito social nesta acepção ampla devido ao fato de que o mesmo “encara o homem em sua realidade concreta e como membro dos grupos sociais”. Contudo, vamos utilizar os conceitos propostos por Marshall para caracterizar os direitos civis, políticos e sociais, porque essa é à base da análise de José Murilo de Carvalho.

De fato, consoante a conquista de direitos para a população brasileira, Silva (1996, p. 343) afirma se tratar da Constituição de 1988 o momento máximo dessa trajetória. Conforme afirmamos anteriormente, a última Carta-Magna do Brasil recebeu o epíteto de “Constituição Cidadã” devido “à incorporação de uma série de direitos civis¹⁴ e sociais”.

¹⁴ No tocante aos direitos civis, Silva (1996, p. 343) considera como “clássicos” os resguardados pela Constituição de 1988 os seguintes: “liberdade de expressão, reunião, privacidade garantida, a inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das comunicações e a proibição de prisão sem decisão judicial”.

A predita cidadania, portanto, se processa via conquista de direitos. Sobre esses direitos dedicamos todo o tópico anterior, em que traçamos um quadro-síntese de toda a legislação que teve a pessoa idosa como objeto de suas discussões. Nesse ínterim, perpassamos a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; as três políticas mais importantes da década de 1990 visando atender a pessoa idosa, a saber: a Lei Orgânica de Assistência Social (1993), a Política Nacional do Idoso (1994) e a Política Nacional de Saúde do Idoso (1999); e por fim o Estatuto do Idoso (2003).

Por sua vez, todas essas políticas que privilegiaram a pessoa idosa, se partirmos das considerações de Carvalho, fizeram-no assegurando somente os direitos sociais (2006). A título de exemplo, a síntese da Lei Orgânica de Assistência Social é a garantia de um salário mínimo àqueles idosos que comprovarem não possuir meios para se prover.

Mas a cidadania em relação à pessoa idosa não se restringe a sua subsistência. Dever-se-á considerar o idoso como um cidadão igual a qualquer outro, de qualquer idade, mas que a única diferença são as *primaveras* acumuladas. Por todas as transformações orgânicas que acomete o indivíduo na plenitude de sua existência, que ganhou o nome de envelhecimento, é basilar que o Estado brasileiro amparasse no seu discurso político essa parcela crescente da população, levando em consideração essas singularidades produzidas pelo tempo.

“A transformação da velhice em um problema social põe em jogo múltiplas dimensões que vão desde as iniciativas voltadas para propostas de formas de bem-estar, que deveriam acompanhar o avanço das idades, até empreendimentos voltados para o cálculo de custos financeiros que o envelhecimento da população trará para a contabilidade nacional” (DEBERT, 1996, p. 35)

Segundo Debert, aos poucos a velhice foi sendo alvo da “solidariedade pública”. Nesse processo, o trato à velhice, que antes era considerado de responsabilidade de instituições e associações filantrópicas, foi sendo vagarosamente introjetado por um discurso político, justamente por considerar o envelhecimento e os indivíduos acometidos por ele como sendo uma questão pública (DEBERT, 1996, p. 35). A partir de então, podemos verificar que o envelhecimento populacional perpassa por todas essas estruturas de poder, da coisa privada, familiar, para o âmbito público, ou seja, para a responsabilidade de todos que integram a sociedade brasileira.

De acordo com Cabral (2004, p. 01-02), a constituição do problema social do envelhecimento ao longo do século XX:

“(…) é resultado da conjunção de fatores que emergiram no processo de mudanças na sociedade e que incluem desde as conquistas da liberdade até as novas relações de poder, bem como o desenvolvimento das forças produtivas, aumento da expectativa de vida, distribuição da riqueza, novos padrões culturais, sistemas de controles sobre a vida humana, conquistas na medicina, elevação dos padrões educacionais, difusão dos sistemas de comunicação e outros que formam a teia complexa da sociedade pós-moderna.

Por isso, segundo Kalache (1996, p. 14) “envelhecer é um triunfo, mas para gozar da velhice é preciso dispor de políticas adequadas”, que assegurem uma boa qualidade de vida. O autor insiste que o governo deve desenvolver “políticas inteligentes, realistas e igualitárias”, que não beneficiem uma minoria da população, como ocorrem com as “políticas fantásticas”.

“Se não cuidarmos destas políticas para o bom envelhecer os setores sociais do país, já sob tensão, poderão explodir. A imagem é a de um jumento de carga sobrecarregado dos

dois lados – um lado representado pela problemática tradicional do subdesenvolvimento, o outro lado acumulando a carga representada pelo envelhecimento despreparado” (KALACHE, 1996, p. 15).

A conquista da cidadania é um processo lento e perpassa o discurso político. Talvez, se o crescente envelhecimento populacional que ocorreu principalmente nas últimas décadas não tivesse ocorrido e o tornar-se velho fosse algo raro, teríamos políticas públicas voltadas para essa parcela da população? O problema social que o envelhecimento produziu é, portanto, um problema de ordem numérica. E isso fica claramente exposto quando tomamos como exemplo os índices estatísticos.

Em 1940, o Brasil possuía 979.839 pessoas com idade igual ou acima de 65 anos. Em 1950, esse número saltou para 1.348.035; na década posterior, 1960, esse contingente já atingia 1.915.005. Na década de 1970 já contávamos com 2.929.476; em 1980 tínhamos 4.770.432; e em 1990 o número era de 7.085.847 (IBGE apud BERQUÓ, 1996, p. 18). Atualmente, essa população já ultrapassa os dezesseis milhões, e a tendência é o crescimento contínuo para as próximas décadas.

Uma hipótese que nos inquieta é que o aumento progressivo do número de pessoas idosas, principalmente nas três últimas décadas do século XX, impulsionou o poder público a tomar medidas que visassem amparar essa parcela da população; daí a quantidade de políticas públicas nos períodos que houve maior crescimento.

Paralelo aos índices estatísticos, outra questão que emerge dessa problemática em torno do envelhecimento populacional são os critérios que definem uma pessoa como sendo idosa.

“O processo biológico, que é real e pode ser reconhecido por sinais externos do corpo, é apropriado e elaborado simbolicamente por todas as sociedades, em rituais que definem,

nas fronteiras etárias, um sentido político e organizador do sistema social” (MINAYO, 2004, p. 10)

Ou seja, somente quando esse processo biológico é reconhecido pelas sociedades, que em consequência disso elabora, simbolicamente, um sentido político, ou seja, atitudes práticas para ser tomadas pelo coletivo a partir de uma reflexão sobre a condição daquela parcela da sociedade que envelheceu, primeiramente há que se encontrar parâmetros para classificar uma pessoa como sendo pertencente àquele grupo. É neste ponto que entra a categoria de “fronteiras etárias” utilizada pelos autores.

Tomamos por “fronteiras etárias” a idade limite que dada sociedade define como sendo o apogeu do envelhecimento, em que, no tempo seguinte àquele, a pessoa é considerada idosa. Está exposto aí um dos nossos grandes problemas em relação ao envelhecimento: qual a faixa etária que designa uma pessoa como sendo idosa?

Segundo Cabral (2004, p. 3), existem análises demográficas que apontam para a idade de 65 anos e outras para 60 anos. Nesse processo existem alguns critérios, como, por exemplo, as entidades internacionais definem como o corte inicial do envelhecimento com base se a sociedade é ou não desenvolvida. Para as primeiras, prevalece a faixa etária mais alta (65 anos), e, se não, ou em desenvolvimento, a pessoa é tida como idosa a partir dos 60 anos. Esses dados são importantes porque essas entidades acreditam que, sendo a sociedade menos desenvolvida, envelhece-se mais cedo. Tais conclusões estão ligadas, principalmente, às condições de vida que as pessoas idosas usufruem em seus países.

Nessa perspectiva, Cabral (2004, p. 4) salienta que essa diferença de cinco anos existente entre as duas idades (60 ou 65 anos), em qualquer período da vida, é um aspecto importante que não deve ser relegado. Essa infundável discussão sobre as fronteiras de idade mostra a complexidade da questão, as suas implicações para

os grupos e os interesses envolvidos na definição desses limites, e complementa dizendo sobre a inviabilidade de adotar dois limites etários diferentes com o intuito de classificar o mesmo segmento populacional. Dever-se-á, entretanto, considerar que partindo da legislação brasileira não existe um consenso nessa prerrogativa, o que evidencia também quão nova é a questão da problemática do idoso na nossa sociedade¹⁵.

Noutro passo, para caracterizarmos a complexidade dessa questão, retomaremos o Estatuto do Idoso como exemplo, uma vez que este é “destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos” (BRASIL, 2004, p. 9). A pessoa idosa, portanto, seria todo esse contingente de pessoas pertencentes a essa faixa etária, ou a essa “fronteira etária”. Se, por um lado, os idosos possuem seus direitos assegurados, por outro encontramos certas divergências, dentro até mesmo do próprio Estatuto.

No que diz respeito a gratuidade do transporte coletivo, a “fronteira etária” dos 60 anos é simplesmente ignorada pelo Estatuto do Idoso no seu artigo 39, uma vez que somente às pessoas “maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurado” este benefício. Outra controvérsia é no tocante ao assento vermelho reservado para deficientes físicos, gestantes e pessoas idosas, acima de sessenta anos. (BRASIL, 2004, p. 16). Novamente encontramos uma diferença de cinco anos, para que alguns idosos possam ser assistidos, ou melhor, possam usufruir daquilo que, a princípio,

¹⁵ Partindo da legislação brasileira, podemos observar que não existe um critério absoluto. O Código Penal (1940) reza que, se forem cometidos crimes contra pessoas maiores de 70 anos, a pena é aumentada. O Código de Processo Penal (1941) isenta os maiores de sessenta anos a integrar o serviço de júri. O Código Eleitoral (1965) torna facultativo o voto para os maiores de 70 anos, lei esta que foi transposta para a Constituição de 1988. Esta última, por sua vez, no trato das aposentadorias, reza que o homem a recebe com 65 anos completados e a mulher com 60 anos (BARROSO, 2001).

era assegurado por lei a todos aqueles com idade igual ou superior a 60 anos. Ou seja, a pessoa idosa que possui 60 anos não é considerada totalmente beneficiada pelo Estatuto do Idoso.

Essa questão ilustra bem que o estabelecimento de critérios de idade evidencia uma relação de poder muito intrínseca. Considerar a pessoa idosa a partir dos 60 ou dos 65 anos fará toda a diferença para a “contabilidade nacional”, como Debert afirmou acima. Os altos gastos com a implementação de políticas destinadas à pessoa idosa ocorrem porque são de ordem social, ou seja, é uma “ajuda” do governo.

Devemos distinguir que o problema social do envelhecimento não foi detectado a partir da Constituição de 1988; muito pelo contrário, foi a partir dessa política que ele foi incorporado dentro de uma lei; porém a essência já existia. A Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia – SBGG, por exemplo, foi organizada nos idos de 1960, segundo Cabral (2004, p. 5). Ou seja, já havia todo um conhecimento específico sobre a pessoa idosa, porém, a institucionalização legal (leia-se obrigatoriedade) das disciplinas de Geriatria e Gerontologia nos cursos superiores ocorreu somente a partir da Política Nacional do Idoso (1994). O Conselho do Idoso é outro exemplo, como explicitamos páginas atrás. A cidadania, portanto, é uma cidadania mediada pelas políticas públicas.

“As políticas públicas de atendimento aos interesses dos idosos em relação à saúde, trabalho, educação (...), historicamente, não têm merecido a mesma importância daquelas referentes à criança, à mulher, ou ao trabalhador. Percebe-se, assim, que a noção que hoje se tem de *cidadania* não incorpora as características desse importante, mas marginalizado segmento social” (ABREU FILHO; ABREU; SILVA, 2004, p. 70).

Os problemas, das mais variadas ordens, ainda acometem essa parcela da população

brasileira. De acordo com Cabral (2004, p. 13), durante toda a década de 90 ocorreram diversos eventos que tiveram como pauta principal as questões relacionadas ao envelhecimento, entretanto não apontaram soluções, apenas debateram o problema. Para se ter um exemplo: o ano de 1999, tido como o Ano Internacional do Idoso, envolto a discursos inflamados, foi marcado com a ampliação da idade para a aposentadoria. Com isso, no meio dos discursos, os idosos “são instados a continuarem ou voltarem às atividades produtivas, buscando trabalho remunerado para garantirem a própria sobrevivência”.

6. Considerações finais

Após este breve levantamento sobre a situação da pessoa idosa, dentro de uma legislação que se modificou, principalmente no final do século XX, reiteramos que essas políticas públicas, se não possam ser consideradas modestas, deverão ser melhor dinamizadas, para que se consiga superar as desigualdades encontradas por esses cidadãos quando chegarem à velhice.

Ademais, no meio desse processo conturbado, o mínimo que governo brasileiro, em parceria com a sociedade, podem fazer é garantir a concretização de todas essas atitudes de cunho político, que envolvem a pessoa idosa e, concomitantemente, assegurar a liberdade do idoso. O sentido dessa palavra neste contexto é muito mais amplo do que o seu direito constitucional de ir e vir, é reconhecê-lo como um cidadão. Essa é a principal empreitada de todos nós, se não para conquistar mais direitos, mas, pelo menos, para garantir os já conquistados, fazendo-os serem cumpridos.

Outrossim, é identificar no idoso um portador de direitos individuais, que o caracterize como cidadão e que isso venha acompanhado por direitos civis e políticos, e simultaneamente sociais e culturais. Em síntese, o dever de toda a sociedade é garantir o pleno exercício da cidadania para

estes milhões de brasileiros que convivem em realidades desiguais, que passam por dramas singulares, que veem a vida de modo muito particular; enxergam o mundo com os olhos de quem muito já viveu, e que agora querem apenas as mínimas condições para fazê-lo no futuro. A cidadania é fruto de uma construção contínua, não se processa, apenas, em reivindicações que ocorreram no passado.

Referências

- ABREU FILHO, Hélio (Org.). *Comentários sobre o Estatuto do Idoso*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.
- _____; ABREU, Alexandre Herculano; SILVA, Franciny Beatriz de Figueiredo. O Estatuto do Idoso e o poder de polícia. In: ABREU FILHO, Hélio (Org.). *Comentários sobre o Estatuto do Idoso*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.
- _____; FRAGOSO, Marília Celina Felício. Maus tratos e o Estatuto do Idoso. In: ABREU FILHO, Hélio (Org.). *Comentários sobre o Estatuto do Idoso*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.
- _____; SILVA, Franciny B. Abreu de Figueiredo. Mecanismos de exigibilidade. In: ABREU FILHO, Hélio (Org.). *Comentários sobre o Estatuto do Idoso*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.
- BARROSO, Celeste Taques Bittencourt (Comp. e Org.). *O Idoso no direito positivo brasileiro. Legislação 1917/2000*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001.
- BRASIL. *Política Nacional de Saúde do Idoso*. 1999. Disponível em: <www.ufrgs.br/3idade/portaral1395gm.html>. Acesso em: 10 jul. 2007.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. In: BARROSO, Celeste Taques Bittencourt (Comp. e Org.). *O Idoso no direito positivo brasileiro. Legislação 1917/2000*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001.
- _____. *Lei orgânica da assistência social*. 3 ed. Brasília: Ministério da Assistência Social, Secretaria de Política da Assistência Social, 2003.
- _____. *Política nacional do idoso*. 3 ed. Brasília: Ministério da Assistência Social, Secretaria de Política da Assistência Social, 2003a.
- _____. Estatuto do Idoso. A lei. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.
- CABRAL, Benedita Edina S. L. A superação das desigualdades na velhice: mais uma questão social no século XXI. In: *VII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais*. Coimbra, 2004. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/>>. Acesso em: 20 jun. 2006.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 8 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- DEBERT, Guita Grin. As representações (estereótipos) do papel do idoso na sociedade atual. Seminário Internacional Envelhecimento Populacional: uma agenda para o final do século, 1. *Anais...* Brasília: Ministério da Previdência e Assistência Social, 1996.
- FARIA, Mara de Mello. O idoso na legislação brasileira. In: NETTO, Matheus Papaléo. *Gerontologia: a velhice e o envelhecimento em visão globalizada*. São Paulo: Editora Atheneu, 1996.
- IGLÉSIAS, Francisco. *Constituintes e constituições brasileiras*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- KALACHE, Alexandre. Envelhecimento no contexto internacional. A perspectiva da Organização Mundial da Saúde. Seminário Internacional Envelhecimento Populacional: uma agenda para o final do século, 1. *Anais...* Brasília: Ministério da Previdência e Assistência Social, 1996.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania e classe social*. Brasília: Ministério do Interior. Fundação Projeto Rondon, 1988.
- MINAYO, Maria Cecília. *Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria*. 2 ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.
- MUSSI, Paulo Richter; PIARDI, Sonia Maria Demeda Groisman. Considerações iniciais sobre o Estatuto do Idoso. In: ABREU FILHO, Hélio (Org.). *Comentários sobre o Estatuto do Idoso*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.
- _____. Assistência social à pessoa idosa. Cadernos da ANG-SP. Conferência Nacional da Pessoa Idosa, 1. *Anais...* Brasília, 2006.
- PITTA, Patrícia Indiará Magero. Direitos humanos: a concepção de idoso em tempos pós-modernos. In: MADALOZZO, Avelino (Coord.). *Da inteligência ao coração e à ação*. Porto Alegre: [s.n], 2003.
- SALVADOR, Evilásio. Financiamento e orçamento público das ações necessárias para a efetivação dos direitos da pessoa idosa. In: Cadernos da ANG-SP. Conferência Nacional da Pessoa Idosa, 1. *Anais...* Brasília, 2006.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. Brasil, em direção ao século XXI. In: LINHARES, Maria Yedda (Org.). *História geral do Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

SILVA JÚNIOR, Bento Selau da. Visão social do idoso: o envelhecimento, a sociedade e possíveis ações universitárias. In: MADALOZZO, Avelino (Coord.). *Da inteligência ao coração e à ação*. Porto Alegre: [s.n], 2003.

VERAS, Renato P. Atenção preventiva ao idoso: uma abordagem de saúde coletiva. In: NETTO, Matheus Papaléo. *Gerontologia: a velhice e o envelhecimento em visão globalizada*. São Paulo: Editora Atheneu, 1996.

A proteção dos conhecimentos tradicionais e expressões de folclore

Patrícia Pereira Tedeschi

Sumário

1. Introdução. 2. O contexto internacional da proteção ao folclore e ao conhecimento tradicional. 2.1. A Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. O conteúdo da Convenção. 2.2. O atual estágio das discussões na OMPI. 2.3. Convenção de Berna. 3. Considerações gerais sobre o direito autoral. O conhecimento tradicional e o folclore em relação ao direito autoral. 4. Conclusão.

1. Introdução

A proteção ao conhecimento tradicional e às expressões de folclore é uma questão complexa e polêmica devido a inúmeros fatores. Questiona-se o que se deve proteger, contra quem, com que objetivo e para benefício de quem (WIPO, 2009, p. 4). Até mesmo as definições de folclore e conhecimento tradicional apresentam dificuldades, por abarcarem todo o conteúdo de tais expressões.

Quanto ao conhecimento tradicional, consideraremos as definições adotadas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, uma vez que, como se verá adiante, a definição nacional é incompleta e insatisfatória.

O secretariado da OMPI (WIPO, 2009, p. 4) tem duas definições para conhecimentos tradicionais: “o conhecimento que é resultado da atividade intelectual em um contexto tradicional e inclui *know how*, habilidades,

Patrícia Pereira Tedeschi é Mestranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, advogada em São Paulo e assessora jurídica da Agência USP Inovação.

inovações, práticas e aprendizados que formam parte do sistema de conhecimentos tradicionais, e conhecimento que é incorporado no estilo de vida de uma comunidade ou povo, ou está contido em sistemas de conhecimento codificados passados entre gerações”; ou se refere aos trabalhos literários, artísticos ou científicos; invenções, descobertas científicas, desenhos, marcas, nomes e símbolos; informações confidenciais baseadas na tradição (que foram transmitidas de geração em geração e pertencem a um povo ou seu território). O folclore estaria inserido nessa definição.

Quando não considerado parte do conhecimento tradicional, o folclore pode ser definido como “o conjunto de costumes, lendas, crenças, superstições, indumentárias, danças, cantos e festas que, entre outras inúmeras manifestações artísticas tradicionais populares, caracterizam a essência de um povo” (ABRÃO, 2006, p. 327). As Disposições Tipo para as Leis Nacionais sobre a Proteção das Expressões de Folclore contra a Exploração Ilícita e outras Ações Lesivas preparadas pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO e pela OMPI estabelecem que as expressões de folclore consistem em elementos da herança artística tradicional desenvolvida e mantida por uma comunidade ou por indivíduos de um país, refletindo as expectativas artísticas tradicionais de tal comunidade.

Em âmbito internacional, as discussões vêm-se desenvolvendo especialmente na OMPI e na UNESCO.

Na OMPI, além das discussões sobre a compatibilização dos princípios da Convenção da Diversidade Biológica – CDB¹ ao sistema de patentes, que não serão objeto deste artigo, existe um foro de debate para

¹ A CDB prevê a proteção aos recursos genéticos e ao conhecimento tradicional associado, estabelecendo a divulgação da origem nos documentos de patentes e repartição de benefícios do titular da tecnologia protegida com as comunidades provedoras do recurso genético ou do conhecimento tradicional associado.

o desenvolvimento de mecanismos que protejam os conhecimentos tradicionais e o folclore contra a apropriação e o uso indevidos (WIPO, 2009).

Na UNESCO, as discussões sobre a proteção ao conhecimento tradicional e ao folclore estão relacionadas à Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial e são realizadas pelo Comitê Intergovernamental criado para promover os objetivos da Convenção.

No Brasil, as questões relacionadas à proteção do conhecimento tradicional e do folclore ainda são muito difusas em debates no Ministério do Meio Ambiente, no Ministério das Relações Exteriores e no Ministério da Cultura por meio do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

O parágrafo 1º do artigo 215 da Constituição Federal estabelece que:

“§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.”

Seu artigo 216 também define a forma de constituição do patrimônio cultural brasileiro e sua proteção:

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I – as formas de expressão;
- II – os modos de criar, fazer e viver;
- III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

Na legislação ordinária, ainda existe uma lacuna sobre a forma como as expressões culturais devem ser protegidas. A única fonte legislativa que estabelece normas para a exploração econômica do conhecimento tradicional é a MP 2186-16/01.

No entanto, a referida medida provisória apenas aborda o entendimento do conhecimento tradicional associado como “informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético” (art. 7º, V da MP 2186-16/01), e quando ele for “relevante à conservação da diversidade biológica, à integridade do patrimônio genético do País e à utilização de seus componentes.” (art. 1º, II, da MP 2186-16/01).

Verifica-se que a legislação existente não se preocupa com a proteção ao conhecimento tradicional e ao folclore considerados em si mesmos, mas apenas (e aqui só se refere ao conhecimento tradicional) quando relevante para a conservação da biodiversidade.

Portanto, a legislação nacional é insuficiente para regular todas as diferentes situações que podem envolver o conhecimento tradicional, além de não ter previsões sobre a proteção ao folclore.

Devido a essa lacuna existente, questiona-se qual a natureza jurídica do conhecimento tradicional e do folclore, bem como a forma como eles devem ser protegidos. Além disso, a própria legislação autoral (Lei 9210/98) agrava a situação ao prever que:

“Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:
(...)

II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.” (grifo nosso)

Ora, a legislação hoje existente é clara quanto ao folclore e ao conhecimento tradicional pertencerem ao domínio público, mas não estabelece qualquer proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Assim, o objetivo do presente artigo é discorrer sobre o tratamento conferido pelas organizações internacionais em relação à proteção do folclore e do conhecimento tradicional, bem como o atual estágio da proteção no Brasil.

2. O contexto internacional da proteção ao folclore e ao conhecimento tradicional

Tendo em vista a insuficiência da legislação nacional, é necessário o estudo de alguns tratados internacionais que versam sobre a proteção ou salvaguarda das expressões culturais tradicionais, especialmente a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial e a Convenção de Berna, além de analisar o atual estágio das discussões na OMPI.

2.1. A Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial

A Convenção, que foi adotada em 2003, resultou de debates que começaram na década de 70. A partir da adoção da Convenção do Patrimônio Cultural e Natural, em 1972, alguns membros demonstraram interesse, também, na proteção do patrimônio imaterial.

Em 1973, a Bolívia apresentou na UNESCO um protocolo que visava proteger o folclore. Tal documento deveria ser adicionado à Convenção Universal de Direito Autoral (*The Universal Copyright Convention*).

Nas décadas de 80 e 90, inúmeras conferências foram organizadas pela UNESCO com o fim de discutir a proteção ao patrimônio imaterial, o que culminou, em 2003, com a adoção da Convenção para a

Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial durante a 32ª Conferência Geral da UNESCO. A Convenção entrou em vigor em 20 de abril de 2006.

No Brasil, ela foi ratificada e ingressou no ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto 5.753 de 12 de abril de 2006.

O conteúdo da Convenção

O objetivo da Convenção é estabelecido em quatro princípios: salvaguardar o patrimônio cultural imaterial; respeitar o patrimônio cultural imaterial das comunidades, grupos e indivíduos envolvidos; realizar a conscientização sobre a importância do patrimônio cultural imaterial e a cooperação e assistência internacionais.

Os Estados Partes da Convenção devem tomar as medidas necessárias para salvaguardar seu patrimônio imaterial mediante sua identificação, documentação, investigação, preservação e proteção, promoção, valorização, transmissão e revitalização (art. 11 da Convenção).

Patrimônio cultural imaterial é definido no artigo 2º como

“as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural.”

A convenção também estabelece quais as formas de manifestação do patrimônio imaterial:

- a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial;
- b) expressões artísticas;
- c) práticas sociais, rituais e atos festivos;
- d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo;
- e) técnicas artesanais tradicionais.”

Um elemento previsto na Convenção é a necessidade do estabelecimento de

inventários, pelos Estados Partes, do patrimônio imaterial presente em seu território. Tal medida é importante para que se identifiquem a origem e o conteúdo do conhecimento e qual é a comunidade provedora do patrimônio imaterial para que, no caso de disputas por uso indevido ou apropriação, por exemplo, a origem do patrimônio seja facilmente identificada, evitando discussões desnecessárias, como se verá abaixo.

Outras medidas para salvaguardar o patrimônio imaterial estão previstas no artigo 13 da Convenção e compreendem:

- a) adotar uma política geral visando promover a função do patrimônio cultural imaterial na sociedade e integrar sua salvaguarda em programas de planejamento;
- b) designar ou criar um ou vários organismos competentes para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial presente em seu território;
- c) fomentar estudos científicos, técnicos e artísticos, bem como metodologias de pesquisa, para a salvaguarda eficaz do patrimônio cultural imaterial, e em particular do patrimônio cultural imaterial que se encontre em perigo;
- d) adotar as medidas de ordem jurídica, técnica, administrativa e financeira adequada;
- i) favorecer a criação ou o fortalecimento de instituições de formação em gestão do patrimônio cultural imaterial, bem como a transmissão desse patrimônio nos foros e lugares destinados à sua manifestação e expressão;
- ii) garantir o acesso ao patrimônio cultural imaterial, respeitando ao mesmo tempo os costumes que regem o acesso a determinados aspectos do referido patrimônio;
- iii) criar instituições de documentação sobre o patrimônio cultural imaterial e facilitar o acesso a elas.”

Apesar de apresentar regras relevantes para o gerenciamento do patrimônio cultural imaterial, existem aspectos não abordados pela Convenção, mas que são importantes para a proteção de tal patrimônio. Não se estabeleceu uma medida efetiva para que se impeça o uso e apropriação indevida do patrimônio cultural. Tais medidas são essenciais para que se efetive um sistema eficiente de proteção às manifestações culturais, conhecimentos tradicionais e folclore.

2.2. *O atual estágio das discussões na OMPI*

A OMPI participou, em 1982, da elaboração das Disposições Tipo UNESCO-OMPI contra a exploração ilícita e outras ações lesivas às expressões de folclore. O documento serviria de base para as legislações nacionais.

Em 1996, com a adoção do *WIPO Performances and Phonograms Treaty* - WPPT (do qual o Brasil não é membro), passou-se a proteger, conforme o art. 2.(a), a pessoa que interpreta a expressão de folclore.

Recentemente, o Comitê Intergovernamental da OMPI desenvolveu novas provisões para a proteção das expressões culturais tradicionais, mas que continuam sendo objeto de impasse devido, por um lado, ao valor econômico agregado ao folclore e aos conhecimentos tradicionais e, de outro, à necessidade de que tais conhecimentos não sejam tratados apenas como um objeto comercialmente explorável, dando-se o devido reconhecimento à sociedade que os criou e difundiu.

2.3. *Convenção de Berna*

A previsão aplicável aos conhecimentos tradicionais e expressões de folclore está presente no artigo 15, (4), que dispõe:

“4) a) Quanto às obras não publicadas cujo autor é de identidade desconhecida, mas, segundo tudo leva a presumir, nacional de um país da União, é reservada à legislação desse país a

faculdade de designar a autoridade competente para representar esse autor e com poderes para salvaguardar e fazer valer os direitos do mesmo nos países da União.”

Observa-se que a Convenção estabelece um tipo de proteção para obras de autor desconhecido, mas que seja originário de um determinado país. Nesse caso, o próprio país será o representante do autor para garantir a proteção dos direitos. Essa previsão pode ser aplicada aos conhecimentos tradicionais e ao folclore, uma vez que, como será discorrido adiante, trata-se de obra de autor desconhecido.

3. *Considerações gerais sobre o direito autoral*

Os direitos autorais são protegidos tanto pela ordem constitucional quanto pela legislação ordinária. No Brasil, está elencado entre os direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

O inciso XXVII do referido artigo estabelece que:

“XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”

Segundo Bittar (1992, p. 27), os direitos autorais fazem parte dos direitos privados que são protegidos em razão da evolução tecnológica e intelectual dos povos.

Tais direitos outorgam um exclusivo ao seu titular, que poderá explorar a obra que, se não fosse protegida, teria o uso livre. Segundo Ascensão (2007, p. 3), o que se busca é “compensar o autor pelo contributo criativo trazido à sociedade.”

Ascensão (2007, p. 27) considera que os direitos de autor tutelam as “criações do espírito”. A Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), seguindo a mesma tendência, estabelece, no artigo 7º, que são protegidas pelo direito autoral “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em

qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

Como requisitos para a proteção autoral, a obra deverá ser criativa, característica derivada da tutela às “criações do espírito”, e individual, ou seja, “sendo a obra uma criação personalizada, em toda a obra há-de estar impressa a marca do seu autor” (ASCENSÃO, 2007, p. 51).

Assim, a presença do “autor” é essencial para que o direito se caracterize. Segundo Abrão (2002, p. 71), “sujeito de direito autoral é o ser humano que, no exercício de uma atividade mental, criativa, dá origem a uma obra de espírito.” Importante citar que, ao diferenciar o autor da obra anônima da obra de autor desconhecido, Abrão (2002, p. 71) explica que “... naquele há indicativos de autoria, enquanto neste a obra é conhecida, mas seus autores não. E nem se darão a conhecer. É o caso das obras de domínio comum, muitas vezes transmitidas pela tradição oral, como as obras de folclore.”

Ainda, outra característica dos direitos autorais no sistema romano-germânico é a divisão entre direitos morais e patrimoniais de autor que, segundo Bittar (1992, p. 28), são considerados os elementos integrantes dos direitos autorais. Na Lei de Direitos Autorais, a matéria é tratada nos capítulos II e III respectivamente.

Por fim, relacionado aos direitos morais e patrimoniais do autor, surge a questão do prazo e do objeto de proteção conferida ao autor.

O artigo 27 da Lei de Direitos Autorais estabelece que os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis. Alguns desses direitos, como o de paternidade da obra², são intransmissíveis.

² O artigo 6º bis (1) da Convenção de Berna estabelece que “independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo após a cessão dos referidos direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da obra ou a qualquer outro atentado contra a mesma obra, prejudicial à sua honra ou à sua reputação.”

Os direitos patrimoniais, por sua vez, enumerados no artigo 29 da Lei de Direitos Autorais, possuem prazo de vigência limitado e, uma vez a obra tenha caído em domínio público, deixam de ser exigíveis.

Como mencionado acima, a legislação nacional considera os conhecimentos tradicionais e o folclore pertencentes ao domínio público, de onde se pode inferir que seu uso é livre e independe de autorização.

O conhecimento tradicional e o folclore em relação ao direito autoral

Não obstante a legislação estabelecer que o conhecimento tradicional e o folclore pertençam ao domínio público, é interessante a comparação de duas características dos direitos autorais com tais direitos.

a) Os direitos autorais são direitos privados: tal característica é inegável e está ligada ao período de exclusividade que é dado ao autor para que explore sua obra e tenha seu esforço reconhecido pela sociedade. No caso dos conhecimentos tradicionais e folclore, o caráter privado conflita com a principal característica de tais manifestações, que é a multiplicidade de colaboradores para a criação da obra. Ora, poderíamos mesmo dizer que se tratam de direitos que integram o domínio público em sentido restrito³, sendo, portanto, impossível a concessão da exclusividade de exploração a quem quer que seja.

b) Individualidade: “sendo a obra uma criação personalizada, em toda a obra há-de estar impressa a marca do seu autor” (ASCENSÃO, 2007, p. 251), os conhecimentos tradicionais e expressões de folclore não apresentam tal característica em si mesmos, uma vez que são obras coletivas. Assim, segundo Ascensão (2007, p. 54), não poderiam ser atingidos pelo

³ Segundo Di Pietro (2008, p. 634), o domínio público em sentido restrito compreende aqueles bens destinados ao uso comum do povo, sendo que seu titular seria o povo.

direito de autor. Evidente que a obra não necessariamente partiu de uma sociedade como um todo, mas de um ou mais indivíduos que criaram e divulgaram seu conhecimento tradicional ou expressão cultural, os quais foram difundidos ao longo de várias gerações, de tal forma que acabou sendo incorporada à cultura da sociedade, despersonalizando a autoria da obra.

Assim, podemos verificar que a proteção autoral aos conhecimentos tradicionais e às expressões de folclore não parece adequada. Faltam elementos básicos e essenciais para que a proteção autoral, tal como definida na doutrina, seja aplicável.

4. Conclusão

A dificuldade para a proteção do conhecimento tradicional e do folclore pode ser resumida no binômio: como evitar a apropriação e uso indevido sem que a sociedade seja impedida de utilizar sua própria cultura.

Ao dispor no artigo 45 que as obras de autor desconhecido estão no domínio público, a Lei de Direitos Autorais claramente estabelece a inapropriabilidade dos conhecimentos étnicos e tradicionais. A ressalva presente no artigo tende a ser voltada, como já mencionado, a evitar a apropriação e a deformação da expressão cultural. Essa conclusão pode ser inferida do artigo 215 da Constituição Federal, ao estabelecer que “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares”.

Se não fosse assim, estaria garantida uma exclusividade a um grupo de pessoas em detrimento de toda a população do país ao qual as expressões culturais pertencem e se incorporaram ao cotidiano. Considerando a exploração internacional, a exclusividade a um grupo também parece abusiva, uma vez que impediria a circulação e divulgação de conhecimento entre as sociedades.

Segundo Abrão (2002, p. 124), a proteção ao folclore interessa por três motivos:

“o primeiro, para reafirmar sua inapropriabilidade decorrente da expressa disposição da lei: *encontra-se desde sempre em domínio público e do domínio público não se restaura*. O segundo, para indicar que tanto as expressões e manifestações culturais populares como os conhecimentos étnicos tradicionais possuem um *nível diferenciado de regulamentação*, sendo espécie de propriedade imaterial. O terceiro, para declarar que as manifestações em si são *inapropriáveis, mas que qualquer fixação delas em suportes conhecidos, ou obras protegidas e não pertencentes à tradição popular, será de titularidade de quem as fixou, gravou ou transmitiu*.” (grifo nosso)

Em resumo, a autora conclui que o conhecimento tradicional está em domínio público, deve ter um nível diferenciado de proteção e é inapropriável em si, mas não a sua fixação em qualquer meio.

Quanto ao domínio público, deve-se lembrar que a legislação atual não prevê o domínio público remunerado, conforme o fazia a Lei 5988/73, ao estabelecer:

“Art. 93. A utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Parágrafo único. Se a utilização visar a lucro, deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral importância correspondente a cinquenta por cento da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a dez por cento.”

Inexistindo tal previsão, conclui-se que a utilização do conhecimento tradicional e do folclore com o objetivo de fixação para a criação de uma obra não está sujeita a qualquer tipo de pagamento.

No entanto, isso não significa que o Brasil tenha aberto mão da previsão do artigo 15º, 4, da Convenção de Berna. A salvaguarda ao conhecimento tradicional e ao folclore existe e é prevista na Constituição Federal. Ou seja, a proteção ao conhecimento tradicional e ao folclore será conferida pelo Estado.

Quanto à proteção imaterial especial necessária, em virtude da complexidade em identificar as expressões, a opção do inventário prevista na Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural é adequada. Além de evitar a apropriação e o mau uso, permite que se crie uma obrigação internacional para o respeito à cultura de outros países, sem que isso impossibilite ou dificulte a circulação da informação e do conhecimento. Evidentemente que o mau uso e a apropriação deveriam ser sancionados, sendo qualquer benefício daí resultante revertido ao gestor do banco de dados das expressões culturais. Daí a necessidade de lei que regule especificamente a matéria

Por fim, respeitados outros direitos relacionados à fixação da expressão cultural, como o de imagem, o uso de tais expressões deve ser livre e independente de remuneração.

Referências

ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

_____. (Org.). *Propriedade imaterial: direitos autorais, propriedade industrial e bens de personalidade*. São Paulo: Editora Senac, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais de direito do autor*. São Paulo: Editora RT, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Nuno. O folclore e a gestão coletiva de direitos. In: *Revista da ABPI*. n. 60, p. 53-55, Rio de Janeiro, set./out. 2002.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de autor*. Editora Brasília Jurídica, 2004.

ORGANIZAÇÃO Mundial da Propriedade intelectual (OMPI). *Intellectual property and traditional knowledge*. Booklet, 2007.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias. *Direito autoral*. Editora Brasília Jurídica, 1998.

WIPO. *Traditional Cultural Expressions (Folklore)*. Disponível em: <<http://www.wipo.int/tk/en/folklore/>>. Acesso em: 8 jun. 2009.

UNESCO. *Brief history of the Convention for the safeguarding of the intangible cultural heritage*. Disponível em: <<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?pg=00007>>. Acesso em: 8 jun. 2009.

Federalização dos crimes graves contra os direitos humanos

Estudo sobre a ponderação de princípios no controle abstrato de constitucionalidade

Ana Fabiola de Azevedo Ferreira

Sumário

1. Introdução. 2. Jurisdição e competência. 3. ADIN 3.486 e ADIN 3.493: a discussão sobre a constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência. 4. Confronto entre o incidente de deslocamento de competência e as normas constitucionais (cláusulas pétreas) sobre pacto federativo, contraditório, ampla defesa, juiz natural e segurança jurídica. 4.1. Pacto federativo. 4.2. Contraditório e ampla defesa. 4.3. Juiz natural. a) Juiz constitucionalmente competente. b) Taxatividade das competências. c) Tribunal ou juízo de exceção. d) Juízo *ex post facto*. 4.4. Segurança jurídica. 5. Ponderação de princípios. 6. Conclusão.

1. Introdução

Em fevereiro de 2005, em Anapu, Pará, foi assassinada a tiros a missionária católica americana Dorothy Stang, em meio à violência fundiária, aos delitos ambientais e à grilagem de terras da região. O crime teve ampla repercussão na mídia e desencadeou a reação de várias entidades envolvidas na proteção dos direitos humanos. Esses fatos ensejaram a propositura do primeiro *incidente de deslocamento de competência*, formulado pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, perante o STJ, com o objetivo de trazer para o âmbito da Polícia e da Justiça Federal o processamento e julgamento dos mandantes, intermediários e executores da missionária.

Ana Fabiola de Azevedo Ferreira é Mestranda em Direito Constitucional - UFPE. Mestranda em Ciências Jurídico Políticas - Faculdade de Direito de Lisboa. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogada.

O *incidente de deslocamento de competência* foi introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/04, com a seguinte redação:

“Art. 109 – Aos juízes federais compete processar e julgar:

V-A – as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

§ 5º – Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”

Durante muito tempo, preocupados com o crescente desrespeito e a flagrante impunidade dos ofensores, entidades de direitos humanos brasileiras e organismos internacionais reivindicaram a “federalização” dos crimes contra os direitos humanos. Afirmava-se a insuficiência dos mecanismos existentes até então, tais como a ação interventiva (CF, art. 34, VII, *b*) e a chamada “federalização da polícia” (Lei nº 10.446/02), por meio da qual se atribuiu à Polícia Federal a possibilidade de investigar infrações penais concorrentemente à Polícia Civil (Cf. PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 8-9).

O Brasil é signatário de uma série de tratados e convenções internacionais nos quais se compromete a apurar e punir esse tipo de delito, responsabilizando-se perante cortes e organismos internacionais como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Organização dos Estados Americanos e, por via indireta, o Tribunal Penal Internacional (Cf. ARAS, 2005). A morosidade na apuração dos crimes e a impunidade geram a responsabilização do

país no âmbito internacional. Há vários casos contra o Brasil pendentes de apreciação na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, dentre eles, alguns apontam à responsabilidade direta da União em face da violação dos direitos humanos (Cf. PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 8-9).

Embora a União se comprometa externamente com a repressão às violações aos direitos humanos, no âmbito interno, a responsabilidade pela apuração e punição desses crimes é dos Estados-membros por meio das polícias civis e dos Ministérios Públicos Estaduais. A criação do *incidente de deslocamento de competência* tem justamente a finalidade de corresponsabilizar a União no enfrentamento da impunidade e da morosidade na promoção da justiça, em consonância com as obrigações internacionais assumidas com a assinatura de tratados e convenções.

O trabalho se propõe a discutir a constitucionalidade do *incidente de deslocamento de competência*, tendo, como primeiro objetivo, constatar se a nova regra processual restringe um ou mais, e quais, direitos fundamentais e saber, em segundo lugar, se as eventuais restrições são constitucionalmente justificadas. Para tanto, discutiremos sobre a possibilidade de utilização da ponderação como forma de solução de conflitos entre princípios no julgamento abstrato de constitucionalidade.

Cabe ressaltar que a possibilidade de deslocamento da competência para a Justiça Federal não está restrita às causas criminais, porquanto não há tal limitação na norma constitucional. No entanto, neste trabalho, o instituto será analisado apenas do prisma do processo penal.

2. Jurisdição e competência

A jurisdição, função estatal por meio da qual o Estado substitui os particulares para resolver imparcialmente os conflitos, é uma e não comporta, a rigor, divisões (Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO; 2000, p.

229). O exercício da jurisdição, entretanto, é dividido entre os órgãos jurisdicionais com a finalidade de melhor administrar a Justiça. A parcela do exercício da jurisdição de cada órgão é chamada competência.

A competência é dividida entre as diversas *jurisdições* (inferior ou superior; comum ou especializada; estadual ou federal; contenciosa ou voluntária; ordinária ou extraordinária) pela própria Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais a partir de três critérios: a natureza da relação de direito (*ratione materiae*), a qualidade da pessoa do réu (*ratione personae*) e o território (*ratione loci*) (Cf. MIRABETE, 2001, p. 167).

A Constituição Federal não se preocupou com a distribuição da competência *ratione loci*, limitando-se a tratar das competências em razão da matéria e em razão de prerrogativa de função. Por essa razão é que se diz que ambas (competência *ratione materiae* e competência *ratione personae*) são competências absolutas e, portanto, improrrogáveis e imodificáveis.

A divisão de competências entre os juízes de primeira instância das justiças estadual e federal é feita com base no critério *ratione materiae*, tendo o constituinte originário buscado atribuir à Justiça Federal as questões que poderiam afetar direta ou indiretamente os interesses federais ou nacionais¹.

A norma introduzida no art. 109, V-A e § 5º, da CF, além de reafirmar a competência da Justiça Estadual para processar e julgar os feitos relativos aos direitos humanos, criou a possibilidade de modificação da competência absoluta em razão da matéria, modalidade até então inexistente no ordenamento jurídico pátrio (Cf. ARTEIRO, 2005).

Como ressaltado por Luiz Flávio Gomes, o *incidente de deslocamento de competência* não é uma forma de *declinatio fori*, que é iniciativa do próprio juiz a quem foi

distribuído um processo que não é de sua competência. Tampouco se confunde com o antigo instrumento da advocatária, já que o Procurador-Geral da República não pode chamar a si o inquérito ou processo em andamento, tendo apenas a faculdade de propor o incidente perante o STJ, a quem cabe a decisão de modificar ou não a competência. A Justiça Federal também não pode avocar o processo (Cf. GOMES, 2005).

Embora possua alguns traços semelhantes ao desaforamento do júri, o *incidente de deslocamento de competência* dele se diferencia porque o que há é uma alteração da competência em razão da matéria, e não uma simples mudança de foro como ocorre no desaforamento. Ademais, o desaforamento só pode ser formulado por quem é sujeito da relação jurídica material (Cf. PIOVESAN; VIEIRA, 2005, p. 8-9).

Há que se destacar também a similitude entre o novel instituto e a ação interventiva (CF, art. 34, VII, b). O *incidente de deslocamento de competência* seria uma forma alternativa, mais sutil e menos traumática de assegurar a proteção dos direitos da pessoa humana do que a ação interventiva. Sem se tratar de uma intervenção propriamente, configura apenas uma atuação complementar da Justiça Federal a ser admitida a partir do preenchimento de certos requisitos (Cf. ARAS, 2005).

O constituinte derivado preferiu a modificação ulterior da competência à atribuição imediata desses feitos à Justiça Federal. Por esse motivo é que o instrumento tem despertado fervorosos debates acerca de sua constitucionalidade, como se verá.

3. ADIN 3.486 e ADIN 3.493: a discussão sobre a constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência

Antes mesmo da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/04, a constitucionalidade da norma que prevê a federalização das causas relativas aos direitos humanos já era objeto de debate na seara jurídica

¹ Nesse sentido, OLIVEIRA (2005, p. 30).

e no próprio Congresso Nacional. Várias propostas de alteração da redação original foram formuladas, inclusive com objetivo de se evitar a ulterior inaplicabilidade da regra sob o argumento da inconstitucionalidade (Cf. BONSAGLIA, 2005).

Com efeito, como se previu, o debate sobre a constitucionalidade do *incidente de deslocamento de competência* foi reacendido tão logo a EC nº 45 foi promulgada, sendo que, imediatamente após o primeiro incidente ser instaurado no STJ, foram interpostas duas ADINs contra o inciso V-A e o § 5º do art. 109 da CF. As ações foram intentadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES).

As ADINs são o reflexo da ampla insatisfação que a norma provocou nas classes de magistrados e membros dos Ministérios Públicos estaduais. De uma forma geral, afirma-se que a proposta é uma afronta às instituições estaduais, que estariam sendo consideradas incapazes ou não isentas para proceder à repressão dos crimes contra os direitos humanos, gerando-se uma discriminação odiosa entre entes federais e estaduais. A norma possibilitaria a interferência nos Ministérios Públicos estaduais, criando-se uma chefia do Procurador-Geral da República sobre os Procuradores-Gerais de Justiça, e conduziria a uma demasiada centralização das decisões nos entes federais. Além disso, o instituto seria plenamente desnecessário diante dos instrumentos já disponíveis, o desaforamento do júri, a ação interventiva federal e a “federalização” das investigações policiais².

Do ponto de vista jurídico, as duas ADINs têm fundamentações semelhantes. Argumenta-se que o *incidente de deslocamento de competência* fere a garantia do juiz natural e outras garantias do devido processo legal, o princípio da segurança jurídica, o pacto federativo e o princípio

² A esse respeito, ver nota do CONAMP disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/33375,1>>.

da proporcionalidade, cláusulas pétreas da Constituição e, portanto, intangíveis. Além disso, a nova regra não teria auto-aplicabilidade, consistindo em uma norma de eficácia limitada.

O juiz natural estaria sendo duplamente violado. Destinado a garantir a imparcialidade do juiz, a segurança do cidadão contra o arbítrio estatal e a isonomia entre os jurisdicionados, alega-se que essa garantia, que se apresenta nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição, tem três desdobramentos: só são órgãos do judiciário aqueles instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após o fato; entre os órgãos pré-constituídos, vigora uma ordem taxativa de competências (Cf. FERNANDES, 1999, p. 115).

O *incidente de deslocamento de competência* feriria, então, a proibição dos tribunais *ex post facto*, na medida em que a modificação da competência só ocorre após o crime, bem como a taxatividade de competências constitucionalmente atribuídas, uma vez que a instauração de tal incidente ficaria a depender da conveniência e oportunidade do Procurador-Geral da República, que não está obrigado a provocá-lo e tem, inclusive, expressa permissão para o fazer a qualquer tempo. Isso porque a norma constitucional, argumenta-se, carece de objetividade, posto que não define quais sejam os crimes contra os direitos humanos que deveriam ser julgados pela Justiça Federal, sendo que o termo “grave” é impreciso e elástico, cabendo, dessa forma, ao Procurador-Geral da República eleger quais os crimes que mereceriam deslocamento de competência.

Ao basear-se num critério vago e sem objetividade, qual seja, a gravidade do crime, impossibilitando-se, assim, a determinação do juízo competente no momento da prática da infração penal, o poder reformador estaria violando também o princípio da segurança jurídica, em razão do qual “todos os aspectos relacionados à existência e à valorização do crime, bem como à persecução e à condenação penal devem ser previamente

fixados em lei”³ e que tem como corolário o respeito à legalidade estrita.

Entretanto, afirma-se que nesse aspecto a inconstitucionalidade poderia ser sanada se a norma fosse entendida como norma de eficácia limitada, publicando-se uma lei regulamentadora que fixasse critérios objetivos, inclusive os parâmetros de gravidade de um crime. Em observância à legalidade estrita, deveriam ser precisados todos os elementos que atribuem competência ao juiz, porque, de outro modo, deixa-se margem à manipulação da distribuição dos feitos.

Por outro lado, a norma introduzida na Constituição atingiria o devido processo legal por não estabelecer a garantia do contraditório com o réu e com os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados-membros. Ignoraria também a garantia da ampla defesa ao criar a dificuldade de produção de prova para o réu, em razão do elemento distância, pois poucos são os municípios que contam com uma vara da Justiça Federal.

Retirando um crime de competência originária da Justiça Estadual para o âmbito da Justiça Federal, estar-se-ia procedendo a uma intervenção da União no Estado-membro, alargando o rol taxativo do art. 34 da Constituição Federal, que estabelece as hipóteses em que é possível relativizar a autonomia dos Estados-membros, assegurada no art. 18 da CF. Na verdade, não há hierarquia entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, diferenciando-se estas apenas pelos âmbitos em que atuam (Cf. CORRÊA, 2005). Alterar a competência significaria, em outras palavras, afirmar que a Justiça Federal é superior à Justiça Estadual, além de mais capaz e eficiente, porquanto outra razão não haveria para proceder-se à modificação.

Por fim, o deslocamento da competência consistiria em medida desproporcional, desconsiderando-se o princípio de proibição do excesso de poder, por ser desne-

cessária e inadequada para os fins a que se propõe. Inadequada porque dificulta a produção de provas, fere o juiz natural e o pacto federativo e cria uma discriminação odiosa entre os entes da federação. Desnecessária porque a Lei nº 10.446/02 já havia introduzido a chamada “federalização das investigações”, existindo também a possibilidade de utilização dos instrumentos do desaforamento do júri e da intervenção federal.

4. Confronto entre o incidente de deslocamento de competência e as normas constitucionais (cláusulas pétreas) sobre pacto federativo, contraditório, ampla defesa, juiz natural e segurança jurídica

Passamos, então, à análise da compatibilidade do incidente de deslocamento de competência com algumas das cláusulas pétreas da Constituição Federal, que estariam, supostamente, sendo violadas. Antes, contudo, deve-se ressaltar que as cláusulas pétreas, embora não possam ser abolidas sequer pelo poder reformador – e da mesma forma que qualquer outro princípio constitucional –, podem sofrer restrições, desde que tais restrições sejam constitucionais, isto é, desde que tais restrições possam ser justificadas por outras cláusulas pétreas que, em determinadas circunstâncias, devam prevalecer.

Não fosse assim, não poderíamos, por exemplo, admitir que a liberdade de manifestação (art. 5º, IV, CF) sofresse restrições em nome da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, CF), ambos direitos protegidos na forma do art. 60, § 4º, IV, da Constituição.

Quanto às cláusulas pétreas, vale ressaltar, a Constituição Federal veda as emendas tendentes a *aboli-las*. Nada impede que a configuração dada pelo constituinte a tais normas sofra alterações, respeitado o procedimento de reforma e considerando-se, em todo o caso, a necessidade de preservar a essência de tais normas.

³ ADIN 3486.

4.1. Pacto federativo

O *incidente de deslocamento de competência* não está em dissonância com o pacto federativo estabelecido em sede constitucional. José Frederico Marques já lembrava que não prevalece mais o federalismo dual, destacando que, fosse para seguir estritamente o princípio federativo, dever-se-ia atribuir aos juízes estaduais competência para aplicar apenas leis estaduais, deixando para os juízes federais a aplicação de leis federais (Cf. MARQUES, 2000, p. 79). A graduação de distribuição de competência entre União e Estados-membros varia de federação para federação de acordo com condições históricas. Sabe-se que o processo histórico de formação da federação brasileira contou com algumas peculiaridades, jamais tendo os Estados-membros gozado de autonomia absoluta. Mas o fato é que não se pode falar em autonomia absoluta dos entes subnacionais nem mesmo nos Estados em que o processo histórico de formação nacional propiciou inicialmente uma autonomia rígida, com base em âmbitos de poder mutuamente excludentes (Cf. SCREIBER; COSTA, 2005).

O instrumento do *incidente de deslocamento de competência* está inserido na sistemática do federalismo cooperativo, nascido a partir da crise do Estado Liberal clássico. Em razão da crescente demanda de intervenção estatal na economia e de efetivação da justiça social, escopo do *Welfare State*, a União foi assumindo cada vez mais competências, algumas novas, outras transferidas dos Estados-membros (Cf. SCREIBER; COSTA, 2005). A cooperação de competências jurisdicionais faz-se necessária sempre que os órgãos dos entes subnacionais não se revelem suficientes para cumprir as prescrições constitucionais, quer por negligência ou inércia, quer por falta de vontade política ou de condições reais para tal. Quando o poder local não consegue desempenhar determinadas tarefas, deve caber à União, em caráter subsidiário, o papel de assumi-las.

Foi justamente imbuído desse espírito que o constituinte previu a possibilidade de intervenção federal da União nos Estados e Municípios (CF, art. 34), medida muito mais drástica que o simples deslocamento de competência e que tem como um de seus fundamentos justamente a proteção dos direitos humanos (art. 34, VII, *b*).

A EC nº 45 não fez mais do que tornar expresso o interesse da União na apuração e repressão de delitos contra os direitos humanos, pois, como já dito, a impunidade nos casos envolvendo direitos humanos pode levar à responsabilização direta da União, que é signatária de uma série de tratados internacionais que tutelam tais direitos. O rol de atribuições da Justiça Federal, definido no art. 109 da CF, já continha a previsão de atuação nos casos de “infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União”. Não se pode negar que há evidente interesse nacional na apuração dos crimes dessa natureza, em razão do comprometimento do país no âmbito internacional. Se já se podia dizer isso antes da EC nº 45, com mais razão ainda pode-se dizê-lo atualmente, porque a referida emenda atribuiu *status* constitucional ao conteúdo normativo de tratados e convenções sobre direitos humanos (art. 5º, § 3º, da CF), o que, por si só, já demonstra cristalinamente o interesse da União no cumprimento dessas normas internacionais (Cf. ARTEIRO, 2005).

É normal, e até mais lógico, que os crimes estabelecidos em textos internacionais sejam de competência do sistema federal de justiça. Entretanto, ao invés de retirar a competência estadual para a investigação, processamento e julgamento desses delitos, a norma da “federalização” dos crimes contra os direitos humanos reafirmou a competência dos órgãos judiciais estaduais, limitando-se a disponibilizar um instrumento subsidiário e extraordinário a ser aplicado apenas quando esteja ameaçado o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário.

4.2. *Contraditório e a ampla defesa*

A competência para julgamento do *incidente de deslocamento de competência* é do STJ. Possivelmente, a opção do legislador se deu em razão de ser esta corte a competente para dirimir os conflitos de competência entre Justiça Estadual e Justiça Federal (art. 105, I, *d*, da CF). A Resolução nº 06/05 da presidência do Superior Tribunal de Justiça determinou que a apreciação do *incidente de deslocamento de competência* seja feita pela 3ª Seção da corte. Essa mesma resolução determinou que fosse ouvida a autoridade judiciária estadual suscitada no incidente.

Discordamos, portanto, da afirmação de que o inciso V-A e o § 5º do art. 109 da CF ferem o devido processo legal por não haver a previsão de contraditório. A norma não prescreve o procedimento do *incidente de deslocamento de competência*, limitando-se a definir a legitimidade ativa do Procurador-Geral de Justiça e a competência para julgamento do incidente do Superior Tribunal de Justiça. Isso não significa que a garantia do contraditório não será observada. Pelo contrário, no julgamento do IDC nº 01, o relator, Min. Arnaldo Esteves Lima, requisitou informações ao Presidente do Tribunal de Justiça do Pará, intimou os réus para manifestação sobre o deslocamento da competência e recebeu as informações espontaneamente oferecidas pelo Procurador-Geral de Justiça do Pará e pelo irmão da vítima, integrante do processo na qualidade de assistente do Ministério Público. Embora não haja previsão expressa no inciso V-A e no § 5º do art. 109 da CF, não há dúvida de que o contraditório deva ser garantido no julgamento do incidente.

A Constituição Federal também não estabeleceu normas específicas de contraditório para o processo penal, em geral, nem para o processo civil, contentando-se em determinar que o legislador, ao regulamentá-los, observasse a garantia do contraditório. Não haveria de ser diferente com o incidente de deslocamento de competência.

Quanto à garantia da ampla defesa e ao argumento de que o deslocamento da competência gerará dificuldade de produção de prova para o réu, em razão do elemento distância, sendo poucos os municípios que contam com uma vara da Justiça Federal, temos que ressaltar, em primeiro lugar, que tal dificuldade poderá não ocorrer no caso concreto.

Vale dizer, que o deslocamento pode se dar a qualquer tempo, inclusive em grau de recurso, de forma que, quando da ocasião do deslocamento, poderá já estar concluída a instrução probatória. Pode ocorrer, ainda, o caso de a comarca onde se desenrolava o processo ser também sede de seção judiciária federal. Ainda que não se trate de nenhum desses casos, eventual restrição à ampla defesa, longe de constituir violação da garantia, poderá estar justificada no caso concreto, como adiante se explicitará. Contentamo-nos, por ora, em sublinhar que não se pode afirmar, no plano abstrato, a ocorrência de afetação à garantia da ampla defesa pelo deslocamento da competência para a Justiça Federal.

4.3. *Juiz natural*

O juiz natural remonta à Carta Magna inglesa. Originalmente, representava a garantia de julgamento por órgãos e pessoas do local onde o delito foi cometido. Posteriormente, incorporou-se a proibição de juízos extraordinários, exigindo-se o pré-estabelecimento das regras de competência (Cf. FERNANDES, 1999, p. 115). Histórica e geograficamente, a amplitude do juiz natural é variável. Na França, por exemplo, inicialmente implicava não somente a vedação de juízos extraordinários e da derrogação da competência, como também a proibição de juízos especiais, sendo depois restringido à proibição de juízos extraordinários (Idem).

O juiz natural previne que o réu seja prejudicado pela manipulação dos órgãos julgadores, garantindo a imparcialidade do juízo e impedindo, dessa forma, a

perpetração de injustiças. Por isso, representa importante instrumento do cidadão contra o arbítrio estatal, além de assegurar a aplicação do princípio da isonomia, ao impedir o tratamento discriminatório entre os jurisdicionados.

No Brasil, o juiz natural representa uma dúplice garantia, estando estabelecido por duas regras. O art. 5º, XXXVII, da CF, ao prescrever que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, veda a constituição de juízos extraordinários e o art. 5º, LIII, institui a garantia do juiz competente ao definir que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, respeitando a necessidade da investidura dos órgãos jurisdicionais e proibindo a derrogação da competência. Fala-se ainda em vedação de juízo *ex post facto* e taxatividade das competências (Cf. FERNANDES, 1999, p. 115). Vejamos a abrangência conferida pelas normas constitucionais no caso brasileiro.

a) Juiz constitucionalmente competente

José Frederico Marques nos ensina que juiz natural ou autoridade competente é apenas aquela cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais (Cf. MARQUES, 2000, p. 67). Isso porque, além de prever as autoridades judiciárias, a Constituição ainda distribui a competência *ratione materiae* e *ratione personae* entre elas. Assim, a garantia estabelecida no art. 5º, LIII, refere-se apenas ao juiz *constitucionalmente* competente (Cf. GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 57). *A contrario sensu*, depreende-se que a competência *ratione loci*, por ter sido delegada à legislação infraconstitucional, não se impõe como juiz natural (Cf. OLIVEIRA, 2005, p. 17).

Tratando-se de modificação da jurisdição competente em razão da matéria, e não de mera alteração de foro, o *incidente de deslocamento de competência* não poderia ser introduzido por meio de lei infraconstitucional. Tendo sido estabelecido mediante emenda constitucional, entretanto, pode-se afirmar que a garantia contida no inciso LIII,

art. 5º, da CF foi devidamente respeitada. Se a própria Constituição distribui a competência em razão da matéria, pode ela mesma prever o deslocamento da competência em determinados casos. O poder reformador poderia, inclusive, ter atribuído de plano a competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos à Justiça Federal, mas preferiu prever apenas a possibilidade de deslocamento quando necessário.

b) Taxatividade das competências

Por necessidade de um rol taxativo de competências quer-se, a nosso ver, sustentar exatamente a impossibilidade de que surjam novas hipóteses de processamento e julgamento não previstas no rol constitucional de competências do juiz. Tal taxatividade seria decorrência necessária da regra inscrita no art. 5º, LIII, da CF: se se exige o julgamento por juiz constitucionalmente competente, tal competência deve estar expressamente atribuída.

É justamente o que ocorre no caso do processamento e julgamento das violações de direitos humanos pela Justiça Federal, hipótese expressamente prevista no art. 109, V-A, da Constituição.

c) Tribunal ou Juízo de exceção

Tribunal ou juízo de exceção, vedado pelo inciso XXXVII, art. 5º, da Constituição, é aquele instituído para o julgamento de determinado fato ou pessoa específica, consistindo numa exceção transitória, arbitrária e casuística. Admitir a constituição de um órgão judiciário com o propósito exclusivo de julgar determinada infração penal é, com efeito, um atentado à imparcialidade do juízo e à isonomia entre jurisdicionados. O deslocamento de competência para a Justiça Federal, entretanto, embora tenha caráter excepcional, só poderá ocorrer se forem preenchidos determinados requisitos, e não de forma arbitrária como ocorre com os tribunais *ad hoc*.

O fator determinante para a procedência do *incidente de deslocamento de competência* tem menos a ver com a pessoa do réu e com as circunstâncias do delito do que com a

atuação insatisfatória dos órgãos estatais de repressão do ilícito. Fica, em princípio, afastada a possibilidade de utilização do instrumento para submeter o réu a julgamento parcial, porque a norma tem como finalidade assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais, devendo ser utilizada apenas quando esse escopo estiver ameaçado. Não apenas a redação constitucional, como também os debates que cercaram a aprovação da emenda constitucional deixam claro que a finalidade da norma é garantir a apuração e a punição dos delitos contra a dignidade da pessoa humana, e não submeter os réus a juízos suspeitos. Até mesmo porque os julgadores não serão livremente escolhidos, respeitando-se a pré-existência de juízes federais e procuradores da república, aleatoriamente designados.

Certamente, o Procurador-Geral da República e o STJ poderão perpetrar alguma arbitrariedade, procedendo ao deslocamento quando este não é devido. Nesse caso, contudo, estar-se-á diante da má utilização do instrumento, o que é bastante diferente da inconstitucionalidade da norma em abstrato, por violação da regra contida no art. 5º, inciso XXXVII, da CF/88.

d) Juízo *ex post facto*

Costuma-se dar uma definição ainda mais ampla ao juízo de exceção afirmando-se que todo órgão jurisdicional criado ou designado após a prática do ilícito penal a que se lhe atribui competência para julgamento viola o juiz natural. Esse entendimento, ressalte-se, não prevalece na doutrina e jurisprudência nacionais, tanto que se admitiu que infrações de menor potencial ofensivo ocorridas antes da criação dos Juizados Especiais Criminais fossem julgadas perante os novos órgãos (Cf. MIRABETE, 2001, p. 48). Da mesma forma, tem-se admitido que novas varas judiciais julguem fatos anteriores a sua criação⁴,

⁴ Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Conflito de Competência 03008286-2-SP, Diário da Justiça. 05.03.1996: "A modificação da competência criminal,

em que pese valorosa opinião em sentido contrário (Cf. GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 62-64).

A Constituição não prevê claramente, como no caso da vedação de tribunal ou juiz de exceção e da necessidade de julgamento por juiz competente, a vedação de julgamento por juízo constituído ou designado após o fato, embora proíba expressamente o julgamento por juízo transitório, arbitrário e casuístico, por meio do art. 5º, inciso XXXVII, como vimos. No entanto, aquela vedação parece-nos ser decorrência de uma interpretação plausível do inciso LIII, art. 5º, da CF: se a norma exige o julgamento por juiz constitucionalmente competente, competência que deve estar expressa em rol taxativo, é porque a norma exige também o pré-estabelecimento das regras de competência na Constituição, isto é, exige um juiz constituído à época do fato e, mais, exige que à época do fato a atribuição para julgá-lo já esteja arrolada entre as demais hipóteses de sua competência. Mas, mesmo que seja essa a interpretação adotada, não nos parece que tal interpretação torne inconstitucional o art. 109, § 5º, da CF.

Como já dito, o *incidente de deslocamento de competência* atende à pré-existência de órgãos jurisdicionais, juízes e procuradores na esfera da Justiça Federal, de modo que não se pode falar de criação de juízo *ex post facto*, isto é, não se pode falar em constituição de juízo após o fato, como se deu por

decorrente da criação de nova vara englobando o local do crime, não viola o princípio do juiz natural, dado que na Constituição brasileira esse primado não tem o mesmo alcance daquele previsto em constituições de países estrangeiros, que exige seja o julgamento realizado por juízo competente estabelecido em lei anterior aos fatos, tanto que o inciso LIII do art. 5º da Carta Magna somente assegurou o processo e julgamento frente a autoridade competente, sem exigir deva o juízo ser preconstituído ao delito a ser julgado. Não viola o princípio do juiz natural a redistribuição de processos criminais a uma nova vara criada, mesmo após ter sido instaurada a ação penal, desde que a modificação de competência tenha se operado em obediência aos cânones constitucionais e legais, expressos, no caso presente, no artigo 110 da Constituição Federal, art. 46º da Lei nº 8.416/92 e provimentos do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região."

ocasião da criação dos Juizados Especiais Criminais. Por outro lado, é inegável que a designação da Justiça Federal para o julgamento se dá após a prática da infração penal. Contudo, essa possibilidade atende à necessidade de pré-estabelecimento das regras de competência, uma vez que é a própria Constituição Federal que prevê a possibilidade de deslocamento. Isso significa dizer que, embora o deslocamento da competência se dê após o fato, não se dá qualquer alteração nas regras de competência estabelecidas constitucionalmente.

O que a vedação de juízo *ex post facto*, se admitida, proíbe é o deslocamento da competência para julgamento de fatos anteriores à vigência da EC nº 45/04, bem como o deslocamento para Vara da Justiça Federal criada após o fato.

Em suma, estando o órgão da Justiça Federal pré-constituído ao fato em julgamento e estando pré-estabelecida a regra que atribui competência à Justiça Federal para julgamento de graves violações aos direitos humanos, nas hipóteses de deslocamento, não há que se falar em violação à vedação de juízo *ex post facto*.

4.4. Segurança jurídica

Embora abstratamente seja conhecida a possibilidade de julgamento pela Justiça Federal, no momento do crime, o réu não terá possibilidade de saber com absoluta certeza qual juiz proferirá a sentença ou qual tribunal julgará eventual recurso. Aqui se destaca a semelhança entre o novo instituto e o desaforamento do júri, em que a determinação do julgador também se dá em momento ulterior à prática do ilícito. Sobre o assunto, afirma Greco Filho (apud FERNANDES, 1999, p. 118):

“quando ocorre determinado fato, as regras de competência já apontam o juízo adequado, utilizando-se, até, o sistema aleatório de sorteio (distribuição) para que não haja interferência na escolha. É certo que há situações de deslocamento da competência

como o caso do desaforamento, no procedimento do júri (CPP, art. 424), mas são especialíssimos e determinados pelo interesse público e da justiça, sem prejuízo para o julgamento justo”

Assim como ocorre com o desaforamento do júri, o deslocamento de competência tem caráter excepcional. A relativa incerteza jurídica introduzida pela norma pode ser justificada pelo interesse público de combate à impunidade e repressão desses delitos e mesmo, em alguns casos, pela garantia da imparcialidade do juízo. A rigor, não se estaria violando qualquer princípio constitucional, mas ponderando a aplicação desses princípios, a partir da aplicação da máxima da proporcionalidade, como veremos mais adiante.

Importa, antes, discutirmos se a afetação da segurança jurídica se dá com a mera existência da norma que prevê a possibilidade de deslocamento da competência no ordenamento jurídico ou se, de outro modo, só ocorrerá nos casos em que efetivamente se der o deslocamento.

Temos necessariamente que discordar da afirmação de que a norma introduzida pela EC nº 45/04 impossibilita a determinação do juízo competente no momento da prática da infração penal. O juízo competente é o estadual e a norma não alterou isso, tampouco introduziu a facultatividade de juízos. Não se trata de definição aleatória do juiz competente. O que a norma prevê é a possibilidade de deslocamento ulterior do processo para outra Justiça, em razão de *circunstâncias supervenientes*. Além do mais, o deslocamento não se dará arbitrariamente e, sim, mediante o preenchimento de certos critérios que teremos oportunidade de sublinhar, não se podendo em hipótese alguma falar em “conveniência e oportunidade” do Procurador-Geral da República.

Por isso, inclinamo-nos a pensar que a mera introdução da norma no ordenamento não causa insegurança jurídica, uma vez que não consagra o arbítrio de instância

qualquer que seja. Por outro lado, reconhecemos que o efetivo deslocamento da competência tem o condão de frustrar as expectativas de julgamento pela Justiça Estadual, consistindo num inconveniente ao réu a simples alteração da instância processante e julgadora. Nesse sentido é que entendemos haver uma afetação do direito à certeza e previsibilidade quanto às circunstâncias relacionadas ao processo, decorrente do princípio constitucional da segurança (CF, art. 5º, *caput*), nas hipóteses em que haja efetivo deslocamento. Resta saber se tal afetação é ou não legítima.

5. Ponderação de princípios

Vimos, então, que o efetivo deslocamento da competência frustra as expectativas de processamento e/ou julgamento perante as instâncias estaduais, causando, assim, a afetação do direito à certeza e previsibilidade quanto às circunstâncias relacionadas ao processo, decorrente do princípio constitucional da segurança. Da mesma forma, vimos que o deslocamento da competência para a Justiça Federal pode, eventualmente, restringir, de alguma forma, a garantia da ampla defesa.

A questão é: tais restrições podem ser justificadas? Há razões, também constitucionais, que devam ser consideradas mais importantes do que a segurança jurídica, e, eventualmente, do que a ampla defesa, especificamente nas hipóteses previstas pelo § 5º, art. 109, da CF, e que desta forma justifiquem sua restrição?

Certamente, há princípios igualmente constitucionais e também revestidos da proteção de cláusulas pétreas, da mesma forma que a segurança jurídica e a ampla defesa, que justificam ou ao menos pretendem justificar o deslocamento de competência. É o caso do princípio da justiça, previsto no preâmbulo da Constituição Federal, em nome do qual há inegável interesse público na repressão aos crimes em geral e consequente vedação da impuni-

dade; do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), donde decorre o dever de repressão aos crimes que violem gravemente os direitos humanos, razão, inclusive, pela qual a própria Constituição Federal comanda a assinatura de tratados com o escopo de protegê-los (CF, art. 4º, II); do princípio da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII); assim como do princípio do respeito às normas internacionais (CF, art. 5º, §§ 3º e 4º).

Há, portanto, razões constitucionais em favor do deslocamento de competência e razões igualmente constitucionais contra o deslocamento de competência. Saber quais delas devem prevalecer equivale à questão de saber qual é a solução para o conflito entre tais princípios.

Se entendermos que o princípio da segurança jurídica e o da ampla defesa devem ceder em face das outras normas constitucionais, também consagradas como cláusulas pétreas, em virtude das quais se procede ao deslocamento de competência, concluiremos que a restrição à segurança jurídica e a possível restrição à ampla defesa estão justificadas, inexistindo inconstitucionalidade. Se, por outro lado, entendermos que devem prevalecer a segurança jurídica e ampla defesa em detrimento dos demais princípios em jogo, isso significa que o deslocamento da competência constitui verdadeira violação daqueles dois princípios, pelo que não resta outra solução senão considerá-lo inconstitucional.

A solução de um conflito entre princípios pode ser encontrada a partir da ponderação, do chamado teste da proporcionalidade. Haverá que se analisar se a medida que restringe determinado princípio – no caso, o deslocamento de competência, que restringiria o princípio da segurança jurídica e da ampla defesa – é necessária e adequada à salvaguarda dos princípios em nome dos quais é imposta. Além disso, haverá que se analisar se a restrição que tal medida causa é proporcional aos valores que se pretende sejam protegidos, segundo

a máxima da ponderação, que se exprime da seguinte forma: “quanto maior o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de satisfação do outro” (ALEXY, 1993, p. 161).

Antes de procedermos ao balanceamento desses princípios, colocamos ainda a seguinte questão: a ponderação de princípios deve ser feita tendo em conta a norma em abstrato ou a aplicação da norma no caso concreto?

Como sabemos, a ponderação é uma forma de solução de conflitos no caso concreto e isso em razão da própria natureza dos princípios, normas que comandam a otimização de determinado valor, isto é, normas que determinam que dado valor seja realizado ao máximo, tendo em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas na sua realização (Cf. ALEXY, 1993, p. 86).

Não se trata, em princípio, da avaliação da (in)constitucionalidade de uma norma considerada abstratamente, e, sim, da avaliação de uma medida restritiva a um direito fundamental num caso concreto. Por vezes, sequer há uma lei envolvida na ponderação. Mas poderíamos cogitar de uma restrição imposta por uma lei. Nesse caso, não caberia averiguar a (in)constitucionalidade de dita lei em abstrato?

Como vimos, no caso em apreço, há uma diferença entre a restrição à ampla defesa e a restrição à segurança jurídica, pois, enquanto a primeira poderá ou não ocorrer, a depender das circunstâncias fáticas, havendo o deslocamento, a segunda certamente ocorrerá. Quanto à ampla defesa, como dissemos, portanto, não poderemos afirmar a inconstitucionalidade da norma que prevê o deslocamento de competência em abstrato, uma vez que poderá nem mesmo haver a restrição à ampla defesa; e, mesmo que tal restrição ocorra, ela poderá estar justificada pelas circunstâncias do caso concreto. Por outro lado, quanto à segurança jurídica, sabemos que o deslocamento de competência

acarretará necessariamente uma restrição a tal princípio. Então, coloca-se a questão de saber se poderíamos desde logo julgar a (in)constitucionalidade da restrição à segurança jurídica, resolvendo o conflito de princípios em abstrato.

Essa pergunta está associada a uma outra: é possível ao legislador – ou, como no caso, ao poder reformador limitado por cláusulas péticas – ponderar os princípios abstratamente, estabelecendo uma solução para tal conflito por meio de uma lei – ou de uma emenda? Nos dois casos, trata-se de saber se é possível ponderar abstratamente, isto é, sem ter em conta a aplicação dos princípios a um caso concreto. No primeiro caso, a ponderação seria realizada pelo órgão responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade, o STF na esfera da Constituição Federal, e, no segundo caso, pelo próprio Congresso Nacional, que elabora as leis e emendas.

A bem da verdade, quando o legislador, por meio de uma lei, privilegia um ou mais princípios em detrimento de outros, tendo em vista determinadas hipóteses legais, nada mais faz do que uma ponderação entre tais princípios (Cf. PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 146). Como regra geral, poderíamos afirmar, inclusive, que tal ponderação realizada abstratamente dispensa a realização de uma ponderação por parte dos juizes. Tomemos o exemplo mais simples possível: o artigo 121 do Código Penal, ao estabelecer a pena de prisão aos homicidas, privilegiou a vida e a segurança pública, em detrimento da liberdade. Do juiz que se deparar com um caso de homicídio não se espera que proceda à ponderação entre tais valores, a fim de saber se a restrição da liberdade do homicida é legítima. Tal ponderação já foi feita pelo legislador. E corretamente, tendo em vista que não se questiona a constitucionalidade do art. 121 do Código Penal.

Imaginemos, agora, a hipótese em que o legislador, ponderando dois princípios, estabeleceu determinada norma penal que

comina ao crime de dano reclusão de 6 a 20 anos. Ao Supremo Tribunal Federal seria admissível julgar tal norma inconstitucional por ter previsto punição desproporcional. Nesse caso, o legislador teria ponderado em abstrato a propriedade e a liberdade, assim como o Supremo Tribunal Federal, embora chegando a uma solução diversa quanto à proporcionalidade da medida de restrição da liberdade daquele que afeta a propriedade alheia. Tanto num caso como no outro, ressalte-se mais uma vez, trata-se da ponderação realizada abstratamente⁵.

Vemos, então, que a lei, mesmo que seja o produto de uma ponderação realizada pelo legislador, pode ela mesma ser objeto de um juízo de ponderação por parte do judiciário. Tal ponderação poderá ser realizada em abstrato, pelo STF (como no exemplo sobre a desproporcionalidade da pena cominada hipoteticamente ao crime de dano), ou em concreto, pelo juiz do caso. Resta, então, sabermos em que caso deve tal ponderação ser feita em abstrato e em que caso, em concreto.

Concordamos nesse ponto com Prieto Sanchís (2005, p. 149), para quem o fator determinante é o grau de concreção da norma veiculada pela lei. Nesse sentido, quanto maior a generalidade da norma questionada, mais difícil o controle abstrato, pelo Supremo Tribunal Federal, e mais provável a necessidade de ponderação em concreto pelo juiz singular. Por outro lado, quanto maior a densidade da norma questionada, maior é a possibilidade de controle abstrato e menor é a necessidade de ponderação pelo juiz no caso concreto. Nesse caso, essa menor necessidade de ponderação do juiz do caso concreto dá-se justamente porque o legislador já ponderou adiantadamente, prevendo que, em determinada circuns-

tância *x*, deve prevalecer o princípio *y*, em detrimento do princípio *z*. Isso, como se viu, diminui consideravelmente o espaço para a ponderação judicial, embora não a elimine totalmente.

Essa solução parece, inclusive, a melhor tendo em conta a perspectiva do princípio democrático, pois, havendo a possibilidade de aplicação constitucional da norma veiculada pela lei, não se poderia, de plano, retirar-lhe eficácia. Uma norma mais genérica, sem previsão específica das circunstâncias de sua aplicação, terá mais possibilidades de aplicação do que uma norma menos genérica, e, com isso, mais probabilidade de uma, ou mais de uma, entre tais possibilidades ser justificada, ou melhor dizendo, constitucional. Por outro lado, quanto mais densa for a norma e mais específicos os seus pressupostos de aplicação, maior a previsibilidade das hipóteses concretas de sua aplicação, de forma que mais facilmente se poderá antever a improbabilidade de uma aplicação constitucional da norma, justificando-se que seja de plano retirada do ordenamento jurídico.

Nesse ponto, então, podemos voltar ao nosso problema. O Supremo Tribunal Federal pode, no julgamento das mencionadas ADINs, considerar o § 5º do art. 109 da CF, introduzido pela EC nº 45/04, inconstitucional por constituir-se em medida excessiva e injustificadamente restritiva ao direito fundamental à segurança jurídica dos acusados?

Se entendermos que o poder reformador procedeu a uma ponderação definitiva, estabelecendo especificamente os pressupostos de incidência do deslocamento de competência, de forma a possuir norma um grau relativamente alto de densidade –, e que, por consequência, ao STJ, instância competente para decidir sobre o IDC, não restaria espaço para realização da ponderação entre os princípios envolvidos no conflito –, seremos levados a concluir pela possibilidade de juízo de ponderação por parte do STF.

⁵ Sem embargo, não se pode excluir totalmente a possibilidade de ponderação por parte de um juiz no caso concreto mesmo nos casos em que o legislador – e eventualmente também o STF, ao julgar constitucional determinada lei – já realizou uma ponderação. Ver a respeito Prieto Sanchís (2005, p. 148).

Por outro lado, se entendermos que o § 5º do art. 109 da CF se apresenta como uma norma genérica, uma vez que não foram previstas de forma especificada as circunstâncias fáticas que determinam sua aplicação, seremos levados a concluir pela necessidade de ponderação do juiz do caso concreto e pela impossibilidade de ponderação por parte do STF, em razão da não especificação das circunstâncias em que será aplicada a norma e, consequentemente, deslocada a competência para a Justiça Federal.

Analisemos, então, o novo texto constitucional. O § 5º do art. 109 prescreve:

“Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal” (grifos nossos).

Do texto, depreendemos que o *incidente de deslocamento de competência* só se dará com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais. Daí resulta um primeiro requisito: a violação sobre a qual versa o processo deve estar arrolada entre as quais a União tem o dever de reprimir em decorrência da assinatura de algum tratado internacional. Esse é um requisito objetivo e expresso. Mas dele decorre um outro requisito: o deslocamento de competência, sendo, como é, uma medida excepcional, só poderá dar-se se o cumprimento de obrigação decorrente de tratado estiver ameaçado, se houver motivos que levem a crer que haverá a violação de alguma cláusula de tratado do qual o Brasil é signatário.

Cabe insistirmos na ideia de que a modificação da competência é notoriamente um instrumento subsidiário, pois, de outro

modo, teria o poder reformador atribuído diretamente à Justiça Federal a competência para julgar tais causas. Se não procedeu dessa forma foi porque preferiu reafirmar a competência do Estado federado, transferindo para o âmbito da União apenas os casos em que fosse necessária a cooperação, mesmo porque a Justiça Federal não teria condições de absorver todos os processos envolvendo direitos humanos.

Justamente por ser excepcional, restritivo de direitos, e por ter caráter subsidiário, em função do pacto federativo, só poderá ocorrer se for necessário para assegurar o cumprimento de uma obrigação internacional, isto é, se não houver outra medida menos gravosa que permita alcançar a mesma finalidade. Da mesma forma, o deslocamento haverá de ser uma medida adequada para assegurar o cumprimento da obrigação internacional ameaçada de descumprimento. Por exemplo, se a obrigação que estiver em jogo for a de punir determinada espécie de crime, será necessário averiguar, no caso concreto, se o deslocamento da competência é medida necessária e adequada para evitar a impunidade.

No entanto, não podemos afirmar, sem referência a um caso concreto, que o deslocamento de competência fere os requisitos da necessidade e da adequação e isso, simplesmente porque o § 5º do art. 109 não especificou as hipóteses de incidência do deslocamento. Não disse, por exemplo, que deverá haver o deslocamento quando houver fortes suspeitas de corrupção dos agentes policiais locais – caso em que o deslocamento de competência seria desnecessário, tendo em vista a possibilidade de “federalização da polícia”, podendo ser também inadequado se o inquérito for conduzido por autoridade policial, e não judicial, e os agentes policiais federais também estiverem sob suspeitas.

Ao prever que o Procurador-Geral da República poderá suscitar o incidente, a norma certamente não previu um poder

discricionário do chefe do Ministério Público. Trata-se, numa melhor interpretação, do fato de que não basta haver uma violação a direito humano sobre a qual verse algum tratado subscrito pelo Brasil, exigindo-se outros requisitos, que deverão ser averiguados no caso concreto.

Assim, além de violação a algum direito humano previsto como tal em norma internacional, para a modificação da competência, deve estar inequivocamente demonstrado que os órgãos de repressão do Estado-membro foram omissos ou atuaram com negligência, descaso, desinteresse, inércia, ausência de vontade política ou não tiveram condições pessoais ou materiais de apurar e punir os envolvidos na violação. Também tem de estar comprovada a possibilidade concreta de a situação ser resolvida no âmbito da União, sem o que não há utilidade em se proceder ao deslocamento.

O § 5º do art. 109 também prevê um outro requisito para o deslocamento da competência, qual seja, o processo deve versar sobre uma violação grave a direito humano. A finalidade da norma constitucional é clara – assegurar o cumprimento de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário – e permite que, sem muito esforço, identifiquemos os feitos relativos a direitos humanos, em princípio, sujeitos ao incidente. Serão justamente as causas que versarem sobre as condutas tipificadas pelo direito pátrio e que encontrem ressonância em tratados firmados pelo Brasil

“seja quanto ao bem jurídico objeto de tutela (integridade física, psíquica, dignidade humana etc.), seja quanto à natureza da violação (tortura, privação da liberdade, seqüestro para tráfico de pessoas etc.), seja, por último, quanto ao reconhecimento, no plano internacional, da lesão aos direitos humanos, tal como ali estabelecido” (OLIVEIRA, 2005, p. 202).

Portanto seria desnecessário elencar os tipos penais sujeitos ao deslocamento de

competência, até mesmo porque um rol em sede constitucional poderia restringir por demais a norma, afastando-a de sua finalidade. Sem contar que há sempre a possibilidade de o Brasil assinar novos tratados para repressão desses delitos.

Mas é interessante observar que, ao exigir uma violação *grave* como requisito, o poder reformador atentou exatamente para a exigência de proporcionalidade da medida restritiva, isto é, para a necessidade de o grau de não satisfação ou afetação de um princípio ser proporcional à importância de satisfação do outro. Assim, para se permitir o deslocamento de competência, restringindo-se a segurança jurídica e, quicá, a garantia da ampla defesa, é necessário que haja uma justificativa forte para isso, o que exige primeiramente uma violação, não a qualquer bem jurídico, mas uma violação a algum dos direitos humanos e que tal violação seja proporcionalmente grave à medida restritiva.

Sem embargo, os críticos da alteração constitucional argumentam justamente que a gravidade da violação é um critério muito elástico e impreciso. Com efeito, uma vez que não foram pré-fixadas as violações que fazem jus ao qualificativo de “*graves*”, não se sabe, de antemão, quais as hipóteses que permitirão o deslocamento da competência. Isso não significa que o deslocamento poderá se dar em qualquer caso. Mas, por outro lado, não podemos dizer, sem referência a um caso concreto, se o deslocamento está ou não justificado.

Se a norma que institui a possibilidade de deslocamento de competência não prevê as circunstâncias específicas em que se dará o deslocamento, isto é, não especifica em quais circunstâncias fáticas pode se falar num risco de descumprimento de obrigação assumida em tratado, nem especifica quais violações são consideradas graves o suficiente para deslocar a competência, como poderíamos, então, afirmar que tal norma fere os requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade?

Muito pelo contrário, o que a norma faz é justamente comandar a ponderação nos casos concretos. O que o art. 109, § 5º, determina é que o Procurador-Geral da República, que deve suscitar o incidente, e o STJ, que deve julgá-lo, observem se o deslocamento da competência é uma medida necessária, adequada e proporcional em cada caso.

O simples fato de prever uma medida restritiva, mas sem especificar as hipóteses em que tal medida deverá ser tomada, não impinge à norma o vício de inconstitucionalidade. Seria, de plano, inconstitucional se verificássemos, de antemão, que toda e qualquer vez que fosse aplicada seria uma medida injustificada, seja porque desnecessária, seja porque inadequada, seja porque desproporcional. No entanto, uma vez que a norma é genérica, que não indica as circunstâncias concretas em que deverá haver deslocamento, e diante do fato de que haverá casos em que tal deslocamento estará justificado e outros em que não estará, só no caso concreto é que poderemos averiguar se a medida é excessivamente restritiva ou não.

A norma é valorosa, contudo, por ter indicado ao PGR e ao STJ os parâmetros que devem utilizar para verificarem se a medida é justificada ou não no caso concreto: a necessidade e adequação da medida para assegurar o cumprimento de obrigação assumida em tratado internacional e a proporcionalidade da medida, a ser aferida a partir da gravidade da violação em questão.

Nessa linha de raciocínio baseou-se o Min. Arnaldo Esteves Lima, no julgamento do IDC nº 01, ao afirmar que “aparente incompatibilidade do IDC, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor deve ser resolvida aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade” e ao afastar o deslocamento da competência, ao argumento de que, no caso do homicídio

da missionária Dorothy Stang, não restava configurada a necessidade da medida restritiva⁶.

Ao contrário do que se pretende na ADIN nº 3.493, interposta pela ANAMAGES, o teste da proporcionalidade não deve, no caso, ser feito abstratamente, mas no caso concreto. Assim é que, analisando a situação de fato, deve-se perquirir se o deslocamento da competência para a Justiça Federal é atitude necessária – ou seja, insubstituível por outro meio menos gravoso –, adequada – apta e útil – para garantir o cumprimento das obrigações internacionais a respeito de direitos humanos e, ainda, se estabelece uma relação ponderada entre o interesse que se busca preservar e as eventuais restrições que poderá causar.

Enfim, embora não tenha especificado as hipóteses de deslocamento de competência, a norma estabelecida no art. 109, V-A e § 5º, da CF estabeleceu os requisitos e parâmetros para tal deslocamento. Podemos afirmar, portanto, que, apesar de constituir uma regra a excepcionar a competência da Justiça Estadual, não está sujeita ao arbítrio estatal ou de quem quer que seja.

Se é certo que a modificação da competência em momento posterior à prática do delito gera certa insegurança jurídica, não se pode dizer que tal ocorrerá de forma discricionária ou arbitrária e em prejuízo de um julgamento justo, mas, sim, em atendimento ao interesse público e à aplicação da Justiça.

⁶ Afirmou o Ministro Relator em seu voto: “Em suma, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração de tais fatos, visando punir os eventuais responsáveis, refletindo a intenção e o dever do Estado do Pará em dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade do deslocamento da competência originária para a Justiça Federal de forma subsidiária, sob pena, inclusive, no caso, de tumultuar o andamento do processo criminal e procrastinar a solução da lide, utilizando-se o instrumento criado pela norma constitucional (art. 109, § 5º) em desfavor da sua própria finalidade, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação aos direitos humanos.”

6. Conclusão

A título conclusivo, apresentamos as seguintes considerações:

a) O incidente de deslocamento de competência está respaldado por várias cláusulas pétreas constitucionais, tais como as de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e art. 4º, II), respeito às normas internacionais (art. 5º, §§ 3º e 4º) e celeridade da prestação jurisdicional (art. 5º, LXXVIII).

b) O § 5º do art. 109, CF, não viola o juiz natural, o contraditório, nem o pacto federativo.

c) O teste da proporcionalidade é mecanismo de solução de conflitos entre princípios no caso concreto, mas pode ser usado para averiguação da constitucionalidade em abstrato, desde que a norma não seja demasiado genérica.

d) O § 5º do art. 109, CF, não viola absolutamente a ampla defesa e a segurança jurídica, porque não foram especificadas as hipóteses de aplicação da norma. A ampla defesa poderá nem mesmo ser afetada – e, havendo afetação, a verificação de sua legitimidade será feita tendo em conta o caso concreto. Quanto à segurança jurídica, mesmo admitindo-se que sempre restará restringida com o deslocamento, não é possível decidir sobre a legitimidade de tal restrição sem considerar as circunstâncias fáticas, pois não há previsão específica das hipóteses de deslocamento de competência.

e) Sendo assim, o deslocamento de competência pode ou não estar justificado no caso concreto. O § 5º do art. 109, CF, fornece os parâmetros para a verificação da constitucionalidade da medida restritiva no caso concreto. Tais parâmetros são: a necessidade e a adequação do deslocamento para assegurar o cumprimento de obrigação assumida em tratado internacional e a proporcionalidade da medida, a ser aferida a partir da gravidade da violação em questão.

Espera-se que o esforço doutrinário e legislativo produza bons resultados, traduzindo-se num importante passo rumo ao combate à violência e à impunidade. Para isso é importante que o instrumento não seja banalizado, sob pena de desprestígio dos órgãos de justiça estaduais e de comprometimento do trabalho da Justiça Federal pelo grande afluxo de processos, o que poderia acarretar ainda mais impunidade e morosidade na promoção da justiça.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

ARAS, Vladimir. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. *Jus Navigandi*, a. 9, nº 687, 23 mai. 2005. Disponível na internet: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6762>>. Acesso em: 26 jun. 2005.

ARTEIRO, Rodrigo. *O Incidente de Conversão de Competência e o Federalismo Cooperativo na Defesa do Direitos Humanos*. Disponível na internet: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 24 jun. 2005.

BONSAGLIA, Mario Luiz. A questão da proteção federal dos direitos humanos. *ANPR On line*. Disponível na internet: <<http://www.anpr.org.br/bibliote/artigos/bonsaglia.html>>. Acesso em: 26 jun. 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CORRÊA, Lanna Schmitz. Federalização dos crimes graves contra os direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 702, 7 jun. 2005. Disponível na internet: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6853>>. Acesso em: 26 jun. 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. “Federalização dos crimes graves”: que é isso? *Última Instância Revista Jurídica*. Disponível na internet: <http://ultimainstancia.ig.com.br/busca/ler_noticia.php?idNoticia=12427&kw=direitos+humanos>. Acesso em: 26 jun. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Millennium, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. *Federalização de crimes contra os direitos humanos: o que*

temer? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 13 - n° 150, p. 8-9, maio/2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de ponderación. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005. p. 123-158.

SCHREIBER, Simone; COSTA, Flávio Dino Castro e. *Federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos*. Disponível na internet: <<http://www.anpr.org.br/boletim/boletim53/simone.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2005.

Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor por *e-mail* (livros@senado.gov.br) com indicação do endereço do autor para eventual envio de exemplar impresso. Da mensagem eletrônica deverá constar autorização para publicação sem ônus na Revista e posterior visualização na Internet, bem como declaração de ineditismo do artigo. Referida mensagem deverá ainda ser seguida de assinatura digital. Não havendo esse recurso, pedimos o encaminhamento em separado por fax ou pelos Correios da carta de autorização/declaração de ineditismo devidamente assinada.

O texto do artigo a ser publicado deve ser formatado preferencialmente para papel A4, em corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5 e gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela), com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Ressaltamos que o artigo enviado para publicação ficará disponível para avaliação durante seis meses. Findo esse prazo e ainda havendo interesse das Edições Técnicas em publicá-lo, entraremos em contato para confirmar o ineditismo e a atualidade do conteúdo. Não havendo mais interesse do Editor, o artigo será desconsiderado sem comunicação prévia.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

Exemplos de citação direta:

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

Exemplos de citação indireta:

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados

além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

Exemplo de monografia no todo:

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

Exemplo de parte de monografia:

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

Exemplo de artigos de periódicos:

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

Exemplo de artigos de jornais:

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão "Disponível em:" e data de acesso ao documento precedido da expressão "Acesso em:".

Exemplo de referências em meio eletrônico:

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.